

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVII  
FASCICULO I



ENERO - MARZO  
MCMLXXIV

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO  
Catedrático de la Universidad de Madrid

## Consejo de Redacción:

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA  
Letrado del M. de Justicia  
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO  
Catedrático de D. procesal y Abogado  
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL  
Catedrático de D. civil y Abogado  
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA  
Letrado de la D. G. de R. y Notariado  
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS  
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS  
Letrado de la Dirección General de Registro  
y del Notariado

RODRIGO URIA GONZALEZ  
Catedrático de D. mercantil y Abogado  
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

## Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIBA  
Profesor A. de D. civil y Abogado  
del I. C. de Madrid

## SUMARIO

Páginas

### Estudios monográficos

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN: <i>La interrupción judicial de la prescripción extintiva civil en el Derecho navarro</i> ... ..	3
JOSÉ ANTONIO DORAL: <i>Prelación de fuentes en Derecho navarro</i> ... ..	25
FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: <i>El sistema de los Derechos Reales en el Fuero Nuevo de Navarra</i> ... ..	65
JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ: <i>Fuero General de Navarra, 4, 2, 3. El cónyuge viudo que tiene fealdat. ¿Puede enajenar en caso de necesidad?</i> ...	91

### Vida Jurídica

Noticias.	
<i>En memoria del profesor Gabriel Marty</i> , por José M. <sup>a</sup> Castán Vázquez ... ..	269

### Bibliografía

Libros .....	271
LOCHT-DELHAYE-ALSTEENS: <i>Matrimonio civil y matrimonio religioso</i> , por Gabriel García Cantero.—SALINAS QUIJADA, Francisco: <i>Derecho civil de Navarra</i> , por Amadeo de Fuenmayor.	

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125.—1955.

## IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXVII  
FASCICULO I



ENERO - MARZO  
MCMLXXIV

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones  
sostenidas por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA

**Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS.**

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid-15



## La interrupción judicial de la prescripción extintiva civil en el Derecho navarro

AMADEO DE FUENMAYOR  
Profesor de la Universidad de Navarra

Un largo título para un pequeño trabajo, del que, además, me siento obligado a explicar el motivo de haber elegido su temática como contribución al volumen que don Federico de Castro ha querido dedicar a la recién promulgada Compilación del Derecho Privado Foral, o Fuero Nuevo de Navarra.

El motivo es simple por demás. Pensé, sencillamente, en la conveniencia de llamar la atención de los juristas españoles, que han de enfrentarse ahora con el estudio de este nuevo texto legal —nada breve, por cierto— acerca de la utilidad que ofrecen para ese estudio las notas con que los autores de la Recopilación Privada (antecedente inmediato de la Compilación navarra) ilustraron, a modo de exposición de motivos, las leyes por ellos redactadas.

Las páginas que siguen son, en definitiva, una presentación de la Ley 40 de la Compilación navarra y una glosa —extensa y anticipada— de las notas que a esta Ley pusieron quienes las redactaron, es decir, los autores de aquella Recopilación.

Me pareció también oportuno decir alguna cosa acerca de uno de los extremos que —con motivo de la última de las Compilaciones— presumo va a ser objeto de especial comentario. A ello se dirigen las líneas inmediatas.

### I. LA RENOVACION CONSERVADORA DEL DERECHO FORAL

Según la fórmula de ALONSO MARTÍNEZ —maestro en la literatura legal de ambigüedades pacificadoras— “las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código”. Esta declaración, contenida en el artículo 5.º de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, pasará en bloque al artículo 12 del Código civil, con la añadidura en la segunda edi-

ción de las palabras “escrito o consuetudinario” para certificar la amplitud del “régimen jurídico” que se trataba de conservar.

¿Qué significación debía atribuirse al término “conservarán” que utiliza la fórmula transaccional de ALONSO MARTÍNEZ? Es curioso advertir, a la distancia de casi un siglo, que este término no pareció entonces equívoco, a diferencia de la expresión “régimen jurídico” que hubo de ser aclarada en la segunda edición. Y, sin embargo, se trataba de un vocablo anfibológico, cuyo doble sentido se ha manifestado después en las opiniones divergentes que registra la doctrina. En una de sus llanas acepciones el verbo “conservar” expresa la idea de mantener, asegurar o defender, es decir, de poner a salvo la existencia de un ser vivo —en este caso, el Derecho foral—, lo que también se significa con sus sinónimos sustentar, cultivar o alimentar. Pero la palabra conservar —en otra de sus comunes acepciones— sirve para expresar aquel procedimiento que, aplicado a seres ya sin vida —en este caso, el Derecho foral—, permite presentarlos con la apariencia de lo que fueron. En este sentido conservar equivale sencillamente a embalsamar o a disecar. Una misma palabra, pues, expresa ideas muy distintas según se aplique a lo que se estima viviente o a lo que se tiene por cadáver insepulto o reliquia venerable. En el caso del Derecho foral la estimación viene justamente influida por la actitud que se adopta en cuanto al modo y momento de lograr la unificación de nuestro Derecho civil.

a) *La conservación del Derecho foral como curiosidad pintoresca*

Bastará la cita de dos prestigiosos autores, uno del tiempo de la codificación y otro de época más reciente.

Según la visión de AUGUSTO COMAS, las legislaciones forales —merced a la desdichada fórmula de la Ley de Bases— estaban llamadas a continuar “petrificadas en viejos moldes, envueltas en sus tradicionales formas, ecos tan sólo de épocas pasadas, condenadas, en fin, por su perpetua inmovilidad, a ser silenciosos testigos de todos los adelantos y progresos que produce el fecundo movimiento del Derecho moderno” (1). Es claro, pues, que en el pensamiento de COMAS el Derecho foral no es un Derecho vivo, dotado de posible progreso, sino cadáver insepulto o reliquia venerable; y el *statu quo* consagrado por ALONSO MARTÍNEZ resultará así solución engañosa, pues —proyectada en el futuro— conduciría a un grave desequilibrio entre el Derecho del Código civil y aquellas piezas de museo que se querían conservar a toda costa.

A esta línea de pensamiento corresponden estos párrafos brillantes de RAMÓN DE LA RICA, que —sin embargo— ve en los Apéndices una posible salida:

“Sin la bases relativas a los Apéndices, la conservación en el Código de la ‘integridad’ del Derecho foral sería francamente absurda.

(1) *La revisión del Código civil español*, I, Madrid, 1895, pág. 66.

Conservar un derecho especial, pero privar a las regiones de órganos vivos legisladores, con potestad de modificarle, es, en verdad, una burla sangrienta. Equivale a condenar a los que han de regirse por sus arcaicas normas a vestir de por vida los pintorescos y desusados trajes regionales, o a habitar las insalubres viviendas medievales, o a seguir empleando los medios de locomoción del siglo XIII. Es como si el Estado dijese a las regiones forales: '¿Quieres regirte por tu Derecho regional antiguo? Muy bien: lo acepto y ol sanciono; pero te vas a arreglar con él para toda la eternidad' —porque el Derecho regional español es, en general —y dicho sea sin ánimo de ofensa a sentimientos respetables, que soy el primero en respetar—, un Derecho petrificado, anquilosado, muerto y en espera de piadosa sepultura. (Conste que hablo del Derecho, en su sentido objetivo y externo, de norma o regla legal; no en su sentido interno de instituciones e ideologías). Es un Derecho inservible, por datar de épocas muy remotas y ajustarse a necesidades muy diferentes a las actuales. Se ofrece, en el desconcierto y complejo de los textos, caótico y difuso, convirtiendo siempre en ardua su consulta y a veces en imposible”.

“A las regiones aforadas se les condenaba a un suplicio dantesco: a servirse de un régimen jurídico arcaico, que llegaría a serles odioso y a no poder reformarlo. En evitación de tamaña impiedad se acudió, por las bases de 1888, al arbitrio de los Apéndices forales” (2).

b) *La conservación de los Derechos forales y su dinamismo vital*

En uno de sus primeros escritos, CASTÁN planteaba el problema en sus verdaderos términos: “la biología del Derecho no sólo exige conservación de elementos tradicionales, sino renovación progresiva de los mismos. ¿Qué importa conservar ciertas instituciones, que a veces no tienen otro valor que el histórico, si se ha quitado a las legislaciones forales la vitalidad y la lozanía”? (3).

En 1924 decía ALCALÁ ZAMORA ser algo aceptado entonces generalmente “que es justo e indispensable renovar, no sólo respetar, el Derecho foral siguiendo lealmente y con amplitud la espontaneidad de conciencia y tradición jurídica a que obedece”. Y hacía una observación interesante: “la queja foral contra la unificación, a veces poco suave, y no siempre motivada, que la jurisprudencia ha ido operando, no está exenta totalmente de fundamento. Culpa de ello toca a los propios foralistas, más cuidadosos de conservar como casta una reliquia, que de difundir sus leyes como viva y pública realidad. Mas en todo caso, ante una leal renovación y ante formas claras y modernas de las instituciones forales no sería posible el peligro, surgido mientras era misión de la doctrina legal aclarar la confusión y suplir la deficiencia (utilizando para ello la norma más inmediata)

(2) RAMÓN DE LA RICA, *La sucesión intestada en Aragón, después del Apéndice foral*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario». 1931, págs. 835 y 836.

(3) *La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 126, 1915, págs. 251.

de amontonamientos arcaicos, de preceptos mal ordenados y peor conocidos" (4)

Dos años antes del Congreso de Zaragoza MARTÍN BALLESTERO se hace cargo de la cuestión de renovar los Derechos forales al tiempo de codificarlos: "pensar en la probable sanción legal de una codificación de un Derecho foral cualquiera no quiere decir que deban limitarse sus autores a recoger y extraer las instituciones más típicas conforme a la desgraciada frase y criterio de la conveniencia de conservarlos, sin introducir en sus normas la más ligera alteración que vivifique su contenido. Se pueden conservar instituciones, y hasta se tienen que conservar instituciones introduciendo en ellas lo que las nuevas condiciones de vida exigen, y suprimiendo de las mismas todo lo que implica una letra muerta por la variación introducida en el transcurso de los siglos. No giremos sobre el verbo "conservar" exclusivamente, ni creamos que la Ley de Bases no autorizó ni para modificar ni para crear..., de modo que las instituciones forales, al recogerse, pueden libremente modelarse, tanto en pro de una tradición, como de una realidad o un acercamiento [a la unidad legislativa]" (5).

c) *El criterio en la codificación de los derechos forales*

Las dos posibles interpretaciones señaladas del término "conservar" han influido de hecho en la elaboración de los cuerpos legales en los que se recopilan y codifican los distintos derechos forales.

Con referencia a Aragón, se ha escrito que "desde los primeros intentos de codificación, que culminan en el Apéndice de 1926, había triunfado, en principio, el criterio ultra conservador de transcribir, traducido, el conjunto de normas tradicionales, siquiera con algunas adaptaciones, modificaciones, supresiones y complementos" (6). Frente a este criterio, la Compilación aragonesa de 1967 ha procurado la adaptación a los supuestos sociales actuales de su régimen foral con la elaboración de un nuevo Derecho que, al prolongar su línea histórica, interrumpida, ha reelaborado las instituciones existentes, de modo que quedasen reguladas ahora como si hubieran podido evolucionar regularmente al compás de los tiempos (7).

(4) *La unidad del Estado y la diversidad de sus legislaciones civiles*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 144, 1924, págs. 377 y 381.

(5) *Los artículos 12 y 13 del Código civil y el problema de las fuentes en Derecho foral*, en «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, págs. 304 y 305.

(6) LACRUZ, *Objetivos y métodos de la codificación aragonesa*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», XLIV, 1968, pág. 297.

La exposición de motivos del Apéndice deja constancia del criterio minimalista en que se inspira: «Las contadas veces que por tales motivos estimó ineludibles alguna adaptación o coordinación...».

(7) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 303 y 304. «Los enemigos del Derecho foral han combatido siempre esta posibilidad de renovación, comprendiendo que si conseguían la fosilización de aquél, a la larga tenían la partida ganada...».

«...El vecino de territorios de Derecho foral no tiene menos derecho que el de los de Derecho castellano a que le modifiquen una legislación, un traje o

Uno de los miembros de la Comisión de juristas catalanes que preparó la Compilación de 1960 explica el espíritu que inspiró sus tareas:

“No llevamos a la Comisión Compiladora un mezquino criterio provinciano de limitación de horizontes y pobreza mental; no podíamos proceder a la compilación de nuestro Derecho, en el plan del que va cazando mariposas, estudiando instituciones aisladas, fuera de toda ordenación; compilar el Derecho es hacerlo en su integridad, no en sus residuos, pues no podíamos olvidar que las leyes han de ser como el vestido, que se acomoda a la forma del cuerpo, y no el cuerpo a la del vestido. Si hay que ir a la formación de un Código nacional, ha de ser mediante la fusión de los antiguos derechos hispánicos, no por el sistema de las especialidades interlineadas en el Código civil, que fue unánimemente repudiado en el Congreso de Zaragoza de 1946”.

“Por ello estudiamos a fondo las Fuentes Romanas y quisimos vaciar en la *Compilación* cuanto de ellas puede ser apreciable. No podíamos olvidar que el Derecho romano perdura como arquetipo científico y como escuela de la aplicación del Derecho, y que en dichas fuentes nos ha sido conservado casi inalterado el producto del genio de sus juristas. Hemos tomado de ellos, no la letra, sino el verdadero contenido espiritual que desenvuelve la interpretación de las leyes y de los negocios, su tacto jurídico y su asombroso arte de la aplicación del derecho. Nos servimos del Derecho romano y de la ciencia jurídica romana, sin dejarnos dominar por ella, utilizándolos en orden a la más profunda comprensión y para la libre progresión del derecho actual, pero en una nueva forma, creada por nosotros mismos”.

“Asimismo dimos la importancia debida al estudio del Derecho canónico, corrector del romano, al que infundió el espíritu de la equidad cristiana; y a las normas de Derecho propiamente indígena, nacidas de las concretas necesidades de la vida social de esta Región” (8).

Los redactores de la Recopilación Privada, convertida luego en Anteproyecto oficial de la Compilación navarra, declaran en el prólogo de su obra que “fue su propósito el recoger simplemente el Derecho civil vigente en Navarra, actualizando sus antiguas leyes y costum-

---

una carretera que se le han quedado viejos» (LACRUZ, op. cit., págs. 304 y 306).

La exposición de motivos de la Compilación aragonesa señala las directrices fundamentales seguidas en su redacción: «se actualiza el ordenamiento teniendo en cuenta la importancia que hoy se atribuye a la riqueza mobiliaria y la promoción social de la mujer; se ha procurado una mayor precisión técnica al formular las reglas de Derecho...». Y, en su párrafo final, dice: «La Compilación cooperará así a la normal evolución de este venerable Derecho foral».

(8) FAUS ESTEVE, *Ante la presentación en las Cortes del Proyecto de Compilación*, en «Revista Jurídica de Cataluña», LXXVI, 1959, pág. 463, Vid. ROCA SASTRE, *Los elementos componentes de la Compilación*, en el volumen colectivo *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1961, pág. 11 y s.

bres, eliminando lo que del Derecho romano había caído en desuso, adaptando el antiguo Derecho a las exigencias de la vida y de la ciencia jurídica actuales". Y con referencia al influjo del elemento romanista, comentan: "El hecho de que en Navarra el Derecho romano siga siendo vigente puede resultar sorprendente, pero cuando se ve cómo el mismo genio jurídico del pueblo navarro ha ido eliminando sabiamente de su Derecho todo aquello que venía condicionado por contingencias históricas periclitadas, y amoldándolo a su propia manera de ser y condiciones reales, el jurista no puede menos de quedar cautivado y convencido de que de las más altas tradiciones cabe extraer todavía, si se sabe mantener una actitud de vital fidelidad a las mismas, los más ajustados progresos doctrinales" (9).

## II. LA INTERRUPCIÓN JUDICIAL DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Sucesivamente examinaré en términos generales, es decir, sin referencia a un sistema jurídico determinado, el supuesto y su complejidad, que comporta el planteamiento de múltiples problemas, resueltos unos expresamente por el régimen jurídico de que se trate, y necesitados otros de criterios supletorios, ante el silencio legal; el alcance del artículo 1.973 del Código civil español, según las diversas opiniones de los comentaristas; y la doctrina del Tribunal Supremo acerca del tema. Estas consideraciones ayudarán —espero— a calibrar el valor de las normas de la Compilación navarra que constituyen el objeto de este estudio.

### a) *La complejidad del supuesto*

Dos son las causas que, de ordinario, admiten las legislaciones como determinantes de la interrupción de la prescripción extintiva: un acto realizado por el titular que está amenazado con la pérdida de su derecho y que con tal acto manifiesta su voluntad de no perderlo (10), acto que, en la mayoría de los ordenamientos, consiste en una reclamación judicial; o el espontáneo reconocimiento por parte del sujeto pasivo, considerado por una larga tradición equivalente al anterior supuesto y que, por eso, se ha denominado *interruptio fic-*

---

(9) Cfr. *Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada)*, Pamplona, 1971, págs. 12 y 13.

Sobre la necesidad de adaptar el Derecho foral a las realidades y problemas de cada momento, vid. SALINAS, *Contribución a la Metodología del Derecho Privado de Navarra*, en «Universidad», XXIV, Zaragoza, 1947, pág. 455; y ARREGUI, *La Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra*, en «Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas», VI, Pamplona, 1909, pág. 38.

(10) RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. esp., I, Madrid, 1931, pág. 333.

*ticia* o *quasi interruptio* (11). Ambos supuestos tienen como nota común el consistir en una actividad del titular del derecho, pero difieren profundamente porque, mientras el reconocimiento, por ser un acto simple, produce una interrupción instantánea, la reclamación judicial, por provocar un proceso —es decir, una serie de actos de las partes y del órgano jurisdiccional— puede tener una prolongada duración, y extenderse a todo el tiempo que el proceso dure; así como verse influida por circunstancias de orden procesal:

La interrupción motivada por reclamación judicial ofrece gran complejidad, al plantear, entre otras, tres importantes cuestiones: ¿en qué momento principia con exactitud la interrupción?; ¿qué duración tiene ésta?; ¿qué circunstancias determinan que la interrupción se considere como no realizada? La respuesta a estos interrogantes dependerá, claro está, del criterio que establezca cada ordenamiento positivo. Sin embargo, pueden señalarse algunos principios en que, por lo general, se inspiran las legislaciones.

Las normas que integran el régimen de la interrupción judicial suelen señalar taxativamente los actos que la determinan (12). Este carácter taxativo significa que ningún otro acto del titular puede tener eficacia interruptiva, aunque en sí considerado constituya una manifestación del derecho amenazado por la prescripción; el fundamento de orden público en que ésta se apoya impide que el interesado tenga libertad de elegir otros medios idóneos para lograr la interrupción (13).

Los avatares del proceso que pone en marcha la reclamación judicial (desistimiento del actor, caducidad de la instancia, desestimación de la demanda, etc.) pueden alterar la eficacia de ésta —en cuanto acto interruptivo de la prescripción— en medida diferente según diversos sistemas (14). En estos casos es importante distinguir con cuidado los aspectos sustantivos y los meramente procesales (15), que se interfieren y pueden prestarse a confusión.

Para llenar las lagunas que existen en el régimen legal de la interrupción de la prescripción extintiva producida por la reclamación judicial de titular del derecho, se acude frecuentemente a las normas que integran el régimen de la interrupción de la prescripción adqui-

(11) Francesco Silvio GENTILE, *Prescrizione estintiva e decadenza*, Roma, 1964, pág. 198.

(12) Vid. BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, *Della prescrizione*, 3.<sup>a</sup> ed., Milano, 1930 (ristampa), pág. 357; GROFALLO, *Prescrizione civile*, en «Nuovo Digesto Italiano», X, Torino, 1939, pág. 216; COVIAN, *Interrupción civil de la prescripción. La citación judicial*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 100, 1902, pág. 528.

(13) AZZARITI y SCARPELLO, *Commentario al Codice Civile*. Libro sexto, Bologna-Roma, 1959, pág. 599.

(14) Un buen resumen de estos sistemas puede verse en BONSIGNORI, *Interruzione della prescrizione e estinzione del proceso*, en «Rivista di Diritto processuale», XXI, 1966, págs. 702 y s.

(15) En este sentido, merece citarse con elogio el régimen del BGB. Vid. von TUHR, *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*, III, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1948, págs., 226 y 227.

sitiva, aunque con cautela para respetar las diferencias especificadas entre uno y otro. Y se acude también al fundamento de la prescripción, siendo de notar que, a partir de diversos fundamentos, se llega a conclusiones diferentes y aún opuestas (16).

b) *Exégesis del artículo 1.973 del Código civil español*

“La prescripción de las acciones —dice el artículo 1.973— se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor” (17).

De los tres actos que el precepto contempla, nos interesa especialmente el primero, que regula el supuesto objeto de nuestro estudio, si bien lo hace con fórmula harto lacónica, que ha merecido un severo reproche de TABOADA ROCA en un magnífico estudio dedicado al tema recientemente. Escribe el ilustre magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo: “Con aquella sola alusión al ‘ejercicio de las acciones ante los Tribunales’, cree nuestro legislador dar por resueltas todas las múltiples y complejas cuestiones que pueden surgir en esta tan interesante materia, y deja sin precisar cuál es el momento determinante de la interrupción, de los muchos que integran el ejercicio de la acción ante los Tribunales, así como también omite señalar aquellos supuestos en los que, por la concurrencia de ciertas causas, esa interpelación judicial no produce efectos de ninguna clase, y aquellos otros en que, a partir de cierto momento, deja de producirlos, y se considera no efectuada” (18). No es, pues, extraño que

---

(16) El nexo entre el régimen jurídico de la prescripción y su fundamento puede verse, por jemplo, en CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, en «Rivista di diritto processuale civile», X, parte I, 1933, pág. 44; DOMÍNGUEZ DE MOLINA, *Distinción entre interrupción y suspensión de la prescripción de acciones. Su aplicación a las derivadas del transporte ferroviario*, en «Revista Jurídica de Cataluña», XLVII, 1946, pág. 12; BRANCA, *Non uso e prescrizione*, en «Scritti in onore di Contardo Ferrini», I, Milano, 1947, pág. 172; GIUSANA, *Appunti sulla prescrizione*, en «Rivista di diritto civile», III, 1957, parte I, pág. 433; SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del Derecho civil*, Madrid, 1964, página 125; REYES MONTERREAL, *La caducidad del derecho*, en «Revista Jurídica de Cataluña», LXIV, 1965, pág. 995.

(17) Este artículo —que introduce la novedad de la reclamación extrajudicial, desconocida en otras legislaciones— está tomado literalmente del proyecto de 1888. Cfr. PEÑA, *El Anteproyecto del Código Civil español* (1882-1888), Madrid, 1965, pág. 756. La novedad mereció un comentario elogioso de FADDA y BENSÁ, en sus Notas al *Diritto delle Pandette*, de WINDSCHEID, IV, Torino, 1926, págs. 646 y 647.

(18) *La interrupción de la prescripción extintiva, provocada por actos del acreedor: su naturaleza, clases, requisitos y problemas que plantea* (Discurso de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación), La Coruña, 1972, pág. 37.

A la imprecisión del término «ejercicio ante los tribunales» que TABOADA comenta, cabría añadir la imprecisión del término «acciones», según la certera advertencia de PETRELIS, *Azione*, en «Nuovo Digesto Italiano», II, Torino, 1937, pág. 92: «en las normas sobre prescripción, en las que se habla de extinción de acciones, este término se interpreta y se entiende del modo más diverso según las tendencias, las escuelas y las opiniones».



la doctrina científica, en su afán de dar respuesta a los numerosos interrogantes que plantea el laconismo del régimen legal, se haya esfozado en interpretar el alcance del artículo 1.973; y que hoy dispongamos de un verdadero abanico de opiniones diversas formuladas por civilistas y procesalistas. De ellas vamos a presentar una breve síntesis, con particular referencia a la determinación precisa del momento en que comienza la interrupción (19).

Es opinión extendida, a partir de MANRESA, que “basta la mera presentación de la demanda para que surta ésta el efecto interruptor sin necesidad de esperar a la citación judicial, al contrario de lo que sucede en la prescripción adquisitiva en la que, siendo causa de la interrupción la impugnación de la posesión en que se halla el que prescribe y la pérdida de su condición de pacífica y de ser mantenida de buena fe en concepto de dueño, es indispensable la citación judicial del demandado, para que el poseyente tenga conocimiento de la impugnación y pueda o no oponerse a ella. Pero en la prescripción extintiva, no es necesario dicho requisito, porque estando fundada en ella la extinción en el no uso de la acción, basta que sea puesta en ejercicio para que cese la causa y el fundamento de su prescripción” (20). A esta opinión se adhieren ALAS, DE BUEN y RAMOS (21). Sostienen también que se interrumpe la prescripción extintiva mediante la interposición de la demanda, ALCALÁ ZAMORA (22), GUASP (23) y DÍEZ PICAZO (24). En igual sentido, aunque de modo vacilante, GÓMEZ ORBANEJA (25).

Según otra opinión, el efecto interruptivo de la prescripción extintiva se produce a partir de la providencia que declara admisible la demanda y ordena el emplazamiento o la citación. Es el parecer de SÁNCHEZ ROMÁN (26), y también el de PRIETO CASTRO (27), para quien se trata de uno de los efectos materiales de la *litis pendencia*.

Entienden PÉREZ y ALGUER que la prescripción se interrumpe por interposición de demanda, por ser la forma prototípica del ejercicio de la acción ante los Tribunales, pero puntualizan —siguiendo criterios jurisprudenciales— que cuando menos es menester para que la demanda interrumpa la prescripción que se presente en forma y sea admisible y admitida (28).

(19) La opinión de la mayoría de los autores a que nos referimos seguidamente en el texto es ofrecida por extenso en la monografía de TABOADA, *op. cit.*, págs. 38 y s.

(20) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, XII, Madrid, 1911, página 906.

(21) *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, pág. 227.

(22) Notas a la traducción de GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1936, pág. 339.

(23) *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, págs. 332 y 333.

(24) *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964, págs. 98 y 99.

(25) *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, pág. 241 y 243.

(26) *Estudios de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1899, pág. 436.

(27) *Derecho Procesal Civil*, I, 1964, pág. 520.

(28) Anotaciones a ENNECERUS, *Derecho Civil (Parte General)*, I, vol. II, Barcelona 1944, pág. 521.

Original es la tesis defendida por TABOADA que, al término de su trabajo, sienta, entre otras, las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> “La prescripción extintiva descansa, no sólo en la presunción de abandono de su titular, sino también, en el castigo a su inacción y, sobre todo, en la necesidad de dar fijeza y seguridad a la situación del deudor, en beneficio del cual, realmente, se ha establecido tal prescripción”.

2.<sup>a</sup> “Consiguientemente, el acto interruptor de la prescripción, provocado por la actividad del titular del derecho, tiene la naturaleza de la declaración recepticia, que, como tal, para que despliegue sus efectos, debe llegar a conocimiento de la persona contra o para la cual se emite”.

3.<sup>a</sup> “Por tanto, no debería bastar la presentación de la demanda para interrumpir la prescripción, porque, aunque tal actuación constituye una de las muchas que integran la interpelación judicial, contempla sólo la persona del acreedor que pone de manifiesto su voluntad de no abandonar su derecho y, en cambio, no tiene en cuenta para nada la actividad del obligado que, al no sentirse intimado por el acreedor, durante el plazo que la ley concede para esto, adquiere la creencia de la realidad de la renuncia. Pero la jurisprudencia no sigue este criterio”.

4.<sup>a</sup> “Debería ser preciso que la demanda fuese notificada al demandado, por alguno de los medios que la ley señala para los distintos supuestos en que dicho demandado pueda encontrarse. Hasta tal momento, no le consta que el acreedor persiste en el propósito de ejercitar o de conservar su crédito, y, por tanto, si esta notificación no se produce dentro del plazo prescriptivo, el deudor habría perfeccionado su prescripción, estimando que el acreedor había renunciado a su crédito. Mas tampoco la jurisprudencia lo entiende así” (29).

### c) *La doctrina jurisprudencial*

Al objeto que a nosotros interesa, basta indicar la línea seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con algunos extremos.

En la mayor parte de los casos, ha fijado como fecha en que comienza la prescripción extintiva la de la presentación de la demanda. Así, la Sentencia de 3 de diciembre de 1966: “Basada la prescripción extintiva en la inacción del titular del derecho durante el tiempo determinado en la Ley, ésta admite causas interruptoras de esta inacción, que precisa el artículo 1.973 al disponer que tal interrupción tiene lugar, entre otros casos, por el ejercicio de la acción ante los Tribunales, y al no concretar la norma qué actos judiciales tendrán ese efecto interruptivo, la jurisprudencia muestra un criterio amplio en esa materia teniendo declarado con reiteración, que basta

(29) TABOADA ROCA, *op. cit.*, págs. 96 y 97.

la presentación de la demanda dentro de dicho plazo, aunque sea la de conciliación..., porque, además, no puede negarse a la presentación de la papeleta de conciliación la misma transcendencia que tendría cualquier reclamación extrajudicial" (30). La jurisprudencia, de manera uniforme y reiterada, viene exigiendo, para que la demanda produzca efectos interruptores, que se halle adornada de los requisitos legales que impongan su admisión, y por tanto, que sea presentada con sus copias, y con los documentos y las copias de éstos, precisos para que tal admisión tenga lugar (31).

Es también de notar, como indica CASTRO, que respecto a la interrupción de la prescripción de la acción por su ejercicio ante los Tribunales, el Tribunal Supremo ha sabido, no sin dudas al principio, de modo terminante y aleccionador, poner de relieve la distinción fundamental existente entre las reglas que rigen la usucapión y las que regulan la prescripción extintiva; para negar en su consecuencia que sean aplicable a ésta, por analogía, las reglas propias de aquélla (arts. 1.946, 1.947) (32).

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1968

Es de gran importancia en nuestro tema, por referirse a él expresamente, en un caso en que, por el actor, se pretendía la indemnización de daños y perjuicios causados en accidente de circulación. Estimada la demanda, tanto en primera instancia como en apelación, es casado el fallo de la Audiencia por entender que ha prescrito la acción. Y éste es el principal tema debatido, lo que exige determinar el régimen jurídico aplicable en materia de interrupción de la prescripción extintiva, y el alcance de la especialidad del Derecho navarro en este punto.

---

(30) Sobre los requisitos exigidos por la jurisprudencia a propósito de la demanda de conciliación, ALBADALEJO, *La interrupción de la prescripción extintiva civil por acto de conciliación no seguido de demanda*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», LV, 1967, págs., 709 y s. Vid. también GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Problemas en torno a la conciliación*, en «Revista de Derecho Privado», LVII, 1973, págs. 206 y 207.

(31) Ofrece por extenso esta jurisprudencia TABOADA, *op. cit.*, págs. 82 a 84, quien la critica, pues entiende (pág. 98) que «la falta de copias de la demanda, o de documentos (y copias) en que el actor funda su derecho, tampoco debería ser motivo para privar de eficacia al acto interruptor de la prescripción, si llegó a practicarse con el deudor alguna diligencia que le haga conocer, oportunamente, el deseo del acreedor de conservar su derecho».

(32) CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 161, que cita las Sentencias 16 de noviembre de 1968; 3 de diciembre de 1966 y (de lo social) 29 de octubre de 1966.

a) *El motivo primero del recurso de casación*

En este primer motivo se examinan las normas forales que rigen la prescripción, distintas del sistema establecido por el Código civil; y se afirma que, en el Derecho navarro como en el Derecho romano, la prescripción no se interrumpe ni por la reclamación extrajudicial ni por la mera presentación de la demanda, siendo necesario que la demanda sea notificada, y sólo desde la fecha de la notificación se produce la interrupción. Al efecto, se cita la Ley 9, título 37, libro II de la Novísima Recopilación de Navarra, que exige que la citación haya sido notificada.

En cuanto al Derecho romano —tras recordar que en Navarra es supletorio de primer grado— se sostiene que la Ley 3, del título 39, libro 7.º del Código de Justiniano, al regular la prescripción de las acciones reales, personales y mixtas, establece que para interrumpir la prescripción no bastará haber hecho una instancia... o haber alegado una acción en juicio, a no ser que presentada en juicio la instancia judicial hubiese seguido la citación.

b) *La doctrina de la Sentencia del Supremo*

Para fundar la casación a la que accede, esta Sentencia de 22 de noviembre de 1968 declara en su primer considerando que “en Navarra, de acuerdo con lo sostenido al respecto por la parte recurrente, y conforme a reiterada doctrina de esta Sala, rige como supletorio de primer grado el Derecho romano, con prioridad al Código civil, así como también sucedía en Cataluña —región en la que, asimismo, era de aplicar preferentemente el Derecho canónico—, desprendiéndose esa preferencia de normas del artículo 12 de nuestro Código civil; y visto lo dispuesto en la legislación aplicable, para que operen, en general, los efectos interruptivos de la prescripción es necesaria la citación, notificación o enteramiento de la reclamación judicial, advirtiendo que, cual sostiene algún eminente tratadista, las notificaciones, citaciones y emplazamientos suelen comprenderse bajo la genérica de ‘notificación’, tomada esta palabra en sentido lato, pues aunque cada una de esas palabras tenga en el foro su significación propia y especial, todas tienen por objeto hacer saber las resoluciones o mandatos judiciales y, en el caso examinado, el enteramiento es para conocer que la reclamación ha tomado estado judicial, previa demanda ‘o instancia’, doctrina que no es de aplicar en el Derecho común, en que basta la interposición de la demanda, pues tal requisito no surge del artículo 1.973 del Código civil”.

c) *Criterio jurisprudencial relativo a Cataluña*

La sentencia a que me refiero cita otras tres que, aunque relativas a Cataluña, son interesantes por contener el criterio del Tribunal Supremo acerca del régimen romano, que se aplicaba com supletorio.

Según la Sentencia de 31 de octubre de 1953, “la materia de interrupción de la prescripción, al no existir en la legislación especial

de Cataluña disposiciones que la regulen, se rige por el Derecho común (denominación que abarca el canónico y el romano, por el orden de prelación de sus respectivas fuentes) como supletorio, y de la aplicación preferente al Código civil, conforme al párrafo segundo del artículo 12 de este Cuerpo legal; y existiendo en el Derecho romano normas reguladoras de la interrupción de la prescripción de acciones, a ellas habrá de acudir, con preferencia al artículo 1.973 del Código civil"; añade que "las disposiciones del Derecho romano no admiten interrupción por reclamación extrajudicial del acreedor, sino tan sólo por la citación judicial del deudor, conforme a la Ley tercera y párrafo tercero de la Ley séptima, título treinta y nueve, libro séptimo del Código de Justiniano, o por acto de reconocimiento que el deudor haga del derecho de su acreedor, según se establece en los párrafos tercero y quinto de la citada Ley séptima; cuyas disposiciones, aun cuando se dictaron con referencia a la prescripción de largo tiempo, son también aplicables a las de corto plazo, según se colige de las Leyes primera y segunda, título cuarenta del expresado libro séptimo del Código justiniano, marcando el conjunto de las citadas normas los principios que dominan en el Derecho romano, en orden a las causas o motivos de interrupción de la prescripción, sin que exista texto alguno que atribuya efecto interruptorio a la reclamación extrajudicial".

La anterior doctrina es reiterada por la Sentencia de 30 de septiembre de 1955 al decir que "en el Derecho privado catalán únicamente se interrumpe la prescripción por la citación judicial verificada conforme a la Ley tercera y párrafo tercero del libro séptimo del Código de Justiniano, o por el reconocimiento que el contrario haga del derecho de su acreedor, según establecen los párrafos tercero y quinto de la citada Ley séptima".

El Tribunal Supremo había ya recordado en su Sentencia de 15 de diciembre de 1922 "la reiterada doctrina de este Tribunal, en la que se estatuye con notoria uniformidad que el *Usatge homnes causae*, o sea el título II, libro VII del volumen I, y la Ley 2.<sup>a</sup>, título XL, libro VII del Código de Justiniano, regulan con carácter general en el territorio del antiguo Principado de Cataluña la prescripción de toda clase de derechos y acciones, sin que en su virtud revista eficacia jurídica para interrumpir aquélla el mero requerimiento extrajudicial a que se refiere el artículo 1.973 del Código civil" (33).

Con anterioridad a la Compilación de 1960, la doctrina catalana se fijó especialmente en la reclamación extrajudicial, para rechazar

---

(33) Constituye un verso suelto la Sentencia de 6 de febrero de 1928 que aplica a un caso de Derecho catalán el art. 1.973 del Código civil, por entender que, al no contener el *Usatge homnes causae* «preceptos relativos a la interrupción de la prescripción de acciones, son aplicables para suplir estas deficiencias, y conforme al artículo 12, las que contiene el Código civil».

la vigencia en Cataluña del artículo 1.973 del Código civil (34); pero prestó escasa atención a fijar el momento preciso en que comienza la interrupción por reclamación judicial (35). La Compilación no contiene normas peculiares sobre interrupción, por lo que ahora se aplican en Cataluña las disposiciones del Código civil (36).

#### IV. TRATAMIENTO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ROMANO

Es de particular interés en nuestro tema la consulta al Derecho romano, sin olvidar la prudente advertencia de FADDA y BENSA cuando deploraban el frecuente recurso a ese Derecho sin tener los elementos indispensables para distinguir lo que está indisolublemente unido a las peculiaridades de los sistemas procesales romanos, tan profundamente diferente del proceso moderno, y lo que procede de principios generales, comunes también a otros Derechos (37).

##### a) *La interrupción por virtud de la "litis contestatio"*

Como resulta de las fuentes romanas, la interrupción de la *longi temporis praescriptio* se produce en el Derecho clásico a consecuencia de la *litis contestatio*, aunque con un alcance que conviene recordar (38).

La característica fundamental del proceso romano, característica que lo determina en toda su evolución y lo diferencia típicamente frente a los sistemas procesales modernos, procede en primer lugar de la relación en que se encuentran las partes en litigio, el órgano jurisdiccional del Estado y el juez (juez privado); y, secundariamente, de la prevalente importancia que asume en el proceso la actividad privada frente a la función realizada por los órganos estatales. Esto explica que sea absolutamente fundamental —durante toda la época clásica— la *litis contestatio*, es decir, el acuerdo de las partes acerca de los términos del litigio: acto que se realiza ante el magistrado (en la etapa denominada *in iure*, por llamarse *ius* al estrado de éste) y

(34) Cfr. PLANAS y CASALS, *Prescripción: su interrupción jurídica*, en «Revista Jurídica de Cataluña», I, 1895, págs., 267 y 268; PELLA y FORGAS, *Derecho Civil de Cataluña*, 2.ª ed., IV, Barcelona, 1943, pág. 391; BORRELL y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, I, Barcelona, 1944, págs. 310 y 311.

(35) Así, PELLA y FORGAS, *op. y loc. cit.*, se limita a decir que la forma «más práctica y corriente» de interrumpir la prescripción es por citación judicial del acreedor.

(36) Cfr. PORCIOLES, *Discurso pronunciado en las Cortes Españolas el día 20 de julio de 1960*, en «Revista Jurídica de Cataluña», LIX, 1960, pág. 390; CONDOMINES y FAUS, *Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1960, página 366; PÉREZ-ORDOYO, *Derecho Civil de Cataluña. Síntesis de la Compilación civil foral catalana*, en «Revista Jurídica de Cataluña», LXIII, 1964, pág. 446.

(37) Notas a WINDSCHEID, IV, pág. 708.

(38) Paulo, *Sent.* 5, 2, 4-5; C. 7, 33, 1; 2; 10; C. 3, 32, 26; C. 3, 19, 2, 1. Cfr. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milán, 1958, pág. 191.

en presencia de testigos (de donde deriva el nombre). La presencia del magistrado en la *litis contestatio*, el control que aquél ejercita y la necesidad de su alta autorización explican que el Derecho romano haga derivar de la *litis contestatio*, que es esencialmente acto de las partes, unos efectos —entre ellos la interrupción de la prescripción— que son totalmente independientes de la voluntad de las partes (39). Y es que desde ese momento y sólo desde él existe el proceso. Es el momento —el de la *litis contestatio*— en que se llevaba la acción *in litem* (40). Aunque en el Derecho provincial, al que se debe referir la *longi temporis praescriptio*, no parece haberse dado el procedimiento civil con esta pureza, sin embargo, si se sigue hablando en aquél de la *litis contestatio* como momento constitutivo del proceso, y de ella se hace depender la interrupción de la prescripción extintiva.

#### b) *La interrupción en el Derecho postclásico*

Al desaparecer el *ordo iudiciorum privatorum*, desaparece también la bipartición típica del proceso clásico (etapa *in iure*, ante el magistrado, que ostenta la *iurisdictio*; y etapa *apud iudicem*, ante el juez privado, a quien corresponde la *iudicatio*, es decir, la función de dar sentencia). Ya no hay distinción personal entre *iurisdictio* y *iudicatio*; el Estado ha hecho suyos todos los momentos del proceso, mediante la intervención total de su máquina burocrática. A diferencia de lo que ocurría en la época clásica, la relación procesal no surge ya de la *litis contestatio*, sino que hay una obligación de acudir a la citación oficial. El nombre de *litis contestatio* se conserva, pero desaparecen los efectos, que se reparten entre el momento de la demanda (por ejemplo, interrupción de la prescripción) y el momento de la sentencia (efecto de consunción procesal) (41). Es de particular interés examinar, aunque sea brevemente, cómo la interrupción de la prescripción se llega a ligar con la notificación de la citación escrita, es decir, con la citación hecha a consecuencia de la demanda dirigida al juez y comunicada al demandado.

Una de las características principales de la *cognitio extraordinem* (procedimiento que sustituye al desaparecido *ordo iudiciorum privatorum*) está representada por la intervención del magistrado en la actividad del actor para asegurar la presencia del adversario en el tribunal. Desaparecida la *in ius vocatio* —que era un instrumento jurídico privado en un proceso privado (42)— el proceso se inicia, al

(39) Vid. BETTI, *Processo civile romano*, en «Nuovo Digesto Italiano», X, Torino, 1939, págs. 612 y 625.

(40) Vid. DI PAOLA, *La «litis contestatio» nella «cognitio extraordinem» dell'età classica*, en «Annali Sem. Giur. Catania», II, 1947-48, pág. 295; JÄHR, *Litis contestatio*, Köln-Graz, 1960, págs. 18 y s.

(41) D'ORS, *Derecho romano*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», I, Barcelona, 1950, pág. 1021 y 1022.

(42) Cfr. PUGLIESE, *Il proceso civile romano. Il proceso formulare*, I, Milano, 1963, págs. 353 y s.; FERRARI, *Citazione (Diritto romano)*, en «Novissimo Digesto italiano», III, Torino, 1959, págs. 293 y s.

menos desde la época de Constantino, con un acto semioficial de citación llamado *litis denuntiatio*, en virtud del cual, el demandante lleva a cabo por sí mismo o por medio de un funcionario judicial, la comunicación a su adversario de lo que pretende contra él en un proceso al que le invita a comparecer. Pronto se impone la *denuntiatio ex auctoritate*, la cual exige, como requisito previo, obtener de la autoridad judicial el permiso para verificar el acto de notificación del proceso al demandado, bien por parte del demandante, bien por parte del tribunal. El acto de emplazamiento del demandado contiene —además de la orden judicial de comparecencia— la relación de los hechos que delimitan la reclamación del actor y su fundamento jurídico (43).

En tiempos de Justiniano, con la decadencia de la *litis denuntiatio*, la citación es, en todo caso, un acto oficial. Estamos en el proceso por libelo, que tiene como característica esencial la necesaria comunicación al demandado por medio del *executor* del decreto judicial en el que se contiene la orden de comparecencia, tras el examen sumario por parte del juez del escrito (*libellus conventionis*) en el que el actor solicita la incoación de un proceso (44). Ahora la interrupción de la prescripción se realiza como consecuencia de la demanda dirigida al juez y comunicada al demandado. Así resulta de varios textos. En uno de ellos (Cod 7, 39, 7 pr.) el emperador recuerda que la *actio hypothecaria* contra el tercer poseedor se prescribe a los treinta años salvo los efectos de la interrupción (“*si non interruptum erit silentium*”), para lo cual basta la citación (“*per solam conventionem*”) (45). En el § 5 de este texto la posesión de la prenda se asimila a la *litis contestatio*, con cuyo motivo se dice “*multo magis quam si esset interruptio per conventionem introducta*”, donde se ve —como advertía SAVIGNY— que la interrupción atribuida a la citación se distingue claramente de la “*litis contestatio*” (46). Otro texto del Código (7, 39, 3, 1) indica también con claridad que la interrupción de la prescripción de las acciones se produce justamente con la citación del adversario: “*nisi... fuerit subsequata per executorem conventio*” (47).

(43) Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, págs. 296 y 297.

(44) Cfr. FERNÁNDEZ BARREIRO, *op. cit.*, págs. 309 y ss.

(45) «C. 7, 39, 7 (Imp. Iustinus A. Archelao pp. a. 525): Cum notissimi iuris sit actionem hypothecariam in extraneos quidem suppositae rei detentores annorum triginta finiri spatiis, si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, id est etiam per solam conventionem...».

(46) SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, versión española, 2.<sup>a</sup> ed., IV, Madrid, s. a., pág. 209.

(47) «C. 7, 39, 3 (Imp. Honorius et Theodosius AA. Asclepiodoto pp.): Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales acciones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel ius aliquod postuletur vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilo minus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda: eodem etiam in eius valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. 1. Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, videndi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblati speciale quoddam, licet per ad-



Otro texto parece contradecir el criterio indicado, porque habla genéricamente de acciones "*quae in iudicium deductae sunt et cognitionalia acceperunt certamina*" (c. 7, 40, 1); pero la dificultad se resuelve con la lectura de C. 7, 40, 3: "*Qui obnoxium suum in iudicium clamaverit, et libellum conventionis ei transmiserit... videri ius suum omne cum in iudicium deduxisse, et esse interrupta temporum curricula*". Con apoyo de este texto, SAVIGNY nos dice que la notificación de la demanda interrumpe toda prescripción (*temporum curricula*) y que esta notificación era otras veces la verdadera "*deductio in iudicium*" (48).

### c) *El parecer de los antiguos autores*

No existe entre ellos unanimidad acerca del momento en que comienza la interrupción de la prescripción. Mientras unos sostienen que es el de la citación judicial (49), otros, manifestando un excesivo aprecio a la *litis contestatio* (50), atribuyen a ésta el efecto interruptivo (51). Entre estos últimos, algunos entienden que la *litis contestatio* retrotrae sus efectos al momento de la citación (52). Algún autor, como UTERHOLZNER, en su famoso estudio, entiende que, por necesidades de la práctica, el efecto retroactivo de la *litis contestatio* debe remontarse hasta la presentación de la demanda (53).

La consideración de las necesidades de la práctica llevará a los autores a distinguir supuestos y a acomodar las reglas romanas a las exigencias de los tiempos. GLÜCK refiere el pensamiento de algunos antiguos jurisconsultos —GAILL, STRUV y BERLICH— para quienes la prescripción de treinta y cuarenta años se interrumpe *civiliter* con la simple citación, y la de diez y veinte sólo mediante la *litis contestatio*; mientras que la trienal, por ser la especie más privilegiada, úni-

notationem, promeruisse responsum, vel etiam iudiciis adlegasse, nisi adlegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita fuerit subsecuta per executorem conventio».

Sobre este texto FERNÁNDEZ BARREIROS, *op. cit.*, págs. 356 y s.

(48) SAVIGNY, *op. cit.*, pág. 209.

(49) Tal es, por ejemplo, la opinión de DONELLO, *Opera Omnia Commentariorum de jure civile*, tomus quartus, Florentiae MDCCXLII, lib. XVI, capítulo VIII, § XXIII, pág. 758; y VOET, *Commentarius ad Pandectas*, tomus primus, editio quarta, Hage-Comitum, MDCCXXIII, n. 20, pág. 760 y 761.

(50) Al decir de FAIREN, la *litis contestatio*, que había «desempeñado un preeminente papel en el proceso romano clásico, fue y ha sido conservada en su esqueleto formalístico con posterioridad y por espacio de muchos siglos, con los caracteres de nebulosidad cada vez más acentuados del mito jurídico» (*Una perspectiva histórica del proceso: la «litis contestatio» y sus consecuencias*, en sus «Estudios de Derecho Procesal», Madrid, 1955, pág. 14).

(51) Así, CUJACIO, *Operum priorum*, Neapoli, MDCCXXII, Observat. Libro XVIII, cap. XXIX, columnas 529 y 530.

(52) Esta opinión estaba muy extendida con referencia a la usucapición. Cfr. SAMUELIS DE COECCII, *Ius civile controversum*, Part II, Tom. I, Lipsiae, MDCLXXXIV, Lib. XLI, Tit. III, Qu. XXV, pág. 428.

(53) UTERHOLZNER, *Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, I, Leipzig, 1928, § 124, págs. 440 y s.

camente se interrumpe con la sentencia judicial. GLÜCK opina que este parecer no merece ninguna aprobación, porque en él se confunde evidentemente el antiguo con el nuevo Derecho (54).

GIFANIO (55), VANGEROW (56) y SAVIGNY critican también el parecer de quienes distinguen entre las prescripciones de treinta años y las prescripciones más cortas, y sostienen que las primeras se interrumpen por la citación y las segundas por la *litis contestatio*. Esta opinión, dice SAVIGNY, se funda en que los antiguos textos, donde la *litis contestatio* aparece como interruptiva, se refieren solamente a las cortas prescripciones, sin duda porque entonces no existían otras; si en virtud de esta distinción —añade— se pretende considerar estos textos como vigentes todavía, aparecerían en contradicción con los modos de expresión generales empleados en las leyes de Justiniano. Y se pregunta si no habría inconsecuencia en hacer más difícil la interrupción de las cortas prescripciones, que más bien deberían facilitarse, en el caso de establecerse una diferencia (57).

## V. LOS TEXTOS DEL DERECHO NAVARRO

Antes de examinar los criterios sancionados en la Compilación recientemente promulgada, parece oportuno transcribir el viejo texto foral y recoger la opinión de los escasos autores que se ocuparon del tema.

### a) *La Novísima Recopilación de Navarra*

La cuestión se encuentra regulada en la Ley 9, título XXXVII, libro II, de la Novísima Recopilación de Navarra, que recoge la Ley 53 de las Cortes de Pamplona de 1580.

Esta Ley lleva por rúbrica: “Que con la citación se interrumpa la prescripción de los veinte años entre presentes, y de treinta entre ausentes, y con la contestación la de cuarenta años sin título”. Y dice así:

“Suplicamos a vuestra Magestad mande poner por Ley, que las prescripciones de veinte años, entre presentes: y entre ausentes treinta, se interrumpa con sola la citación, notificando aquella. Y las de cuarenta años sin título, con la contestación de la demanda, y no sin ella por evitar las dudas y pleitos, que en esto se suelen ofrecer. Y que esto se guarde en los casos que se ofrecieren de aquí adelante”.

“A lo qual respondémos, que se haga como el Reino lo pide”.

Pocos han sido los comentarios a esta ley. Algunos autores se

(54) GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, II, Milano, 1888, pág. 296.

(55) GIFANIO, *Explanatio Codicis*, ad L. 3, C. de *praescript.*, XXX, Francofurti, MDCXXXI, P. 2, págs. 248 y 249.

(56) VANGEROW, *Leberbuch der Pandekten*, I, 7.ª ed., Marburg und Leipzig, 1863, § 160, págs. 249 y s.

(57) SAVIGNY, *op. cit.*, págs. 209 y 210.

limitan a reseñarla o transcribirla. Así hacen YANGUAS Y MIRANDA (58) y ARELLANO (59).

ALONSO es, entre los antiguos, el que ofrece un comentario más extenso: "Esta disposición —dice— se ha separado mucho del Derecho romano. No se tenía por éste ni por sus glosadores por suficiente la citación a efecto de interrumpir la prescripción de diez, veinte, treinta y cuarenta años: exigiendo la contestación de la demanda. Ni era ésta bastante si no se verificaba ante juez competente, ni cuando el autor había movido el pleito sin ánimo de continuarlo, y con sólo el objeto de exigir la contestación de la demanda para interrumpir la prescripción. Al arbitrio del juez dejaban graduar ese ánimo, atendidas las circunstancias, y la presunción que ofreciese la conducta del autor, que paralizara el curso del negocio, cuando no tuviera impedimento alguno ni obstáculo para continuarlo. En este caso debía declararse que no se había interrumpido la prescripción aunque hubiese sido contestada la demanda. Creemos más justa y más acomodada a la buena fe que requiere la prescripción la Ley que nos ocupa y da por bastante la citación notificada para interrumpir la prescripción. Desde el momento en que por la citación llega a saber el que posee la cosa que le está demandada, se le hace saber que por lo menos hay duda de que sea suya, y falta aquella buena fe completa, que santifica la prescripción. Y la duda se aumentará, y podrá convertir en evidencia en proporción que los documentos, en que se funde la demanda, sean más terminantes; por manera que por la citación puede convertirse en mala fe la buena, con que hasta entonces se poseyere. La Ley navarra ha girado, sin duda, sobre estos principios, al paso que el Derecho romano sujetaba sus disposiciones en este punto, como en muchos otros, a las sutilezas de algunos de los suyos. Requería en el caso presente la contestación a la demanda; porque sin ésta no se había verificado aquel cuasi contrato, que causa el pleito; no había, por lo mismo, pleito, y no habiendo pleito no podía interrumpirse judicialmente la prescripción. Pero bien considerado: ¿qué es lo que añade, qué fuerza mayor puede tener la contestación de la demanda, que la citación notificada? Ninguna, por cierto, más que la de trabar aquel cuasi contrato, que liga a los litigantes, que podrá ser muy útil para otras consecuencias o resultados de los juicios, mas no para interrumpir una prescripción. En fin, para esto basta, según en ello convienen los mismos glosadores, un acto cualquiera judicial, a que la ley dé la virtud y eficacia de interrumpir la prescripción; y la Ley evitó muchos inconvenientes dando ese valor a la citación notificada".

---

(58) *Diccionarios de los Fueros del Reino de Navarra y de las leyes vigentes promulgadas hasta las Cortes de los años 1817 y 1818 inclusive*, Pamplona, 1964, pág. 212.

(59) *Las obligaciones, los contratos y la prescripción en el Derecho navarro*, Madrid, 1946, pág. 549.

Pero no se muestra conforme con todo lo que dispone la Ley y así dice: "La prescripción de cuarenta años con buena fe, pero sin título, no se interrumpe por la sola citación notificada; exige, según la Ley precedente, la contestación a la demanda; y con tal precisión, que declara no quedar interrumpida si no se verifica la contestación. No alcanzamos, ciertamente, ni creemos fácil alcanzar, la razón que pudiera tener la Ley para contentarse con la citación notificada; a efecto de dar por interrumpida la prescripción de veinte y treinta años con justo título, y exigir la contestación para la de cuarenta años sin título alguno. Desde luego, parece que cuando menos fundada se presente una posesión, menores y menos solemnes actos deben bastar para interrumpirla y con ella la prescripción. No es dudable que la posesión adornada con el justo título, se presenta más fuerte, más robusta y eficaz para prescribir; y buena prueba de esto es, que con menos número de años se da por completa la prescripción, cuando hay justo título que cuando no media éste. La Ley hubo de mirar desde un punto diferente de vista la cuestión, y fijarse en razones que no es fácil adivinar, cuando se ha contentado, sin preámbulo ni razón alguna, más que la de que cesen dudas, con designar un acto judicial para interrumpir unas prescripciones, y otro para la de más largo tiempo, esto es, la de cuarenta años sin título. Ni los más acreditados autores, que tratan de esta materia, como el señor COVARRUVIAS, indican razón alguna satisfactoria para apoyar esta diferencia. Mas la Ley está clara y expresa, y a ella debe arreglarse" (60).

A juicio de FERNÁNDEZ ASIAIN, el precepto foral que exige la citación o emplazamiento y aun la contestación a la demanda, según los casos, debe entenderse referido exclusivamente a la usucapión (61).

#### b) *La Ley 40 de la Compilación*

Dice así: "La prescripción de veinte o treinta años se interrumpe por la notificación de la demanda al demandado; la de cuarenta años, por la contestación de éste a la demanda. En todo otro plazo establecido para el ejercicio de una acción, se considera ésta ejercitada por la interposición de la demanda o acto procesal legalmente equivalente".

"Asimismo se interrumpirá la prescripción de plazos menores a veinte años por la reclamación extrajudicial dirigida al deudor. El reconocimiento de la deuda por el deudor, aunque sea implícito, en todo caso interrumpe la prescripción".

Esta Ley transcribe la del mismo número de la Recopilación Privada, con ligeros retoques literarios, y refunde en uno solo lo que en ésta eran los párrafos segundo y tercero.

Los autores de la Recopilación nos dan cuenta de su modo de proceder con las siguientes palabras:

(60) JOSÉ ALONSO, *Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes del antiguo reino de Navarra*, I, Madrid, 1848, págs. 296 y 297.

(61) *Estudios de Derecho Foral Navarro*, Pamplona, 1952, pág. 151.

“En el párrafo primero se mantiene la doctrina de la Novísima Recopilación 2, 37, 9, extendida a todo tipo de prescripción de acciones con los mismos plazos, en virtud de lo dispuesto en Cod. 7, 39, 3, 1; y 7, 39, 7 pr. y 5”.

“Para los párrafos segundo y tercero (correspondientes al segundo del texto de la Compilación), vid.: Cod. 7, 39, 8, 4; y 7, 5. En contra, Sentencia Tribunal Supremo de 22 noviembre 1968, que hace una interpretación extensiva y abusiva, a prescripciones no comprendidas en Novísima Recopilación ni tampoco en el Derecho romano. En la práctica se aplica el Código civil” (62).

Como se ve, el texto de esta Ley 40 procede de tres elementos cuidadosamente combinados:

a) La Ley de la Novísima Recopilación, cuyo criterio se acepta íntegramente, pero sólo en lo que ella regula, es decir, para las prescripciones largas: la de veinte o treinta años y la de cuarenta.

b) El Derecho romano, también para las largas prescripciones, pues los textos que se citan corresponden a Cod. 7, 39, que lleva por rúbrica “*de praescriptione XXX vel XL annorum*” (63).

c) Los criterios del Código civil español, aplicado en la práctica para las prescripciones cortas.

Se critica la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1968, de la que se dice “hace una interpretación extensiva, y abusiva, a prescripciones no comprendidas en Novísima Recopilación ni tampoco en el Derecho romano”. Así es, en efecto, por cuanto esta Sentencia —que hemos examinado con anterioridad— aplica indiscriminadamente los criterios forales y romanos relativos a las largas prescripciones a todo otro supuesto, es decir, también a las cortas, entre las cuales está la del caso de la Sentencia: un caso en que se pretendía la indemnización de daños y perjuicios causados en accidente de circulación, al amparo del artículo 1.902 del Código civil, cuya acción prescribe por el transcurso de un año según dispone el artículo 1.968.

### c) *Prescripciones largas y cortas*

Tal vez el mayor interés que ofrece la Ley 40 de la Compilación navarra estriba en separar —en el régimen de la interrupción— las acciones de prescripción larga, mediana y corta.

Si como vimos fueron las necesidades de la práctica las que llevaron a los antiguos autores a acomodar el criterio de los textos romanos y a distinguir entre unas y otras prescripciones, parece aceptable mantener la diversidad de régimen en materia de interrupción, para lograr —con las finalidades de orden social que justifican la

(62) *Op. cit.*, pág. 154.

(63) El texto de Cod. 7,39,8,4, que también se cita, se refiere a la interrupción de la prescripción por el reconocimiento del derecho por parte del adversario. Cfr. AMELOTTI, *op. cit.*, págs. 255 y s.

prescripción extintiva de las acciones— el respeto que merecen tanto el titular del derecho amenazado de prescripción como el sujeto que de ésta puede beneficiarse.

En las cortas prescripciones, las exigencias para interrumpirlas deben, sin duda, ser menores, pues, de otra manera, el titular del derecho puede verse privado de él, a pesar de que aparezca claramente manifestada su voluntad de ejercitarlo. En las prescripciones largas, la imposición de ciertos requisitos —citación judicial del adversario, especialmente— viene aconsejada por el respeto que merece el que va a recibir perjuicio de la interrupción, respeto que puede satisfacerse sin lesionar al titular del derecho, que dispone de un amplio lapso de tiempo para ejercitarlo.

Bien está también, a mi juicio, admitir que las prescripciones cortas se interrumpan por la reclamación extrajudicial dirigida al deudor (64), que tanta tradición tiene en España (65) y que —con la interrupción por reconocimiento de la deuda— ha permitido, al decir de CASTRO (66), evitar las mayores injusticias que puede producir la prescripción y también los abusos que puede ocasionar su ejercicio.

---

(64) Para las prescripciones largas parecen atendibles la razones que, en contra de la interrupción por acto extrajudicial, aducían los viejos autores. Cfr. SAMUEL STRYKIO, *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum*, to-mus secundus, Coloniae Allobrogum, MDCCLXII, Lib. XLI, ad. L. 13, nn. 1 y 4, pág. 260.

(65) Este modo de interrumpir la prescripción reconocido en Las Partidas (P. 3, 29, 29), lo fue también en el antiguo Derecho aragonés. Cfr. LORENTE SANZ, *Pretensiones y excepciones. Ejercicio y aseguramiento de los derechos en el ordenamiento jurídico aragonés*, en «Anuario de Derecho Aragonés», 1945, pág. 74.

(66) *Temas de Derecho Civil*, págs. 160 y 161.

# Prelación de fuentes en Derecho navarro

JOSE ANTONIO DORAL

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Navarra

SUMARIO: I. *Planteamiento*.—1. Significado de la prelación de fuentes en el panorama del proceso compilador. 2. Particularidades de la Compilación navarra. 3. Expresión al espíritu de unidad jurídica.—II. *Relevancia actual de la comparación jurídica*.—1. El terreno artificioso de la supletoriedad en el Código. 2. La nueva dirección en las Compilaciones. 3. Resortes internos en la elaboración y aplicación del Derecho.—III. *Prelación de fuentes de Derecho en Navarra*.—1. Relación prelatoria anterior a la Compilación. a) Significado del artículo 12 del Código civil. b) La costumbre contra ley y el título preliminar. c) Principios informadores del Derecho civil navarro. 2. Motivos e intenciones previos a la Compilación. a) La nueva perspectiva. b) Reglas procesales y reglas de fondo. c) Influencia de la autoridad doctrinal.—IV. *El Fuero nuevo: Proceso y consolidación*.—1. Cuestiones planteadas una vez publicadas las compilaciones. 2. Extensión de criterios jurisprudenciales a «casos análogos». 3. La tradición jurídica navarra, regla hermenéutica fundamental.—V. *Orden de fuentes actual de Derecho: Particularidades*.—1. Primacía de la costumbre. 2. Límites y prueba de la costumbre. 3. Los principios generales. 4. Normas imperativas y presunciones legales.—VI. *La Compilación ante el Código Civil general*.—1. Diversidad de fuentes. 2. Diversidad de procedimientos técnicos. 3. Conflictos interregionales.—VII. *Conclusiones*.

## I. PLANTEAMIENTO.

La vigente Compilación del Derecho civil foral de Navarra señala en la Ley 2 del título primero la 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.»

Me propongo estudiar en este trabajo el espíritu a que dicha prelación de fuentes corresponde y su aplicación al libre desenvolvimiento de sus instituciones.

### 1. Significado de la prelación de fuentes.

En toda su amplitud, lo que ha dado en llamarse orden o prelación de fuentes abarca estos extremos:

a) La vigencia reconocida de una normativa, que viene a ser la premisa fáctica, un *hecho real* susceptible de comprobación empírica: ese conjunto de reglas sancionadas por los Tribunales.

b) El problema de las reglas consistente en determinar qué normas alcanzan el *significado* jurídico de fuentes.

c) Qué debe ser el *fundamento* que avalora dentro de cada sistema jurídico las soluciones y los procedimientos técnicos de que dispone.

El tema merece en nuestros días particular atención por la existencia conjunta de diversas formulaciones normativas: en expresión de la jurisprudencia, un «Cuerpo legislativo foral» y el primer «Código sustantivo nacional» (S. 29 de enero de 1966).

Como las vigentes Compilaciones no corresponden a un arquetipo uniforme, el orden de fuentes obliga a considerar en cada una de ellas aquellos niveles antes enunciados: el hecho real —normas y jurisprudencia concordante— el significado y su fundamentación.

Aunque este trabajo se ciñe a la prelación de fuentes de Derecho en Navarra, es inevitable situar en ese marco general los problemas que reiteradamente se plantean y las soluciones que reciben.

Actualmente la «formalización legal de la pluralidad jurídica» constituye un hecho del que ha de partirse. Esa variedad de derechos regionales plantea una primera cuestión de política jurídica o de política de derecho (1) que pudiera resumirse así: a la hora de la publicación del Código civil la «formalización» de los derechos forales por vía de Apéndices se proponía como *término* del movimiento codificador; mientras que, en estos momentos, las Compilaciones constituyen, en rigor, el *principio* de un proceso, que difiere de aquel cambio legislativo tanto en el significado como en la fundamentación.

Publicadas ya las Compilaciones (2) una de cuyas características es la temporalidad, o, lo que es más propio, ubicarse en un proceso se emprende ahora el nuevo rumbo hacia el otro extremo de concentración normativa.

---

(1) Por política de derecho, entiende d'Ors, la prudencia del hombre de potestad, es decir, del gobernante, respecto al reconocimiento legal de la doctrina que procede de la autoridad de los juristas; o, en otras palabras, la prudencia de potestad frente a la autoridad de la jurisprudencia. Cfr. A. d'Ors, *O Regionalismo Jurídico*, separata do libro «Estudios do Dereito Civil de Galicia» (1972), 239.

(2) Navarra, en su momento, abordó la tarea Compiladora de su Derecho civil foral privativo. A tal efecto se dictaron las disposiciones oportunas: Orden de 10 de febrero de 1948 sobre designación por la Diputación Foral de la Comisión de juristas que había de realizar el correspondiente estudio. Redactado el Anteproyecto, se remitió a dicha Corporación. Esta mandó publicarlos en el «B. O. E.» de Navarra, 4 de agosto de 1971, abriendo plazo para información y proposición de enmiendas.



Pero ahora se acredita con sanción legislativa expresa que ese hecho real de la existencia de una variedad de derechos regionales tiene un significado preciso: se trata de un «hecho histórico», «notorio y natural». Su fundamentación no puede debilitarse entonces a base de compendiar estos derechos regionales como preocupaciones de justicia en sectores concretos de la vida social. Si bien el criterio de especialidad es característica de las Compilaciones, dicho criterio se aparta ahora de la línea trazada por el legislador del Código civil a que correspondía el sistema de Apéndices.

## 2. Particularidades de la Compilación navarra.

El estudio del orden de prelación de fuentes en el Derecho privado de Navarra aconseja estas previas observaciones, relativas al procedimiento seguido para llevar a cabo la Compilación, a la particularidad de las fuentes y a lo que podemos llamar «armonía interna» del sistema jurídico.

a) El procedimiento empleado para el reconocimiento oficial de la vigencia del Derecho privado de Navarra no coincide, en su etapa final, con el seguido en otras regiones forales porque, a consecuencia de la Ley paccionada, se exigía el procedimiento de convenio (3).

---

Con posterioridad se dictan las órdenes de 24 de noviembre y 6 de diciembre de 1971, designando los componentes de una sección especial de la Comisión General de Codificación.

La Recopilación privada culmina la última etapa; redactada por J. GARCÍA GRANERO, J. AIZPUN TUERO, J. J. LÓPEZ JACOISTE, J. SANTAMARIA ANSA, J. J. NAGORE YARNOZ, A. d'ORS PEREZ PEIX, J. ARREGUI-GIL, F. SALINAS QUIJADA (Derecho Foral de Navarra, Derecho Privado. «Recopilación privada». Ed. Aranzadi, 1971), se convirtió en anteproyecto de Compilación según acuerdos de la Comisión Compiladora de Navarra y de la Excma. Diputación Foral, en 30 de junio de 1972, publicándose el 4 de agosto de 1972 en el «B. O. de Navarra».

Posteriormente, las órdenes de 24 de noviembre y 6 de diciembre de 1972 designaron la sección especial que, en la Comisión General de Codificación, estudiaría dicho Anteproyecto; la presidiría el Presidente de la Comisión de Códigos, don Antonio Hernández Gil; torman parte, como vocales, los señores de Fuenmayor, Pelayo Hore, Escrivá de Romani, Nágore Yárnoz, Los Arcos Elío y, como secretario, el de la misma Comisión General, señor Cabanas Rodríguez. Por dimisión del señor Pelayo Hore, se designó a don José Beltrán de Heredia.

La sección especial, en estudio coordinado con la Comisión Compiladora de Navarra, trabaja durante todo el año 1972 en el Anteproyecto. El proyecto o texto refundido recibe sanción legislativa por Ley 1/1973 de 1 de marzo.

(3) Por Ley de 25 de octubre de 1839 se confirman a Navarra sus fueros, salva la unidad constitucional. En la de 1841, el art. 2.º dispone: «La administración de justicia seguirá en Navarra con arreglo a su legislación especial en los mismos términos que en la actualidad, hasta que, teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias del Reino, se formen Códigos generales que deban regir en la Monarquía».

Es ésta una ley «paccionada y convencional», una ley que «es verdadero convenio o pacto», J. Alonso, *Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra*, pág. 31: «Es —añade— un contrato, en que cediendo Navarra muchas y muy preciosas libertades y exenciones, le prometen el gobierno y las Cortes la conservación de otras, que no son, sin embargo, tan importantes como las

La Compilación navarra es la más extensa de todas porque trata de recoger el Derecho efectivamente vivido en el ámbito privado, es decir, todo su Derecho privativo. No sigue la misma línea de otras Compilaciones que, con expresión recogida en la Exposición de motivos (Compilación balear), «se orienta marcadamente hacia la unificación del Derecho civil en la línea de especialidad»; entendida ésta como la concentración normativa en un determinado campo: Derecho sucesorio, Derecho económico conyugal, estatuto agrario, etc. (4).

b) Como particularidad, a nivel de fuentes del Derecho civil privativo, tiene primacía en Navarra la costumbre sobre ese «acto de soberanía política» (en expresión de d'Ors) que es la ley, siempre que no sea contraria a la moral o el orden público. De aquí que no haya sido preciso, como en otras Compilaciones, «elevantar la costumbre al rango de ley» (5), ni que quepa inquietarse, como ocurre en otros derechos (Cataluña), por «la suerte que tendrá el derecho consuetudinario después de la promulgación de la Compilación» (6).

---

cedidas y renunciadas». Para los aspectos históricos de la cuestión, Vid. R. RODRÍGUEZ GARRAZA, *Navarra de Reino a provincia* (1828-1841) (Pamplona, 1868); Para su valoración jurídica. R. AIZPUN SANTAFÉ, *Naturaleza jurídica de las leyes forales de Navarra* (separata) (Pamplona, 1952); J. I. DEL BURGO, *Origen y fundamento del Régimen Foral de Navarra* (Pamplona, 1968).

(4) Con relación a la Compilación catalana, afirman Faus y Condomines que hubo de hacerse un «notable expurgo voluntario», que demuestra, añaden, «la alteza de miras con que procedió la Comisión de juristas, y confirma que no trató jamás de conservar caprichosamente instituciones periclitadas, ni de hacer pervivir normas que tienen su adecuada regulación en los preceptos del Código, y que aun no siendo idénticas en su contenido, dejan suficientemente garantizados los intereses que se trataba de proteger». F. de A. CONDOMINES VALLS, R. FAUS ESTEVE, *Derecho civil especial de Cataluña* (Barcelona, 1960), 346. Las Recopilaciones escritas, dice Sancho (las anteriores a la aragonesa), van ganando en homogeneidad y sistema, si bien siguen despreocupadas de virtudes formales; apenas contienen principios generales formulados; siguen atendiendo más a los problemas de fondo y, por eso, su técnica dominante es también el «expurgo» y la adición, principalmente fijando por escrito la costumbre, Cfr. F. A. SANCH O REBULLIDA, *Significado de la Compilación del Derecho civil de Aragón*, en ADA, XIII (1965, 1966, 1967) 291.

(5) La Sentencia 17 de junio de 1957, referida a Vizcaya, declara que «no debe admitirse una costumbre por tratarse de una costumbre contra ley». Para admitirla «sería preciso que hubiera sido reconocida e incorporada al Derecho foral». La Sentencia 24 de abril de 1964 declara que «en el Derecho foral vizcaíno el derecho consuetudinario no tiene la prevalencia que otras legislaciones le conceden», pues contra ley no puede imperar. La razón, explica Celaya, es que la Comisión especial de Codificación de Vizcaya, siguió como procedimiento de discusión el examen de las leyes forales una por una «para determinar cuáles deben conservarse y cuáles no, y qué interpretación merecen las que han sido objeto de controversia», y así no se tuvieron en cuenta aspectos transcendentales como el carácter normativo de la costumbre, salvo en algún limitadísimo aspecto y sólo como interpretación, del derecho vigente. A. CELAYA, *Vizcaya y su Fuero civil* (Pamplona, 1965), 179.

(6) Algunos juristas, dicen Faus y Condomines, han expresado su inquietud y desasosiego por la suerte que tendrá el Derecho consuetudinario después de la Compilación. F. de A. CONDOMINES VALLS y R. FAUS ESTEVE, *Derecho civil especial de Cataluña*, pág. 29.

c) La armonía interna de este sistema jurídico descansa en la libertad civil, primer principio y fundamento de todo el Derecho navarro, desde donde se alcanza la visión panorámica del conjunto de lo que se ha compilado.

En estas características peculiares hemos de apoyarnos para someter a consideración la prelación de fuentes en el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho privado foral de Navarra.

### 3. *Expresión al espíritu de unidad jurídica.*

El orden de prelación de fuentes suscita en la práctica serias dificultades. Nada tiene de extraño que, una vez publicadas las Compilaciones, en un momento de tránsito hacia la nueva etapa de un Código General, estas dificultades presenten nuevos matices.

La Compilación del Derecho civil foral de Navarra, cuya vigencia se reconoce por Ley 1/1973 (Ley del Jefe del Estado, de 1 de marzo de 1973), culmina una etapa, y ahora puede decirse que se sitúa en ese otro proceso más general de desarrollo del Derecho civil en el que hoy nos encontramos: «Aunque la codificación, proclama la Exposición de Motivos, no debe considerarse nunca como un término final, sino como un proceso para el desarrollo del Derecho, con la presente Compilación viene a cumplirse el propósito de aclarar y renovar con una más depurada expresión el Derecho de Navarra, ya que examinado cuidadosamente el texto del Proyecto por los juristas designados al efecto, tras haber sido atendidas las enmiendas de que fue objeto, puede afirmarse su correspondencia con el Derecho vigente».

La Compilación navarra, que ha podido contar tanto con la experiencia del sucesivo refrendo oficial de las otras Compilaciones, que hoy componen el artesonado del Derecho civil de España, como con su primera aplicación jurisprudencial, muestra especial atención a esta materia, tan decisiva para la plena correspondencia con el Derecho vigente.

No puede sorprender que se aparte en su regulación de la vieja pretensión uniformista; a la unidad ha de llegarse a partir del orden en la variedad: o, lo que es lo mismo, sin anular los elementos que componen ese orden unitario. En ese propósito de «aclarar y renovar con una más depurada expresión el Derecho de Navarra» abandona, siguiendo la pauta general, la antigua tendencia, antes aspiración política que vía efectiva, de considerar como sinónimos los términos *unidad política* y *unidad jurídica*. La disociación entre ambos planos ha permitido reanudar un esfuerzo que quedó truncado por inviable (7). A esa nueva orientación aluden en la Exposición de motivos todas las Compilaciones; a la integración armoniosa de los derechos regionales «dentro de una perfecta unidad política nacional» se refiere de modo explícito el preámbulo de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra.

---

(7) Al establecer la comparación entre las coordenadas históricas en que se trazaron el sistema de Apéndices y las de las recientes Compilaciones, afirma

## II. RELEVANCIA ACTUAL DE LA COMPARACION JURIDICA.

El estudio de las particularidades de la prelación de fuentes en Navarra confirma la oportunidad de aquel consejo tan atinado de Castán: «razones de orden interno dan en nuestra patria relevante interés a la comparación jurídica en la esfera del Derecho civil. La circunstancia de la coexistencia en España de diversas legislaciones —el llamado Derecho común y las legislaciones regionales o forales— hace especialmente necesario, para la dogmática de las mismas y para enjuiciar el problema de su subsistencia o unificación, el uso de los métodos históricos comparativos. Sólo por ese campo podrá llegarse a la constitución de un Derecho civil español unificado de base nacional» (8).

De la comparación entre el Código civil y las vigentes Compilaciones se desprende que el texto del artículo 12 del Código y, sobre todo, el artículo 1.976 del mismo Cuerpo legal, son expresión histórica de ese ideal unificador que hoy se abandona como inviable (9). El Código civil no ha logrado sustituir y derogar todos los «usos y costumbres», la tradición jurídica castellana. Con suficiente energía latente para no desaparecer con el cambio, ésta brota con nuevo ímpetu, con virtualidad iluminadora en problemas concretos de interpretación del mismo Cuerpo legal y no pocas veces correctora de otras interpretaciones menos progresivas (10); ni tampoco ha refrenado la «subsistencia» del Derecho foral, que acepta ahora la «formalización legal» de su existencia, el reconocimiento de la vigencia, mientras que se resistió antes a connotar el título en precario —«por ahora»— de su «conservación».

---

Fuenmayor: «Estos Apéndices que —con excepción del aragonés— no llegarán a promulgarse, aparecen ante nuestros ojos a la distancia de casi un siglo, más que como el propósito de una futura tarea legislativa, como la elegante excusa para sacar a flote el Código civil: una excusa obligada por el notorio fracaso del ideal unificador proclamado nada menos que en una norma de rango constitucional». A. DE FUENMAYOR CHAMPIN, *La revisión periódica del Código y de las Compilaciones*, en A. D. C. (1972), 217.

(8) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Reflexiones sobre el Derecho Comparado y el método comparativo* (Madrid, 1957), 106.

(9) El Código, afirma el profesor De Castro, tiene la finalidad evidente de sustituir y derogar a todo el antiguo Derecho civil. Y, añade, el artículo 1.976 concede al Código civil la amplia eficacia derogatoria propia de las leyes orgánicas, la de sustituir totalmente (*in complexu, in toto*) el antiguo régimen jurídico establecido en la nueva legislación. Nace así el Código con carácter renovador y exclusivista, reclamando el monopolio de la regulación de la «materia civil» en sentido estricto. Los cuerpos legales del Derecho civil común, los usos y costumbres que tenían este carácter, pierden su fuerza vinculante directa y ni siquiera podrán aplicarse como supletorios en caso de una laguna en el Código. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte general tomo, I, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, (1955), 305.

(10) Con frecuencia alude la jurisprudencia a la tradición jurídica para deducir de ella algún «principio secular de nuestra organización familiar», como la potestad del marido para «administrar la sociedad de gananciales y enajenar sus bienes a título oneroso», especificando que dicho principio corresponde «a la tradición del Derecho castellano», S. de 3 de marzo de 1969. Asimismo, refiriéndose al artículo 675 del Código civil, glosa este precepto como «expresión recopilada de preceptos tradicionales del Derecho patrio», S. 11 de febrero de 1943.

Pero la actual renovación del «pluralismo jurídico», la coexistencia con el Código civil de otros sistemas normativos del mismo «rango legal» y posteriores en el tiempo, propone a viejas cuestiones expresiones nuevas.

En este trabajo me limito a señalar algunos aspectos concretos y de probada andadura técnica:

1.º ¿Cómo comunica el cuadro institucional del sistema jurídico navarro con la prelación de sus fuentes? La respuesta a esta cuestión confiere realce a la importancia práctica del tema propuesto.

2.º ¿Qué influencia puede tener en la actual trayectoria legislativa la particular integración normativa de la tradición jurídica navarra? Son muchos los interrogantes que el civilista puede plantearse alrededor del tema de las fuentes; pero éstas aquí propuestas son —entendiendo— aquellas que ha de hacerse quien pretenda tener una visión completa del relieve de esta Compilación.

No es suficiente, afirma Castán, el conocimiento de la estructura y contenido de las normas si no va acompañada de la investigación relativa al sentido con que son aplicadas y a los efectos sociales que los preceptos positivos producen en el ambiente del lugar en que se aplican (11).

### 1. *El terreno artificioso de la supletoriedad en el Código civil.*

Con anterioridad a la Compilación, en expresión de Salinas Quijada, «contrariamente» al criterio del art. 12 del Código civil se aplicaron en Navarra un buen número de preceptos del Código civil por imperativo de los mismos Tribunales de Justicia. Estos (los Tribunales de Justicia), afirma dicho autor, «desarrollaron indebidamente una labor-promulgadora» (12). También se han aplicado, añade, disposiciones del Código sobre materias o instituciones nuevas no previstas en el Derecho foral, sobre las que dicho Código podía tener una intervención subsidiaria en defecto de precepto indígena como Derecho supletorio; pero —a veces— esta supletoriedad se interpretó con mucha generosidad, ya que, aunque en determinadas materias no hubiera precepto foral concreto, algunas veces se podía haber arbitrado una fórmula foral por aplicación analógica, máxime en aquellas ocasiones en las que el precepto común conculcaba el espíritu de la legislación foral».

El simple enunciado de estas cuestiones es lo bastante extenso para descubrir en ellas nuevos temas hasta ahora de escasa atención doctrinal (13).

(11) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Reflexiones sobre el Derecho comparado*, pág. 90.

(12) F. SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, I, Introducción (Pamplona, 1971), 363.

(13) Del resumen de la jurisprudencia y de la doctrina de la Dirección General que hace E. Langle en RGLJ, 112 (1908), 318-335, relativa a Navarra, resulta que a raíz de la publicación del Código civil:

1.º La mayor edad comienza en Navarra al cumplir los veinticinco años.

1.º ¿Se ha respetado o se ha modificado en la Compilación del Derecho civil de Navarra ese Derecho «foral» que los Tribunales de Justicia habían «promulgado»?

2.º Esa supletoriedad, interpretada «generosamente» a falta de precepto foral concreto, ¿ha entronizado nuevas instituciones procedentes del Código? ¿En qué medida se ha «foralizado» esa recepción de principios «foráneos»? ¿Se han acomodado al «ambiente del lugar» en que «indebidamente» se aplicaron?

3.º ¿Hasta dónde llegan los límites de la analogía? ¿Cómo entender por analogía los preceptos procedentes de otro sistema? ¿Qué Derecho cumple después de la Compilación el papel de Derecho común?

Es cierto que la enjundia de estos problemas rebasa incluso las fronteras del orden interno, puesto que constituyen manifestaciones concretas de un fenómeno general al Derecho: cómo determinar el sistema jurídico con que cada controversia mantiene lazos más íntimos; qué importancia tiene el modo de realización de una solución que se considera justa en otro contexto normativo, ¿es o no indiferente la elección de una solución prevista en un determinado ordenamiento? Conocida es la expresión de Batiffol, refiriéndose a la tesis voluntarista de la «indiferencia de las soluciones»: si el Derecho atiende a coordinar la vida social, una coordinación puede realizarse de maneras diferentes, y si lo que importa es la coordinación poco importa el modo de su realización (14).

---

2.º El viudo que contrae segundas nupcias pierde la patria potestad, sin readquirirla al fallecimiento de su segunda esposa.

3.º La existencia de un precepto foral oscuro, autoriza a hacer uso del derecho supletorio.

4.º Rige en Navarra el artículo 61 del Código civil, relativo a la capacidad de la mujer casada para contratar y obligarse, según dispone el párrafo 1.º del artículo 12 del mismo, Res. 24 de mayo de 1905.

5.º Debe seguirse el Derecho romano como supletorio y no el Código, en materia de servidumbre de pastos.

6.º El Código ha derogado la Ley de matrimonio civil, por la que la mujer bínuba pierde la patria potestad, según el artículo 168 de aquél.

En la actualidad se confirma la inexactitud de aquellas conclusiones:

1.º La mayoría de edad se alcanza al cumplir los veintiún años, Ley 50.

2.º El padre o madre bínubo recuperan la potestad sobre sus hijos al quedar nuevamente viudos, Ley 69. Dicha Ley dispone que el padre o madre que por contraer nupcias hubiere perdido la potestad sobre sus hijos de anterior matrimonio podrá pedir al Consejo de Familia que le confiera la tutela o le autorice para retener esos hijos bajo su guarda y protección.

3.º Antes de aplicarse el Derecho supletorio, deberá integrarse el Derecho privativo mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones.

4.º Los cónyuges pueden otorgar, uno a favor del otro, o ambos recíprocamente, poderes con las facultades que tengan por conveniente, para uno o varios actos o en términos generales. Estos poderes son siempre revocables, Ley 60.

La servidumbre de pastos se rige por el título de constitución, y en su defecto, por los usos y costumbres y por las disposiciones del presente título, Leyes 371 y 402.

(14) H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé* (París, 1956), 216.

Pero entiendo que la renovada tendencia unificadora basada ahora en la pluralidad jurídica, es decir, consolidada como realidad la diversidad de derechos regionales, presenta a los juristas de nuestro país una materia constante de reflexión, propicia a la superación crítica de puntos de vista pacíficamente admitidos acaso sin la debida ponderación. Hasta el presente, el legislador español moderno no se encontraba implicado en las particularidades de los regímenes forales, pero, «al hacerlos objeto de una sanción legislativa explícita, los da por buenos en todo su alcance» (15).

## 2. La nueva dirección en las Compilaciones.

La tendencia hacia la comparación de soluciones implica el respeto a la especificidad de cada sistema, al «cuadro» que representa el que podemos llamar «fondo común» de las instituciones. En este fondo institucional encuentra cada sistema jurídico el factor primario de evolución, el desarrollo futuro, por lo que de trastocarse se produciría una radical mutilación. En tal sentido refleja la fundamentación del sistema. De aquí la necesidad de jalonar toda la Compilación navarra con un precepto «a se», con rango —valga la expresión— «constituyente»: «son principios generales los de Derecho natural o histórico que informan el total ordenamiento civil navarro y los que resultan de sus disposiciones» (Ley 4).

Y, así, tan informantes son en Navarra la libertad de testar, la libertad absoluta de disponer como quieran los padres de sus bienes, aun a favor de extraños, como la primacía de la costumbre entre las fuentes de Derecho (16).

Son muchas, como veremos, las instituciones navarras surgidas al socaire de la costumbre. Entre otras, la *restitutio in integrum*, que marca las directrices de sus peculiaridades respecto de la capacidad de los menores, la curaduría, el régimen de «conquistas», etc. (17).

(15) J. J. LÓPEZ JACOISTE, *Los principios generales en la codificación foral*, en RGLJ., XXXI (1966), 650.

(16) Numerosas son las sentencias del Tribunal Supremo relativas a los principios generales en Derecho civil de Navarra; entre otras, anteriores a la publicación del Código civil:

S. 4 de mayo de 1863, 111: los padres tienen libertad absoluta para disponer como quieran de sus bienes aun a favor de extraños (Ley 16, tít. 13, libro 3.º Novísima Recopilación de Navarra).

S. 28 de junio de 1864, 211: libertad de disponer y mención formal del legítimo.

S. 27 de octubre de 1866, 389: nadie puede lograr provecho o beneficio con riesgo de tercero.

S. 14 de mayo de 1868, 495: buena fe.

S. 17 de abril de 1973, 159: libertad contractual.

S. 9 de abril de 1880, 389: relatividad del contrato.

En defensa de la Casa.

S. 28 de septiembre de 1867: es válida en Navarra la donación de bienes presentes y futuros a los hijos.

(17) Referidas a la costumbre como fuente en Navarra, Ss. 1 de abril de 1881, 1 de febrero de 1958, 18 de enero de 1963.

Y los principios que informan el total ordenamiento civil navarro, en cuanto que «informantes», activos, con sesgo dinámico y constructivo, no se entienden bien a la luz de otras perspectivas sistemáticas de diversa fundamentación.

Y así, por ejemplo, desde la perspectiva del Código civil, ¿es lícito siquiera hablar de costumbre contra ley? En la medida en que la costumbre emerge de actos concretos, ¿cómo conferir valor normativo a una serie continuada de actos nulos? A lo sumo tendría un carácter de excepción a la regla general *quod ad initium nullum est non potest tracto tempore convalescere*.

A mi entender, esta duda, más bien actitud de sorpresa, es fruto de una visión concreta pensada a la deformación legalista (18).

Dejando aparte para otro momento el lugar posicional que en la jerarquía de las normas ocupa en Navarra la costumbre, bastaría para salir del asombro con fijarse en el verdadero origen de no pocas normas del Código civil (19). Entre otras, alguna de tanta relevancia en el régimen económico del matrimonio como el artículo 1.407, consolidación histórica de una «costumbre contra ley». Así lo hace notar la Ley 203 del Estilo y la 10,4,4 de la Novísima Recopilación: «Como quier que el Derecho diga, que todas las cosas que han marido y muger, que todas se presumen ser del marido, hasta que la muger muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es de contrario, que los bienes que han marido y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probara cada uno que son suyos apartadamente; y ansi mandamos, que se guarde por ley».

Esa es la *ratio* histórica del referido precepto, que significa un avance respecto del criterio anterior, más individualista en la atribución de los bienes. Otras veces la costumbre contra ley se forma y penetra por vía procesal, y, es una observación comprobable, que una regla procesal o probatoria hace inútil una norma jurídica de fondo (20).

(18) «El fortalecimiento del Estado y el prejuicio teórico de la unidad sistemática, advierte el profesor De Castro, han conducido a devaluar la costumbre considerándola fuera del ordenamiento jurídico, abolida por la ley o como un fenómeno absurdo o anómalo. Tendencias que no están de acuerdo con la Historia ni tienen justificación teórica.» F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, pág. 419.

(19) Infiérese de lo dicho, afirma Alonso, «cuán poderosa se ha considerado la costumbre en la legislación de Navarra no sólo para introducir o interpretar una ley, sino también para derogar las existentes por terminantes y decisivas que sean. Y no es de extrañar nada de esto en un pueblo que, en principio, más que por leyes escritas, se gobernó por usos y costumbres». Cfr J. ALONSO, *Recopilación de los Fueros de Navarra*, pág. 42.

(20) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Reflexiones sobre el Derecho Comparado*, pág. 93, expresión que recoge del profesor David: «Las mismas preocupaciones de justicia pueden satisfacerse por diversos procedimientos: la mujer casada obtiene en un país del Derecho de sucesiones lo que obtiene en otro de las normas del Derecho sobre matrimonio; la adopción juega aquí el papel que en otras partes juega el testamento; el *trust* o fiducia reemplazan al mandato y la hipoteca».



Por esa vía procesal se han introducido también en Navarra costumbres contra ley y ha servido de cauce para la aplicación de preceptos del Código civil. Así ha ocurrido con la tutela. La Sala de gobierno de la Audiencia de Pamplona, ante el criterio sentado por la Jurisprudencia para Cataluña, ordenó a los juzgados de primera instancia que abrieran el Registro de tutela y aplicaran los títulos IX y X del libro I del Código civil; por supuesto, en la parte gubernativa, pero, dice Covián, «se prejuergaba la cuestión para lo judicial» (21).

En última instancia, la capacidad para crear Derecho no es monopolio del poder legislativo, y corresponde a un inveterado sentido de justicia la vigencia del Derecho que emerge desde una comunidad familiar, local, hasta la más amplia que, con hipérbole, se designa como «pueblo legislador»: de ordinario, previa consulta o aprobación de los «prudentes», función que en la actualidad corresponde en buena medida a los notarios. ¡Cuántas cláusulas de estilo recogen formulaciones de costumbre contra ley, incluso en sistemas de cuño legalista! (22).

El carácter de la costumbre como fuente subsidiaria de la ley se acepta por unanimidad en el siglo XIX.

Dicho carácter se pone después en tela de juicio desde distintas posiciones, especialmente desde el punto de vista «sociológico».

Actualmente nadie niega que la costumbre sea norma de derecho, pero se discute el significado como fuente. La cuestión que ahora se plantea es la de saber si la costumbre puede prevalecer contra ley, o, dicho de otro modo, si las leyes pueden derogarse por costumbre, cuya forma atenuada es el desuso, a veces por anacrónicas y vejatorias como los artículos 959 a 967 del Código.

Esta discusión se plantea recientemente en la doctrina francesa, cuya influencia legalista es conocida, por lo que puede ponerse como ejemplo del cambio de mentalidad. Los criterios sustentados al efecto pueden resumirse así:

1.º No puede prevalecer la costumbre contra ley (Ripert, M. Julliot de la Morandière).

2.º «La désuétude emporte les lois» (M. M. Marty et Raynaud, Carbonnier, Josserand).

---

(21) Vid. sobre la cuestión, A. CHARRIN, *El Consejo de familia en Navarra*. Interpretación del artículo 12 del Código civil, en RGLJ, 91 (1897) 35-80.

(22) Quienes comentan la significación de las fuentes recogidas en las Compilaciones se ven precisados a hacer observaciones análogas a estas: «Los preceptos que comentamos constituyen una estampa o cuadro de la vida familiar cuya realidad no puede lograrse mediante reglas jurídicas, estando sujeta a la persistencia de las convicciones y consiguientes modos de obrar de los que deriva». Así, por ejemplo, en relación con los heredamientos, arts. 63 a 66 de la Compilación catalana, FAUS y CONDOMINES, *op. cit.*, pág. 105. Y, por este contacto inmediato con la vida, con la fijación formal de pactos que de ordinario suelen establecerse, la práctica notarial constituye, dice en uno de sus considerandos la S. 25 de octubre de 1943 de la Audiencia de Pamplona, «una interpretación consuetudinaria».

3.º Prevalece, «pero es mejor no decirlo» (Cruet) (23).

Cierto que el carácter prevalente de la costumbre contra ley origina problemas específicos al desarraigar la creencia de que el Derecho emana de la fuerza del Estado. Y, así por ejemplo: ¿Cómo interpretar la costumbre contra ley?; ¿cuál es su ámbito?; ¿se han creado costumbres contra ley con posterioridad al Código civil?; ¿qué límites tiene la costumbre contra ley?

En la vertiente práctica la cuestión ofrece menor dificultad; basta con analizar en concreto esas fórmulas usuales, consagradas por costumbre foral, y las instituciones surgidas y regidas por ella, como ocurre en Navarra con la libertad de testar, la imposición de un derecho supletorio: la supletoriedad del Derecho romano.

Pero, a mi entender, lo más destacable es el intento de formulación de lo que pudiéramos designar «coherencia interna del sistema»; a partir de ese fundamento, antes aludido, se consideran principios generales «los que resultan de sus disposiciones». Es natural que del conjunto de sus disposiciones los principios se desprendan con gran claridad como efluvios pormenorizados de un fondo institucional común: «Habet qualibet scientia principia et radices super quibus constitutum est fundamentum» (24).

### 3. *Resortes internos en la elaboración y aplicación del Derecho.*

Quizá sea una de las mayores dificultades con que se enfrenta el Derecho foral, la aplicación por profesionales o por organismos acaso avezados en el estudio de sistemas diferentes. *Mutatis mutandis* es el riesgo o, tal vez, la proclividad a «conjuguar los verbos ingleses conforme a las reglas de la gramática castellana».

Al perder de vista los resortes internos del sistema en cuestión se violenta el peculiar estilo, el acento, no sólo los matices. En Navarra, el *estilo* fue característica peculiar en el proceder y en la *praxis* forense. Hasta el punto de que un autor, tan autorizado por su conocimiento científico como práctico del Derecho civil de Navarra, Víctor Covián, afirma: «el estilo producido por largo y antiguo uso, fija la forma y diferentes maneras de tramitar y decidir los procesos en un Tribunal cualquiera, que en el presente caso era la Corte y Consejo de Navarra: los estilos, añade, hoy generalmente *prácticos*, tenían fuerza de ley» (25).

Ese peculiar «estilo» en la elaboración y aplicación del Derecho se reafirma en el pensamiento antes que en su expresión escueta; en el modo de encarar ese pensamiento genuino a la realidad jurídica vivida.

(23) G. WIEDERKERH, *Elements de philosophie du droit dans les manuels contemporains de droit civil*, en Archiv. de Philos du Droit, 10 (1965) 258.

(24) AZON, *Summa Azonis, Locuples iuris*, Civilis Thesaurus, venetiis, sub signo Angelí Raphaelis, XIDLXXXI, pág. 879.

(25) Cfr. V. COVIÁN Y JUNCO, *El Derecho civil privado de Navarra y su Codificación. Estudio histórico-crítico* (Madrid, ed. Góngora) pág. 25.

Al desconectarse esa intuitiva acomodación entre el pensamiento jurídico y la realidad vivida, merced a otros esquemas distintos en la aplicación del Derecho, ha venido a sustituir al viejo «estilo con fuerza de ley» la moderna «doctrina legal», origen en Navarra de no pocos criterios distintos y soluciones opuestas (26).

El estilo notarial ha conservado mejor aquella sensibilidad jurídica hacia el Derecho efectivamente vivido, tan característica del Derecho privado foral de esta comarca. De ahí que esa «jurisprudencia cautelar» del Notariado haya podido prestar tan valioso servicio a la formalización del Derecho de Navarra; hasta el extremo de que no son escasas las cláusulas que ordinariamente suelen establecerse redactadas ahora en la Compilación con el nuevo ropaje de las formulaciones legales.

### III. PRELACION DE FUENTES DE DERECHO EN NAVARRA.

#### 1. *Relación prelatoria anterior a la Compilación.*

En la introducción a su reciente estudio sobre el Derecho civil de Navarra, Salinas Quijada, establece esta relación de fuentes (27).

1.º Título preliminar y Título IV del Libro I del Código civil.

2.º Preceptos del Código civil que regulan materias objeto y contenido de leyes generales obligatorias para toda España, promulgadas con anterioridad al mismo.

3.º Leyes generales obligatorias para toda España, que no contradigan ni modifiquen la Ley paccionada, bien fueran promulgadas antes o después de esta ley y las anteriores al Código civil no derogadas por éste, en cuanto contenga reglas de carácter civil.

4.º La costumbre contra ley.

5.º Leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación de don Joaquín Elizondo, recogidas en los denominados Cuadernos de Cortes.

6.º La Novísima Recopilación de Navarra, de don Joaquín Elizondo, acordada en Cortes de 1701, e impresa en 1735.

---

(26) Entre los criterios jurisprudenciales relativos a la interpretación de pactos en Navarra, pueden señalarse: S. 25 de noviembre de 1958: «En tanto obligan las promesas o estipulaciones en cuanto se aceptan en los términos concretos en que se hicieron; y «contra la voluntad del promitente no es lícito alterar las condiciones por el mismo impuestas».

S. 16 de enero de 1869, 12: no hay enriquecimiento injusto cuando se cumple el contrato.

S. 28 de enero de 1881, 71: la culpa de uno no debe dañar a otro que no tuvo parte.

S. 26 de noviembre de 1873: es válido el contrato mientras no se pida la nulidad. Relativas a la interpretación de contratos, SS. 26 de enero de 1881, 27 de octubre de 1956, 6 de mayo 1958, 18 de enero de 1963.

(27) Al aparecer el tomo tercero de su obra, que lleva por título «Derecho civil de Navarra», dos volúmenes sobre «Derechos reales limitados» (Pamplona, 1974), expresa en su descargo el autor que no fue posible adentrarse en la Compilación al redactar los tomos anteriores «Introducción» y «Derecho de las personas» por haberse publicado con anterioridad a dicha Compilación.

- 7.º Los amejoramientos del Fuero.
- 8.º El Fuero General de Navarra.
- 9.º La costumbre según y fuera de la ley navarra.
- 10.º Los principios generales de Derecho navarro.
- 11.º El Derecho romano.
- 12.º El Código civil.
- 13.º Jurisprudencia del Derecho civil navarro.
- 14.º Doctrina científica navarra.

Dicha relación prelatoria solía aceptarse como uno de los puntos pacíficos doctrinales, sin duda por la doble autoridad que le confiere su expositor, Salinas Quijada, y por haberla recogido Castán (28). Pero en la práctica, distaba mucho de presentarse la cuestión con aquella nitidez que le llevó al insigne jurista navarro, Francisco Salinas, a afirmar que contiene la consumación de una legalidad vigente «tal como se venía aplicando»; y, desde el punto de vista científico, dicha postura ofrece, a mi juicio, serios reparos (29).

En descargo del autor, y entrañable amigo, basten sus propias palabras: «Lo expuesto es un esbozo de las fuentes del Derecho civil navarro. Nada más. Un proyecto de ordenación, al que le faltan todos los detalles».

Como esbozo descriptivo o enunciativo de fuentes, dicha relación no ofrece mayores reparos, pero sería osada y atrevida la conclusión de que encierra un orden prelativo, una jerarquía de fuentes.

En la referida descripción de fuentes, que tomamos como punto de partida, se ofrecían innumerables cuestiones, entre otras:

1.<sup>a</sup> ¿En qué medida vincula al intérprete de la Compilación Navarra lo dispuesto en el artículo 12 del Código civil? Con relación a este tema indicaba Salinas Quijada que el artículo 12 del Código civil nece-

(28) Vid. F. SALINAS QUIJADA, *Las fuentes en el Derecho civil de Navarra*. Orden prelativo que reitera en el primer tomo de la Enciclopedia jurídica Seix, sobre el Derecho civil de Navarra (pág. 301 y 302), en el *Curso de Derecho foral Navarro*, I (Pamplona, 1958), 57, y en el *Derecho civil de Navarra*, I, Introducción, pág. 362. J. CASTÁN TOBEÑAS (8.<sup>a</sup> ed., tomo I, pág. 221).

(29) Sobre prelación de fuentes en Navarra, SS. 4 de mayo de 1863, 17 de junio de 1865, 24 de diciembre de 1867, 18 de abril de 1863, S. 31 de marzo de 1892, 9 de abril de 1898, 16 de mayo de 1877, 7 de marzo de 1872, 17 de abril de 1873, 16 de mayo de 1877.

En el Dictamen sobre el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra, que se presentó a la Diputación foral en el período de información por don José Javier López Jacoiste, Juan García Granero, Javier Nagore Yárnoz y Jesús Aizpún Iuero (30 de abril de 1960), se indica que «Las normas del Fuero Recopilado se interpretarán e integrarán por los textos legales que en él se recopilan, por el siguiente orden:

- 1.º La costumbre acreditada.
- 2.º Leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación.
- 3.º La Novísima Recopilación.
- 4.º Amejoramiento del Fuero.
- 5.º Fuero General.
- 6.º Derecho romano.

Si estos cuerpos legales resultaran insuficientes o no resolvieran la cuestión debatida, se complementarán con el Código civil».

sariamente impone una pauta que hay que aceptar «con independencia de nuestros deseos forales».

2.<sup>a</sup> ¿La costumbre contra ley adquiere ese valor de posición por su propia existencia efectiva? ¿Asciende por espontáneo impulso? ¿Supeditada a lo dispuesto en el título preliminar del Código civil?

3.<sup>a</sup> ¿Qué lugar ocupan en la jerarquía de fuentes los principios generales del Derecho civil navarro?

Veamos separadamente estos aspectos; primero con anterioridad a la Compilación y después serán desarrollados, con mayor amplitud, esos mismos problemas a partir de ella.

Peró cabe decir desde ahora que la transcrita «enumeración» de fuentes carece de valor normativo.

a) *Significado del artículo 12 del Código civil.*

A raíz de la publicación del Código civil se planteaba el problema de determinar lo que deja dentro de su contexto y lo que queda fuera. Es decir, la comparación entre la medida de la *regla general* que contiene —subsistencia de la legislación foral en toda su integridad—, y el monto de la *excepción*: lo comprendido en el título preliminar y título 4.<sup>o</sup> del libro 1.<sup>o</sup>.

La S. 31 de marzo de 1892, sobre tan importante temática, sienta esta doctrina: el vigor de los artículos que cita (167, 168, 172, 199, 209, 231, 232, 233 y 675 del Código civil) no alcanza a Navarra como Derecho supletorio, porque: «habiendo disposiciones locales sobre la materia, no sería supletorio sin derogatorio, ni por tener un carácter público que exceda de la esfera del Derecho civil, porque el repetido artículo 12 excluye terminantemente la aplicación de todo el contenido del Código, salvo lo que de modo taxativo consigna» (30).

La gama de preceptos del Código civil referidos en dicha sentencia es tan amplia como heterogénea; abarca desde la patria potestad y la adopción hasta la interpretación del testamento. Deja fuera de su contexto todas las disposiciones locales sobre la materia, destacando su función con delimitación negativa: «ni tiene carácter público que exceda de la esfera del Derecho civil ni tampoco carácter derogatorio». Por eso, en ese amplio margen que excluye de su aplicación el artículo 12 del Código, rige el Derecho de Navarra y no interfiere su acción el Código civil, ni siquiera en función de Derecho supletorio.

Peró ese criterio jurisprudencial está basado en la posibilidad de *aislar figuras*, y es difícil de mantener el cuadro institucional cuando éstas no se contemplan en toda su trabazón y movimiento dentro del propio sistema.

De otra parte, si se tiene en cuenta que en el Derecho civil de Navarra puede extenderse una línea llana que enlaza sin solución de continui-

---

(30) Jurisprudencia civil. Publicada por la dirección de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 94. En lo sucesivo se citará con la letras J. C.

dad materias dispersas en la sistemática del Código civil se advierte bien a las claras que un criterio aislador sería desacertado: ¿Cómo someter a normativa diversa lo que en la vida real está enlazado y reclama una solución unitaria y armónica?

b) *La costumbre contra ley y el título preliminar.*

Por ser nota inherente a una solución jurídica su coherencia y armonía internas, a nada conduce una generalizadora actitud de dar mayor valor que el que en sí tiene a la afirmación del rango prioritario del título preliminar. La costumbre exige siempre unidad de solución.

Y, en efecto, ¿cómo acudir a la costumbre contra ley si el artículo 5.º del Código civil, inserto en el título preliminar, tiene rango prioritario? Y, sin acudir a la costumbre contra ley; ¿cómo salvar la integridad del Derecho civil navarro en aquellas materias o instituciones que quedan inalteradas: entre las señaladas por la referida sentencia, patria potestad, mayoría de edad, adopción, etc., dónde, como vimos, la aplicación del Código se hizo precisamente a través del mecanismo de fuentes navarro, por transformación en costumbre contra ley?

Pero, además, la derogación de la costumbre contra ley corresponde, en la atmósfera del Código a los «usos y costumbres» del Derecho civil común «llamado de Castilla», artículo 1.976, que quedaba sin fuerza ni vigor. A ellas se refiere Comas en la enmienda presentada al Senado: «La costumbre contra ley —afirma Comas— yo tampoco la admito, por más, señor Ministro de Gracia y Justicia, que de ella venimos viviendo desde el siglo XII» (31). Y, naturalmente, se refiere al Derecho de Castilla, puesto que el artículo 1.976 del Código civil, tan sintomático, como vimos, del sistema instaurado en el Código, carece de sentido en el Derecho navarro.

En efecto, la costumbre contra ley ocupa en el sistema navarro un rango, valga la expresión, constituyente; hasta el punto de que desde esta cumbre alcanza su vigencia un «cierto carácter público» que, «excede del Derecho civil» en el sentido y significado concreto que concede a este término la aludida S. de 31 de marzo de 1892, contemporánea a la publicación del Código. Así como el artículo 12 del Código civil «no tiene un carácter público», sí lo tiene esa normatividad contenida en la prelación de fuentes en Navarra, «derecho público» entendido con el lenguaje jurídico de la época, ese sector heterónimo «no derogable».

En definitiva, nunca ha regido en este punto, tan decisivo por lo demás, el título preliminar del Código civil. La costumbre contra ley es en el Derecho civil de Navarra, además de caudal de la normatividad, el método propio de reforma de sus instituciones (32).

(31) Cfr. A. COMAS, *Proyecto de Código civil*. Enmienda presentada al Senado (Madrid, 1885), 139.

(32) Veamos algunos ejemplos concretos, que recojo de la obra de J. ALONSO, *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del Antiguo Reino de Navarra*, I (Madrid, 1848):

## c) Principios informadores del Derecho civil navarro.

La perspectiva que se adopte acerca del carácter sistemático del Derecho es terminante en esta cuestión a que ha dado lugar la interpretación de los artículos 5.º y 6.º del Código civil.

A mi juicio, en el artículo 6.º resplandece el espíritu que sirve de guía a la estructura y contenido del Código civil, el temor al arbitrio judicial. Trata de evitar precisamente un «estilo» judicial que «tenga fuerza de ley» sin que venga referido a la ley misma, sin la precedente sumisión a la ley. En defecto de ley y de costumbre del lugar se aplicarán los principios generales; mejor sería decir, aquellos otros principios compatibles con el de legalidad, aunque, ciertamente, también en lo no legislado, se concede valor al Derecho natural como resorte para introducir una solución jurídica no formalizada (33).

---

1. Aunque los prohibía el Fuero, nada más corriente ni común en el día que dar arras a la labradora o villana, case con hidalgo o con villano, pág. 116.

2. La habilitación de los hijos ilegítimos para dedicarse a cualesquiera artes y oficios, frente a estatutos y leyes que lo prohibían, pág. 130.

3. Por disposición del Fuero, no permitía desheredar a ningún hijo sin expresión alguna de las causas que el mismo fuero determinó y estimó justas; esta legislación varió por la costumbre, elevada posteriormente a ley, de que los padres pueden desheredar a sus hijas o hijos sin expresión de causa y sólo instituidos en la legítima de cinco sueldos o una robada de tierra en los montes comunes. Esa costumbre se introdujo por creerse conveniente dar a los padres una absoluta libertad. La forma introducida se hace a través de la cláusula de institución en la legítima.

4. La institución en la legítima foral, se llama así, no porque esté expresamente establecida en el Fuero, sino porque fue sustituido por costumbre, en lugar de la que este Código señalaba. La institución en esta legítima es preciso e indispensable, siempre que el testador quisiese disponer de sus bienes, como con ella puede hacerlo en favor de un extraño o de su mujer, con perjuicio o exclusión de sus hijos y demás parientes que tuviesen derecho a heredarle, o a favor de un hijo, excluyendo a los demás. La libertad que para todo esto le conceden nuestras leyes, exige forzosamente esta institución, pág. 334.

5. El Febrero reformado, al tratar de la cuarta falcidia, así llamada de su autor, Publio Falcidio, tribuno romano, en tiempo del emperador Augusto, y que no era otra cosa que la cuarta parte de cada legado y fideicomiso particular, que podía sacar o retener para sí el heredero, cuando estaba gravada la herencia con legados y fideicomisos, que nada o menos de la cuarta parte le quedaría que recibir; porque, aunque está autorizado esta retención o deducción por el Derecho romano, supletorio del de Navarra, que ninguna mención hace de ella, no está en práctica, y sí la costumbre en contrario, pág. 336.

6. La costumbre en Navarra se separa tanto de la forma prescrita por el Derecho común para hacer los inventarios, que no creemos que éstos puedan satisfacer los objetos a que se establecieron semejantes instrumentos. En Navarra hay en muchas personas más interés y probabilidad en hacer ocultaciones que en otras partes. Sus leyes conceden el usufructo a todos los viudos o viudas, incluso sin hijos de anterior matrimonio, pág. 458.

(33) «Con la aceptación del término de principios generales del Derecho, no se ha modificado, dice De Castro, la situación jurídica anterior al Código. Ha venido sólo a confirmarse y a ponerse en primer plano, en contra de las corrientes positivistas que dominaban en otros países, el valor fundamental reconocido a las normas no legisladas, en especial a las del Derecho natural», cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, pág. 463.

¿Cómo entender según ese precepto del Código civil, correspondiente a un sistema de cuño legalista —de primordial respeto a la norma escrita— el juego de los principios en el Derecho civil de Navarra que se asienta orgánicamente en la efectiva vivencia del Derecho?; «La realidad y trascendencia del Derecho civil foral de Navarra, nace, dice Aizpún Santafé, de la generalidad, constancia y permanencia de su aplicación; y ésta ha sido incesante, sin solución de continuidad y de modo general y absoluto» (34).

Se han señalado como características del Derecho navarro estas fundamentales, a que responden sus autóctonos principios informadores: representa un tipo específico de organización de familia y de la propiedad; entraña una concepción peculiar y privativa del Derecho civil enraizada en una tradición secular y se armoniza a través de sus normas con un *modus essendi* que matiza sus instituciones con peculiaridades que no pueden reflejarse siempre y exactamente en las normas escritas. En el Derecho civil navarro, tanto o más que las normas escritas, son fundamentales la tradición sentida y la costumbre guardada, que la mantienen en constante identidad, pero en permanente proceso de adaptación y de mejora.

Personalmente entiendo que uno de los resortes más influyentes en la ordenación de sus peculiaridades es el respeto por la libertad civil: el decidido esfuerzo de afirmar dicha libertad civil frente a las acechanzas del abuso, el triple abuso de poder, abuso de derecho y abuso de conceptos. Este principio compendia el Derecho realmente vivido, puesto que de él se nutre la propia tradición jurídica, se mete dentro de la misma sin perder intensidad y no le remueve la sensibilidad actual.

Por tratarse de un principio institucional otorga a las instituciones unidad de sentido. Son manifestaciones la libertad contractual y la libertad dispositiva. A señalar su lugar preponderante se dedica en la Compilación una ley entera, la Ley 7: «Conforme al principio», «paramiento fuero vienze» o «paramiento ley vienze», la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad».

Dicho principio tiene un revés razonado, que se manifiesta con reiteración creciente: el carácter formal, en esa su triple dimensión de prueba, forma y garantía de los actos.

La razón del principio, dice Nagore, es clara: todo fuero es un estatuto de libertad; por tanto, no pueden ahogar la libertad de la persona precisamente por la indivisibilidad, solidaridad y continuidad de la libertad de Derecho privado con la libertad pública. Y así todo el Derecho civil sanciona el criterio de libertad: en el derecho de obligaciones (libertad de pacto), en la sucesión hereditaria (libertad de testar y pactar), en el régimen familiar y matrimonial (libertad de capitular). Todo

---

(34) R. AIZPUN SANTAFÉ, *Curso de Derecho foral navarro*, I, o. c., pág. 11.



el Derecho privado de Navarra es, en el fondo, la libertad de la Casa, de la familia, de la persona, proyectada sobre diversos aspectos de la vida.

A nuestro juicio, añade Nagore, aun cuando no pueda ser elevado a categoría de principio general para el ordenamiento civil navarro, sí puede mencionarse como regla bastante característica de aquél —y que, por otra parte, limita la enorme autonomía de voluntad— el rigor formal acusadísimo en muchas instituciones; la Ley 18, sobre la perfección formal de actos y contratos, así lo revela. A nuestro modo de ver, dice, en este equilibrio entre libertad y perfección formal se fundamentan muchas instituciones navarras. Libertad de testar, pero con forma; de contratar, pero con forma; usufructo universal, con inventario; donaciones y capitulaciones, con escritura; notificaciones, requerimientos, por acta notarial o informaciones *ad perpetuam*. El Fuero Nuevo se halla, afirma, lleno de estos ejemplos, que dan al Derecho navarro una característica firmeza probatoria (35).

## 2. *Motivos e intenciones precedentes a la Compilación.*

Si el desconocimiento de las particularidades del Derecho civil de Navarra respecto del Código civil amenazaban su armonía interna, también provocaba una serie de obstáculos el retraso y dificultad de su privativa fijación jurídica.

Esas particularidades del Derecho civil foral de Navarra reafirman como específico su sistema jurídico, también frente a otros sistemas españoles:

«En 1776, fecha de aquel Decreto de Nueva Planta, Navarra tenía sus Cortes y mediante ellas legislaba; y todo su Derecho, dice Aizpún, nacía y seguía naciendo y se derivaba de la misma soberanía. En las Cortes de 1817 y 1718 se concreta el ámbito del usufructo vidual. Y en la Ley Paccionada de 1839 y 16 de agosto de 1841 se reconoce expresamente la vigencia y la intangibilidad de nuestro Derecho: «rija la administración de Justicia en los mismos términos que en la actualidad».

Sin estos precedentes, la novedad de la Compilación y el procedimiento empleado para sancionar el reconocimiento de su vigencia no sería comprensible ni tendría interés. La Compilación del Derecho privado foral es, se ha dicho, la expresión más cabal de la autonomía de Navarra y de la «naturaleza paccionada del Derecho civil de Navarra» preconizada en la Ley de 1841 (36).

---

(35) J. NAGORE YÁRNOZ, *Las fuentes del Derecho en las diversas regiones forales*. El artículo 16 del Código civil en relación con el Derecho foral. No publicado.

(36) F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Encuesta en torno al Fuero Nuevo de Navarra*. Diario de Navarra.

a) *La nueva perspectiva.*

Las Compilaciones forales, dice Sancho Rebullida, son Códigos más o menos completos y orgánicos; la de Navarra, completo, orgánico y, además, abierto, es decir, a la vez histórico, actual y evolutivo.

A la nueva perspectiva que se alcanza al corregir el desvío inicial que condujo a la mal llamada «cuestión foral» se refiere en el preámbulo la Compilación navarra en estos términos: «Ya en 1946, superados los prejuicios que impedían el reconocimiento expreso de un hecho histórico tan notorio y natural como es el de la variedad de unos derechos regionales armoniosamente integrados dentro de una perfecta unidad política nacional...».

De ese modo se centra el problema en un terreno más firme; se abandona, como centro de referencia, el pluriverso mental en que las opiniones campean con fuero propio, sin otro rango que la especial *auctoritas inter-positio*, que le presta su autor, para situarlo en la zona rocosa, no movediza, de los «hechos históricos notorios».

Y así la lentitud se troca en rapidez; rapidez con pausas, que frenan una continuidad espontánea, inmadura. Quedan desplazadas «viejas imágenes coloristas» y el avance enlaza de frente con la necesidad de cauce adecuado a este nuevo planteamiento.

Desde 1946, en que se desbrozó el camino, hasta 1973, han ido jalándose sucesivas etapas a un mismo compás: esa armoniosa integración de una variedad de derechos regionales dentro de la unidad política nacional.

Surge ahora una nueva cuestión, de indudable influencia en la política jurídica: ¿cuál ha de ser el nuevo paso a dar a lo largo de ese recorrido trazado por esa armoniosa integración de derechos regionales histórica y naturalmente diversos?

b) *Reglas procesales y reglas de fondo.*

Es también sensible el cambio de criterio de la jurisprudencia, que hoy abandona una trayectoria antes seguida, la manera rigurosa de entender la fidelidad a la ley, para crear una realidad más acompañada a la vida, tendiendo a colorear la norma con más realidad. Y sin dramatizar la búsqueda de la *mens legislatoris*, se absuelven ahora posturas avanzadas e innovadoras, en esa línea más permeable que le sirve de norte: «las doctrinas más avanzadas e innovadoras imprimen un nuevo rumbo a la jurisprudencia», declara, sin remilgos, en uno de los considerandos la S. 8 de julio de 1940.

El tiempo se ha encargado de corroborar un punto de vista que en la etapa codificadora mantenía Comas (37) en torno a la jurisprudencia: «La jurisprudencia es absolutamente necesaria y se os impondrá, quie-

---

(37) A. COMAS, *Proyecto de Código civil*, pág. 25. El proyecto publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes españolas» (núm. 935, 25 de octubre de 1966) dispone en la primera de las bases: «Se enunciarán de modo directo y sistemático

ra o no quiera la Comisión de Códigos. La jurisprudencia es precisa; hay que admitirla como fuente de Derecho». De ahí la importancia que tiene advertir esa particular sensibilidad de la jurisprudencia para fijar las correspondencias con el nuevo fenómeno. Pero antes hemos de preguntarnos, ¿la jurisprudencia anterior a la Compilación conserva un valor reducido a «lo histórico»?

La jurisprudencia posterior al Código civil hizo tabla rasa de la anterior: ¿servirá ese criterio de analogía respecto al «antes» y «después» de la Compilación?

Entiendo que no, porque la primera jurisprudencia se conforma con las ideas del Código, con su perspectiva uniformista y derogatoria del Derecho tradicional castellano «no alineado». La tradición jurídica castellana sólo conserva valor para la interpretación del Código civil, pero no para la integración de sus leyes (38).

Así se deduce con claridad de la S. 3 de noviembre de 1892, que cito como imagen diáfana de esa visión simultánea (39). Dicha sentencia, con innegable naturalidad sienta esta doctrina: «en los pleitos que como éste deben resolverse por las disposiciones del Código civil, es inaplicable y no ha podido infringirse la jurisprudencia establecida con anterioridad a la época en que el Código comenzó a regir, siquiera esté de acuerdo con los preceptos del mismo».

---

las fuentes del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta aquellas directrices que, ya recogidas en el Código, se mantienen inalteradas, así como nuevas y autorizadas elaboraciones de la doctrina adaptadas a la realidad social. En tal sentido se ponderará el doble significado informador y supletorio de los principios generales de Derecho y el innegable valor complementario que en la materia civil corresponde a la jurisprudencia, ausente hasta hoy de nuestro primer Cuerpo legal, ya que no de otros preceptos de nuestro ordenamiento y del *usus fori*. La Ley 3/73 de 17 de marzo, sobre Bases para la modificación del Código civil, prescribe en el artículo 2.º (4) que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes». Sobre el tema Vid. E. LALAGUNA, en la voz *Jurisprudencia* de la Enciclopedia Seix, página 625, y *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho* (Pamplona, 1969), 85.

(38) Refiriéndose a la Compilación Gallega (pacto de labrar y poseer) pero dando a la afirmación un carácter general, declara la S. 25 de marzo de 1972 que son verdaderas leyes que regulan la materia: «pero esos preceptos legales no fueron inventados por los que, materialmente, redactaron la Compilación, sino buscados y elegidos entre las costumbres dominantes en la región, que existían ya entonces y siguen existiendo en la actualidad». Carece de sentido buscar una concreta «mens legislatoris», a que aludía la jurisprudencia relativa a la Ley de Bases, muestra palpable del cambio de criterio. Y así la S. 10 de febrero de 1947 declara que la Ley de Bases «se limita a dar al Gobierno las normas para la redacción del Código civil, sin perjuicio de que puedan ser tenidas en cuenta como expresión de la voluntad del legislador al interpretar los preceptos del Código».

(39) J. C. 86. Con motivo de la recta inteligencia de la expresión «perjuicio» (en un supuesto controvertido de venta de cosa arrendada) se alega como infringida una doctrina jurisprudencial que establecía esta regla: quien falta al cumplimiento de un contrato de arrendamiento queda obligado a abonar a la otra parte daños y menoscabos, comprendiéndose bajo esta denominación «no sólo los daños y perjuicios sino los productos impedidos», Ss. 24 de abril de 1863, 3 de abril de 1868, 28 de octubre de 1881. La referida sentencia desestima el recurso.

Se fabrica, como puede advertirse, un mecanismo amputador del pasado, una mutilación drástica del Derecho histórico castellano, y nos permite concluir:

1.º Que el sistema de Derecho civil a que corresponde el Código civil rompe con la continuidad histórica, mientras que el de la Compilación se construye con ella (40).

2.º La jurisprudencia anterior al Código sólo conserva en el llamado Derecho común valor de dato histórico, mientras que el Derecho civil de Navarra cuenta y se enriquece con ella. Con la Ley 16 de agosto de 1841 desaparece la supremacía de los antiguos Tribunales de Navarra, pero esa praxis judicial permanece al incorporarse al Derecho vivido.

3.º La diferencia entre la jurisprudencia que «está de acuerdo» y aquella otra «no alineada» indica la conciencia clara de una ruptura entre los dos cuerpos de Derecho sobre los que no cabe establecer un ajuste.

Es, por consiguiente, obvio que el orden de prelación de fuentes del Derecho civil de Navarra responde a un sistema jurídico de características completamente distintas.

Pero en Navarra es importante la distinción entre reglas procesales y reglas de fondo o derecho material, porque, para cuestiones procesales, rigen las mismas reglas que en los demás tribunales; así, por ejemplo, la representación procesal (41).

(40) Tarea, por lo demás, más compleja y laboriosa, porque los problemas de construcción, en términos de Ciencia jurídica moderna de las ideas tradicionales, no es fácil, Cfr. en relación con la construcción de una teoría general de la interpretación, M. ZYGMUNT ZIEMBIŃSKI, *Analogia legis et interpretatio extensiva*, en «Annales de la Faculté de Droit de Toulouse», V (1967), 251.

(41) Conforme a la Ley de 16 de agosto de 1841, la Administración de Justicia debe sujetarse a lo que en lo sucesivo se disponga para toda la nación. A ella se refiere ya la S. 20 de octubre de 1858, publicada en la Gaceta de 22 de octubre de 1858 (con motivo del plazo para ejercitar el retracto).

De tres maneras se refiere la Compilación a lo que podemos llamar reglas procesales:

1. Por referencia explícita a la Ley de Enjuiciamiento civil: la ley 345 respecto del modo de hacer la partición por los herederos, a falta de mayoría de doctores; Ley 350 respecto del interdicto de obra nueva; Ley 575 con relación a las compras de bienes inmuebles, adquiridos en subasta.

2. Acogiendo como criterio decisorio en casos previstos el arbitrio judicial; Ley 516, fijación de los elementos accidentales del contrato no previsto en la promesa, en defecto del uso, costumbre y la ley; Ley 372, gestiones que resulten perjudiciales a los intereses de la comunidad según arbitrio del juez; Ley 147, impugnación del acuerdo de los parientes mayores dictado con dolo o fraude o en infracción de costumbre o ley.

3. Por vía de presunciones, estableciendo indirectamente reglas probatorias; con carácter general la Ley 490 establece que los pactos se presumirán en favor del deudor, salvo que esta presunción resulte contraria a la naturaleza o circunstancias del acto; y la Ley 24 prescribe que las presunciones establecidas en esta Compilación se considerarán «iuris tantum», salvo que la Ley excluya expresamente toda prueba en contrario; Ley 360: «quien por sí o por mediación de otros ejercita sin contradicción un derecho que aparentemente tiene, se presume que es titular del mismo en tanto no se pruebe lo contrario».

Otras presunciones referentes a instituciones concretas contienen la Ley 83 sobre bienes de conquista; la Ley 492, sobre presunción de divisibilidad; Ley 228,

c) *Influencia de la autoridad doctrinal.*

Afirma Covián, después de aclarar que esta afirmación «no resulta hiperbólica ni es fruto de apasionamiento», que la legislación consuetudinaria y práctica de Navarra «se inspira en los principios más adelantados de la ciencia y a los que no ha llegado ningún Código moderno» (42).

Pero justo es decir que no es la profusión doctrinal uno de sus atributos. La literatura jurídica de Navarra impresa es más bien escasa, por no decir inexistente. Mas quizá sea en Navarra donde la doctrina goza de mayor autoridad; hasta el punto de rivalizar en firmeza con el Derecho escrito. Basta pensar que el Fuero General de Navarra (s. XIII), escrito en romance, era una recopilación privada, y, aunque no constase en él expresamente la sanción real, dice V. Lacarra, «no puede dudarse que la obtuvo por referencia de documentos reales posteriores y por el acatamiento que le prestó todo el Reino». Y la obra titulada «Fueros del Reino de Navarra», del licenciado Chavier, llegó a ser oficial en el Foro, y anular las Recopilaciones precedentes: una obra de Derecho con vigor derogatorio, por la sola fuerza imperiosa de la *authoritas* de su autor, y por recoger criterios del Derecho vivido que enriquecían los anteriores (43).

Es natural que así sea por tratarse de un Derecho por eminencia popular, que necesita de construcción y creación técnica.

Y así puede explicarse que, aun invocándose las Partidas, no se haya producido una modificación de la naturaleza y autonomía del Derecho foral, ni se hayan marginado sus fuentes privativas.

Pero gozaron de autoridad los mismos autores que la tenían reconocida en Castilla como intérpretes del Derecho común: Palacios Rubios, Antonio Gómez y Gregorio López, Burgos de Paz, Covarrubias, Jerónimo Portolés (aragonés), J. López de Salcedo, son citados con profusión, si bien de modo comparativo; con frecuencia se indica que tal opinión no puede prevalecer en Navarra, y se critican sus posturas en relación con los principios de Navarra. Así, por ejemplo, respecto de las razones en virtud de las que Febrero afirma: «que no puede el escribano autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero

---

en la duda sobre fideicomiso o ruego si se presume éste; si se duda si vulgar o fideicomisaria se presume vulgar; Ley 475, la renta con pacto de retro se considerará garantía real en los casos que esta norma señala; Ley 92, presunción de participación en conquistas.

(42) Cfr. V. COVIAN, o. c., pág. 6.

(43) Cfr. V. LACARRA, *Instituciones de Derecho civil navarro* (Pamplona 1965), Biblioteca de Derecho Foral. Vol. VI; respecto al Fuero General de Navarra, páginas 17 y 18; sobre la obra de Chavier dice LACARRA que «fue escrita por encargo del Reino», pág. 20, pero, sin duda alguna, por su propia autoridad como jurista.

Con relación a la literatura jurídica histórica, también en LACARRA, págs. 21 (nota 25) y pág. 26.

Un amplio catálogo de libros y autores, contiene la obra de SALINAS QUIJADA, *Introducción al Derecho civil de Navarra*, págs. 413-431, y, relativa a los derechos reales, en el último tomo de los publicados *Derecho civil de Navarra*, III, vol. II, págs. 351 a 365.

—porque es testigo—, arguye Alonso: «esto último no es así en Navarra, en donde el escribano no es más que la persona pública que autoriza el acto y sólo vale su presencia en este concepto, cuando ha sido llamado y llevado como cualquiera otro vecino precisamente como testigo» (pág. 520) (44).

## 2. Extensión de criterios jurisprudenciales a «casos análogos».

Especial interés ofrece analizar las frecuentes simetrías, entre soluciones jurídicas de diversos derechos regionales, la referencia a la analogía (45).

El Tribunal Supremo no atribuye a la analogía más sitio que entre normas del propio sistema, que en nada entorpece su autonomía.

Ahora, a partir de las Compilaciones, la existencia de un precepto foral oscuro no autoriza sin más a acudir al Derecho supletorio: ha de hacerse uso antes de la analogía y, merced a la integración normativa de la tradición jurídica, conservan virtual energía soluciones jurídicas no reguladas de modo expreso, pero introducidas en la práctica.

Referida a Navarra se había planteado la cuestión acerca de si habría o no de introducirse la jurisprudencia relativa a preceptos de otros sistemas, entre los que distan menos el contenido y la expresión del

---

(44) La invocación de la legislación de Castilla como doctrina de autoridad quizá haya motivado que algunos autores de principios de siglo defendiesen la supletoriedad del Derecho castellano después del supletorio del Reino; entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, COVIÁN y hasta VICTORIANO LACARRA, criterio que recoge CASTÁN. En contra de este criterio, ÁRVIZU y AGUADO, *El Derecho Civil de Navarra y la colación de bienes* (Pamplona, 1929), 8, niega la supletoriedad del Derecho castellano.

Un cierto fundamento histórico ha pretendido verse en el criterio que sostiene ARMENDÁRIZ en sus *Addiciones*, de 1617, sobre Derecho supletorio de Navarra. Sobre este punto, cfr. F. ÁRVIZU y GALARRAGA, trabajo aún inédito presentado a la Cuarta Semana de Estudios de Derecho español (Pamplona, 1969).

(45) Por esa característica del ordenamiento navarro como «sistema abierto» ofrece particular interés el estudio del problema de las recepciones; recepción de formularios, recepción de doctrinas «con autoridad» procedentes del Derecho civil de Castilla, recepción de soluciones romanas y, por analogía, castellanas «aunque no tengan fuerza de tal».

Ese análisis comparativo es frecuente en la doctrina navarra, apuntándose así analogías y deferencias, v. g., la comparación del retracto familiar: en Castilla el motivo decisorio, el fundamento, es que corresponde al pariente más cercano; en Navarra, que no salga de la familia.

Pero, en general, nuestro Derecho civil es propicio para analizar los efectos de una misma solución jurídica en contextos económicos sociales distintos. Piénsese en el artículo 1.413 del Código civil. En Derecho navarro, con anterioridad a la reforma del año 1958, ya regía esa solución. El marido, cuando se trate de bienes inmuebles de la sociedad, no puede gestionar solo, aunque la administración de los bienes de esta sociedad le corresponda. La citación en estos casos debe ser de los dos y no basta la de uno solo, Cfr. J. ALONSO, pág. 158. Sobre la expresión de la frase de los arts. 55, 57, 59, de la Compilación catalana «con su única intervención» que equivale a sin la intervención de la mujer, prevista en el nuevo artículo 1.413, Vid J. M. PUIG SALELLAS, *Notas sobre la autonomía patrimonial de la mujer casada catalana*, en «R. J. C.», número extraordinario, 1970, pág. 295.

Y sobre la gestión conjunta de ambos esposos para cualquier acto de disposición de bienes de la sociedad conyugal, en Derecho de Vizcaya, vid. Res. 4 de octubre de 1958.

Derecho; en concreto, Cataluña, merced a que, en ambos ordenamientos, es supletorio el Derecho romano. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1884, pronunciándose sobre este tema, optó ya por la negativa: «la jurisprudencia formada sobre una legislación no puede aplicarse a otra diferente, como lo es la de Navarra respecto de Cataluña» (46).

Dicha apreciación no resulta excesiva si por jurisprudencia se entiende una sutil arquitectura labrada piedra a piedra; pero sí, en cambio, de entender por jurisprudencia la expresión judicial de una normativa y una reflexión doctrinal ante la misma materia. Y, por eso, la S. 11 de febrero de 1884 establece un criterio de analogía a través del Derecho supletorio (47). Sobre jurisprudencia comparada entra la viudedad aragonesa y usufructo vidual navarro, Ss. 17 de junio de 1890, 23 de diciembre de 1920, 17 de junio de 1889 y 6 de febrero de 1965.

---

(46) El criterio oscilante de las referidas sentencias anteriores al Código civil ofrece, no obstante, amplio interés comparatista.

Los hechos que motivan la S. 10 de noviembre de 1884 versan sobre la rescisión de una donación hecha en Navarra por supervivencia de hijos. El recurrente alega en apoyo de su pretensión tres motivos fundamentales:

1.º La interpretación extensiva de la ley 8.ª, tít. LVI, libro VIII del Código, «de revocandis donationibus», aplicable al caso. Esta ley faculta al patrono que hiciere donación de todos o parte de sus bienes a un liberto para revocar si tiene hijos o virtud de matrimonio contraído con posterioridad a la donación.

2.º Un principio que informa aquella disposición, de carácter general: «ningún hombre de razón pospone su descendencia a los extraños».

3.º La jurisprudencia respecto de una donación universal hecha en Cataluña, S. 9 de febrero 1874: «el tener hijo o hija de mujer legítima con la que se casa después de haber dado a otro todo lo suyo o gran parte de ello, no teniendo hijos ni esperanzas de haberlos, es una razón por la que luego que los tiene queda revocada la donación y no debe valer en manera alguna».

El Supremo desestima el recurso con estos argumentos:

1.º Se violaría la letra de la ley y su sentido de darse a ese precepto invocado la extensión que pretende el recurrente.

2.º La decisión sobre revocación de la donación universal de Cataluña no es aplicable «por la diversidad de circunstancias del caso y por la razón de que la jurisprudencia formada por una legislación no puede aplicarse a otra diferente».

Queda sin respuesta el segundo alegato, el carácter de principio general, punto culminante para establecer la analogía. No se explica lógicamente que tal principio se aplique en territorio de Castilla y de Cataluña, por su carácter expansivo, mientras que no se consigne en Navarra. En una línea comparatista cabría decir que un mismo problema, la donación ante la supervivencia de hijos, recibe diferentes soluciones.

Pero sería mejor aproximar las soluciones, «armonía de las soluciones», luego de confirmar que en nada se ensombrece la especificidad de los sistemas. Precisamente esa armonía es posible en el caso concreto por la invocación, que quedó sin respuesta, del carácter de principio general.

Y es ese principio, que permite la coherencia y armonía de las soluciones al mismo problema, el que acabará imponiéndose. La ley 162 de la Compilación de Navarra lo consigna en estos términos: «también podrán ser revocadas las donaciones por las causas establecidas en el artículo seiscientos cuarenta y ocho del Código civil».

(47) Soluciones comparadas por la jurisprudencia relativa a Navarra.

S. 8 de febrero de 1963: fiduciario con facultad para disponer *inter vivos*. comparación con el Derecho civil de Aragón.

La analogía entre soluciones de otros sistemas regionales no significa «intromisión» ni «mimetismo», pero acorta diversidades y distancias; permite reunir simetrías; en principio, las soluciones no son extensibles: S. 12 de marzo de 1968, que compara soluciones jurídicas relativas a derechos reales (Derecho de pastura) procedentes del Derecho aragonés y del Derecho navarro; pero, qué duda cabe de que ese análisis comparativo enriquece los puntos de vista y perfila los matices de cada una de ellas.

#### IV. EL FUERO NUEVO: PROCESO Y CONSOLIDACION.

El título primero del libro preliminar de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra trata como vimos de las fuentes del Derecho navarro. «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».

Publicada la Compilación, cabe preguntarse:

1.<sup>a</sup> ¿Qué significado tiene que la Compilación dedique a las fuentes del Derecho navarro nada menos que un título y diez leyes?

2.<sup>o</sup> En estos instantes en que se reanima el proceso de codificación general, ¿qué valor puede tener ese libro preliminar respecto del título preliminar del Código civil? Si en las páginas anteriores veíamos el proceso de desarrollo del Derecho civil de Navarra más bien desde fuera, ahora hemos de analizarlo desde dentro.

El contenido de la Ley primera esclarece un grave problema; el estilo mismo de su expresión recuerda el de un precepto programático en que se afirma la tradición jurídica no como trasunto lejano convertido en abstracción ni interpuesta como cuerpo extraño a la permanente actualidad de su vigencia práctica, de su correspondencia con el Derecho vigente (48).

La tradición jurídica viene a ser el foco de luz que ilumina el presente y lo por venir; el Derecho civil de Navarra aúna esas dos.

---

S. 22 de noviembre de 1963, referente a la prescripción de acciones, paralelo con el derecho Catalán.

Particular interés comparativo con anterioridad a la publicación del Código en orden a la renuncia de las leyes respecto del Derecho civil de Castilla tiene la S. 5 de febrero de 1859 («Gaceta» 11 de febrero de 1859), J. C. 64, en que se citan leyes de Castilla declaradas no aplicables, Vid. además, sobre renuncia a una ley prohibitiva, la S. 3 de febrero de 1864, núm. 36, relativa a las leyes de Toro, art. 61, S. 19 de abril de 1873, núm. 161; y, en general, la doctrina de los autores, S. 13 de octubre de 1873, 29.

(48) La remisión a la tradición jurídica como elemento interpretativo figura también en la Compilación Catalana, art. 1. Sobre el significado, Vid. CONDOMINES y FAUS ESTEVE, o. c., pág. 31, y J. GASSIOT MAGRET, *Comentarios a la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, (Barcelona, 1962) 1; L. FIGA FAURA, *Manual de Derecho civil catalán* (Barcelona, 1961) 4.



notas esenciales: su conformidad a la tradición y a la observancia práctica. Resulta ser entonces Derecho privado de Navarra el Derecho permanente y efectivamente vivido en esta región.

Desde el fondo de su peculiaridad, enlaza con el tiempo y es continuidad. A diferencia del sistema de Derecho instaurado en el Código civil, con la resuelta determinación del artículo 1.976 de no asumir la vigencia de la pasada historia del Derecho de Castilla, el Derecho civil de Navarra es Derecho vigente sin solución de continuidad. En suma, la *Compilación* es, a la vez, proceso y consolidación.

En el prólogo de la *Recopilación* privada, que conserva el valor de lo memorable por el avance sin titubeos y decidido propósito de llevar a cabo una cabal fijación del Derecho vivido, se hacía notar esta triple referencia:

1.º La justificación profunda de los Derechos forales que «si en algún momento de incompreensión y recelo, pudieron llegar a presentarse como «privilegios» excepcionales otorgados por la condescendencia de poderes centralizados y uniformistas, resurgen hoy, al compás de la promoción y responsabilidad de los grupos sociales, como verdaderos Derechos de cada región».

2.º La dinámica de la tradición jurídica; derechos «arraigados en una tradición histórica», pero destinados, como aquella misma tradición, a un desarrollo vital que debe desplegarse en el futuro.

3.º La razón vital de ese despliegue: «todo Derecho, para ser realmente vivo, no puede reducirse a un petrificado cuerpo de leyes, sino que debe nutrirse constantemente de su propio y genuino espíritu para seguir progresando y adoptar nuevas formas ante realidades y problemas de cada momento».

### 3. *La tradición jurídica navarra, regla hermenéutica fundamental.*

La tradición castellana conserva valor, como ya se dijo, para la interpretación del Código civil, pero no para la integración de sus fuentes.

En cambio, afirmado el Derecho privado foral de Navarra como sistema de Derecho con genuina personalidad histórica, es natural que se destaque esa personalidad sin olvidar su pasado, como el núcleo central, el quicio mismo de su legislación privativa. De ahí que esa tradición jurídica conserve valor no solo interpretativo sino, sobre todo, «integrador» de sus leyes (49), y que la investigación histórica del Derecho civil propio se convierta también en punto base.

---

(49) El artículo primero de la *Compilación Catalana* recoge una fórmula, redactada por CASTÁN, que hace de la tradición jurídica regla interpretativa y precisa que la tradición se encarne en las antiguas leyes, costumbres y doctrina, cfr. R. FAUS y F. DE A. CONDOMINES, o. c., pág. 25.

En el Derecho civil de Aragón, el art. 2.º del título preliminar, que recoge el problema de las fuentes, alude también a la tradición como integradora de la *Compilación*: la *Compilación*, integrada con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico.

«Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho privado de Navarra, 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; 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» (50).

Aparece así la tradición jurídica navarra encabizando sus fuentes, enlazando en el tiempo la Compilación hasta el punto de conservar aquélla «rango preferente para la interpretación o integración de las leyes» contenidas en ésta (51).

Es de notar que el orden señalado introduce una corrección al orden que la doctrina anterior había seguido, ya que la Compilación adopta el criterio de preferencia por razón del tiempo. Las leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación, contenidas en los Cuadernos de Cortes, comprenden las legislaturas celebradas desde 1724 hasta la de 1828 y 1829. La Novísima Recopilación de las leyes de Navarra, comprende las leyes desde 1512 a 1716.

El Derecho romano «sigue viviendo» en forma larvada dentro de las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente Compilación hayan recibido del mismo.

«El hecho de que en Navarra, afirma el prólogo de la Recopilación privada, el Derecho romano siga vigente, es algo insólito, pero cuando se ve cómo el mismo genio del pueblo navarro ha ido eliminando de su Derecho todo aquello que venía condicionado por contingencias históricas periclitadas y amoldándose a su propia manera de ser y condi-

Pero la Compilación navarra dedica una ley a delimitar la tradición jurídica como «expresión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho privado foral de Navarra, y tratando de evitar que ninguno de los preceptos puedan entibiar ese espíritu, confirma explícitamente los textos en que se contiene que conservan rango preferente para la interpretación e integración de las Leyes de la Compilación».

(50) La legislación navarra, el derecho escrito de su tradición jurídica se compendia en 11 volúmenes: 1. El Fuero General, 2. La Novísima Recopilación (1512-1716), 8. Cuadernos de Cortes (724 a 1828).

(51) Estas Compilaciones gozan de cierta eficacia (retroactiva) cuando recogen instituciones que con anterioridad estaban en vigor, «por constituir normas orientadoras y dignas de ser tenidas en consideración», S. 17 de noviembre de 1967, 20 de noviembre de 1971.

Debe tenerse en cuenta —incluso el Anteproyecto— «en cuanto que recogen las normas, tradiciones y costumbres jurídicas y son interpretativas de la Legislación especial», Ss. 6 de julio de 1940, 23 de noviembre de 1955, 25 de marzo y 20 de diciembre de 1957, 29 de octubre de 1964, relativas a Cataluña.

Con relación a soluciones recibidas en la Compilación, como los derechos del fiduciario o sus herederos frente al fideicomisario una vez diferido el fideicomiso, art. 208 de la Compilación Catalana, Vid. S. 8 de mayo de 1964.

Por las variaciones introducidas por el art. 25 de la Compilación balear, en materia de sustituciones fideicomisarias, no pueden tener efecto retroactivo. Res. 16 de enero de 1964.

ciones reales, el jurista no puede por menos de quedar cautivado y convencido de que de las más altas tradiciones puede extraerse todavía, si se mantiene una actitud de vital fidelidad a las mismas, los más ajustados avances doctrinales.»

En realidad el fenómeno no es aislado. A ese transfondo romano albergado en el llamado Derecho común se refiere también la jurisprudencia relativa al Código civil en S. de 20 de junio de 1928. Y a esa serena adquisición de formas nuevas a lo largo del tiempo, se refiere asimismo la S. de 28 de junio de 1948, uno de cuyos considerandos refleja la propia idea: «el viejo formalismo de *ius civile* fue evolucionado dentro de su propio sistema».

Para la recta inteligencia de la tradición jurídica ha de partirse de esta jugosa observación: «un Derecho sólo es verdaderamente vivo si tiene principios que le permiten evolucionar desde su interior».

No es otra, a mi entender, la razón determinante de incluir la descripción de los «libros», de los textos históricos eslabonados en que se condensa y afirma la tradición jurídica de Navarra, de cuya fidelidad al espíritu navarro, como a la palabra dada, «paramiento fuero vience», es tributaria la Compilación entera en cuanto que, por haberse entendido así siempre, guarda el resumen y la clave de la interpretación e integración de sus leyes».

## V. FUENTES DE DERECHO

En la prelación de fuentes, descrita en la Ley segunda, figura en primer término la costumbre, como la principal y más genuina fuente de Derecho. La costumbre, especifica la Ley tercera, «que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito. La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales».

Estos son los dos aspectos cruciales de la costumbre: su valor de fuente de primer rango, y su exteriorización como dato normativo, susceptible de prueba.

### 1. *Primacía de la costumbre.*

La precitada Ley expresa los temperamentos de carácter general que delimitan la costumbre. Ningún tipo de costumbre puede oponerse a la moral o al orden público; en cambio, es fuente ordinaria la costumbre contra ley.

Cabe advertir el correcto significado que se atribuye a la noción de orden público, como algo que no requiere una «recepción legal» ni se confunde con preceptos prohibitivos, Ley 7. La costumbre prevalece contra ley pero no contra el orden público. En definitiva, la voluntad oficial no es condición necesaria ni suficiente de juridicidad.

Ahora bien, ¿a qué orden público se refiere? La cuestión es importante por estas razones:

1.<sup>a</sup> Porque se consideran como de orden público en el ámbito del Código civil principios opuestos a los también jalonados con ese carácter en Derecho de Navarra.

2.<sup>a</sup> La introducción del término orden público con un sentido legalista en España —*lex publica*— se hace a través del Proyecto de 1851, entendiéndose por orden público «aquellas *leyes* cuya sanción acarrea la nulidad del acto». De otra parte, se afirma como equivalente a «interés público», polarizado en «lo público» y contrapuesto a «interés privado», acentuándose así la función *límite* sobre la otra función positiva de *impulso*.

Por la introducción tardía de ese concepto habría que pensar que aquella concepción no se recoge en España hasta la Codificación, con el Proyecto isabelino.

## 2. Límites y prueba de la costumbre.

¿Cuál es, entonces, el orden público que se aviene mejor con la tradición jurídica navarra?

A mi entender, aquella versión romanista: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* D. 2,14,38 (52). Orden público será en Navarra el correctivo que imprime una enérgica directriz a la libertad civil,

---

(52) En la medida, dice d'Ors, en que el *ius* se funda en el imperativo de la *lex publica*, ese derecho es «público» y no puede ser alterado por los convenios de los particulares; en él se incluyen todos aquellos presupuestos que el derecho privado no puede alterar, como la *libertas* (non privata, sed publica res est, D. 40, 5, 53 p.), el matrimonio o la organización familiar, A. d'Ors, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1968), 32.

A mi modo de ver, el Derecho navarro dispone de numerosos resortes internos que recortan los límites entre los que debe moverse el principio de libertad civil. Moral y orden público no son principios abstractos, sino que presiden desde dentro la dinámica de las Instituciones, con manifestaciones concretas y distintas según la variedad misma de las Instituciones y así:

1. La concurrencia de derechos se establece conforme a su naturaleza y categoría y en consideración a su *concurrencia equitativa*, Ley 23; la revisión judicial o modificación de las obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo se hará «en términos de equidad», Ley 493. Al «uso razonable» de los derechos se refiere la Ley 367; a la retribución equitativa del albacea, Ley 298.

2. La buena fe se invoca como criterio interpretativo de las obligaciones, Ley 490; preside también el ejercicio de los derechos reales, por lo que no puede solicitarse la división de la comunidad *pro indiviso* contra la buena fe que se debe al acuerdo comunitario, Ley 374.

3. La justa causa preside los desplazamientos patrimoniales; se toma en consideración en diversas leyes, como Ley 52, cuando justifique la irrevocabilidad del poder de representación un *interés legítimo*; Ley 89: deben reintegrarse entre los patrimonios privativos y el de conquistas los lucros que se hubieren producido sin causa a favor de uno de ellos en detrimento del otro; a las adquisiciones sin causa se dedica la Ley 508: «se entiende por adquisición sin causa la que se ha hecho a consecuencia de un acto ilícito o de un convenio prohibido o que es inmoral para el adquirente, quien queda obligado a restituir lo recibido e indemnizar el perjuicio sufrido sin posible limitación por la pérdida fortuita, a no ser que se trate de un incapaz, en cuyo caso responderá tan sólo del enriquecimiento»; a la negativa injusta a aceptar el pago de cantidad o de cosa mueble debida se refiere explícitamente la Ley 496.

verdadero protagonista de la vida jurídica navarra. Así lo confirma la Ley 7: «conforme al principio 'paramiento fuero vienze' o 'paramiento ley vienze' la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público». Criterio éste que complementa la ley sobre renuncia de derechos: «la renuncia de derechos es válida, salvo que atente al orden público» (53). De otra parte, la Ley 3 establece la regla general de que la costumbre local es preferente a la general.

Se trata de una regla general cuya aplicación práctica conduce al problema de la prueba. Ha de distinguirse, como en los actos que acaban por levantar una costumbre, entre el *acto de voluntad* y su *manifestación o exteriorización* (54).

El criterio seguido descansa en la *notoriedad* y, así, sólo la costumbre *no notoria* ha de ser alegada y probada, esto es, establecida procesalmente mediante un *acto de parte*.

La notoriedad viene a ser la *opinio juris*, la conciencia de una comunidad de Derecho, de autoobligación jurídica. Pero, sobre todo, enlaza con los hechos notorios, apreciables de oficio sin necesidad de alegación y prueba.

4. Se confiere un juego más amplio que el del Código a la obligación natural, Ley 510: «el reconocimiento, la novación, la compensación y la garantía de las obligaciones naturales producen efectos civiles» y, sobre todo, respecto de la responsabilidad «intra vizes», la Ley 318 dispone que el heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de la herencia exclusivamente, pero si se excediere en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir.

5. Los terceros quedan protegidos con remedios de alcance general, como la doctrina del fraude en perjuicio de tercero, Ley 22, y la imposibilidad contra terceros de buena fe de actos que puedan implicar un abuso de impugnación; la nulidad de la declaración simulada no puede alegarse contra terceros de buena fe.

6. Ningún negocio jurídico concertado con la finalidad de perjudicar a otro legitimará este perjuicio. Principio fundamental de Derecho navarro: recogido en los textos romanos D. 4, 21, 17, Constitución justiniana y aplicada reiteradamente por los Tribunales, S. 18 noviembre de 1957 del Juzgado 1.ª Instancia. Pamplona, confirmada por S. 12 marzo de 1958 (Audiencia) y 19 de marzo de dicha Audiencia.

(53) El título 1, lib. 1 del Fuero y de la N. R. refleja un pacto explícito y obligatorio de cumplimiento, que debían jurar y juraban sus príncipes a su advenimiento al trono, el de que el Rey había de *desfacer las fuerzas*. Este pacto, dice Alonso, recibido como uno de los más especiales de los Reyes de Navarra, incluye la obligación de deshacer todas las fuerzas que pudiesen hacerse a sus súbditos sean esas de la clase que quieran, vengan de donde vinieren, sean causadas por cualquier medio, por cualquiera potencia, autoridad o persona poderosa. Entre otras, las turbaciones que pudieran causarse en el orden público por los procedimientos de hecho y de violencia de los particulares, y las que en el ejercicio de su potestad o jurisdicción cometiesen los jueces y Tribunales eclesiásticos.

Se trata de una fundamentación clara del orden público (juicios posesorios, abuso de jurisdicción o de poder), no legalista, y asentada en la defensa de la libertad, ciudadana, que rechaza la libertad injusta, Vid. J. ALONSO, o. c., págs. 93 y 395. Una de sus manifestaciones concretas es también que sólo admite por fiadores a los que voluntariamente quieran contraer esta obligación y rechaza a los que «lo fueron por fuerza».

(54) En el Fuero Recopilado de Navarra, elaborado por la Comisión Compiladora (Pamplona, 1957), la Ley 9 hacía notar que «la costumbre es el mejor intérprete de la ley», sin duda porque corresponde a esa interpretación que se hace a través del medio social, de los usos, de las creencias.

De alguna manera puede decirse que la notoriedad de la costumbre cumple la función del *precedente*; por eso no es preciso alegarla. Son suficientes esos signos exteriores, reveladores de un comportamiento usual, el empleo en el medio social de una selección efectiva o un repertorio de soluciones jurídicas (55).

Puede hablarse, en consecuencia, de campos de notoriedad, aquellos cuya autoridad no se discute, porque se refieren a los mismos pilares, a la cimentación del Derecho, especialmente vigorosos en las instituciones familiares, la casa y la permanencia de la familia. Entre esas costumbres que, por su notoriedad de siglos, gozan nombradía, pueden señalarse las que corresponden a la libertad de testar, la transmisión total del patrimonio familiar, donaciones «propter nupcias», usufructo: medio económico y de dirección y administración (56).

Y entre esos repertorios de soluciones consuetudinarias contra ley figuran: el retracto gracioso; la libertad testamentaria; la extensión del usufructo de viudedad «a todas las clases sociales»; la mayoría de edad.

Es algo que corresponde al estilo más genuino del Derecho navarro: la vida, la defensa de la libertad humana, primero se impone con su fuerza, y las exigencias sociales crean una norma consuetudinaria antes que la escrita y, cuando sea preciso, contra la escrita (57).

Cabe afirmar que en Navarra la autonomía privada es, en su raíz, actividad creadora, y la autonomía, en su desenvolvimiento y continuidad, convierte ese ámbito de libertad civil en «lo tipificado» (57 bis).

(55) «Los que se encargan de redactar las minutas de estos contratos, y en su defecto los escribanos, deben procurar la mayor claridad, tener muy presentes y comprender bien el Fuero y leyes del país, y el romano como supletorio, propender siempre mientras lo consentan los contrayentes, por aquella sencillez que excluye las reversiones y llamamientos complicados; y, en una palabra, procurar en todo la libre disposición de los bienes, con lo que se excusará todo motivo o pretexto para promover pleitos. Pero deben estar muy atentos a las disposiciones legales, que desatendidas pudieran ser causa de nulidades, y aconsejar la renuncia de las que la admitan: contando siempre con la voluntad de los contrayentes y explicándoles claramente aquéllas, para que con conocimiento puedan regular éstas». J. ALONSO, o. c., pág. 154.

Por eso creo que se puede afirmar que el Derecho de Navarra se basa en una profunda experiencia, con predominio de la forma, pero no se ahonda el valor si se le proyecta hacia una perspectiva conceptual, y una interpretación formalista sería errónea.

(56) Costumbres confirmadas en leyes, son, entre otras, el retracto gracioso, en favor de los deudores desposeídos de sus bienes, la de la legítima foral, y la de libre exheredación de los hijos previa la dicha legítima. Cfr. J. ALONSO, o. c., página 41.

Estas costumbres después de introducidas si se reducen a escrito no necesitan prueba.

(57) Esta doctrina, dice Alonso, no procede en donde la legislación excluye el uso o costumbre para el efecto de derogar la ley, como sucede en Castilla. Mas en Navarra no sólo no tenemos disposición alguna legal de esta clase, sino que con fundamento puede decirse que la hay en contrario. J. ALONSO, o. c., pág. 42.

(57 bis) El ámbito de la costumbre se refiere en Navarra a todo el Derecho civil, sin circunscribirse a las materias formalizadas en el Fuero. Su influencia es decisiva:

La costumbre, especialmente la costumbre contra ley, constituye un instrumento que sirve a la evolución.

Hasta el punto de que en Navarra, dice d'Ors, algunos preceptos del Código civil, así como de la Ley hipotecaria, que, evidentemente vinieron a modificar antiguas leyes de Navarra, rigen allí, no como preceptos legales nacionales, sino como preceptos consuetudinarios regionales, y no como costumbre conforme a la Ley nacional, sino como una costumbre contra la Ley navarra (58).

Cuestión discutida ha sido la del «ámbito cuantitativo» de la costumbre contra ley, si ha de quedar o no circunscrita a contra *legem navarrae*. Salinas Quijada y Santamaría Ansa se adhieren a la opinión más estricta. La redacción de la Ley 1.<sup>a</sup> del Proyecto parecía circunscribirla a las materias reguladas por el Fuero. Recientemente, Arregui Gif se pronuncia por otra opinión, a mi juicio, más correcta, y desde luego más en consonancia con el peculiar espíritu a que responde la prelación de fuentes. El Tribunal Supremo, en Ss. 29 de abril y 13 de junio de 1972, parece seguir esa interpretación amplia (59), más congruente a nuestro juicio con el espíritu de libertad propio del Derecho navarro.

1. Como pauta a seguir en la interpretación: la Ley 20 establece el criterio general, a cuyo tenor «el silencio o la omisión no se considerarán como declaración de voluntad, a no ser que así deba interpretarse conforme a la ley, la costumbre o los usos, o lo convenido entre las partes»; en la fiducia sucesoria, Ley 281, la interpretación e integración de la voluntad del causante deben ajustarse a la costumbre del lugar y a los usos de la familia; «los pactos sucesorios se interpretarán e integrarán conforme a la costumbre del lugar, y, supletoriamente, según las disposiciones de esta Compilación sobre otros actos de última voluntad», Ley 176.

2. Como criterio determinante de la extinción de los derechos por no uso: «los derechos pueden extinguirse por la falta de uso en los casos previstos por el pacto, la costumbre o la ley», Ley 25.

3. Para determinar los elementos accidentales del contrato no previstos en la promesa, Ley 516; o el régimen de la concurrencia de diversos titulares dominicales, como en las «corralizas», Ley 380, «dominio concellar», Ley 391.

3. Para fundamentar la impugnación de un acuerdo: «el acuerdo de los parientes mayores sólo podrá ser impugnado ante los Tribunales si se hubiera dictado con dolo o fraude o incurriere en infracción de costumbre o ley», Ley 147.

4. Para fijar la retribución de los albaceas, cuando el causante no haya dispuesto otra cosa, se estará a la costumbre del lugar o, en su defecto, a lo que fuere equitativo; el monto razonable de los alimentos cuando convivieren en la casa donantes y donatarios «conforme al haber y poder de la casa y según el uso del lugar», Ley 115.

5. La no existencia de costumbres se ha tomado como base para eliminar figuras, por ya desusadas, en la Compilación; así, por ejemplo, la excepción de dinero no contado, derogada por la práctica reiterada de renunciar a ella. O para incluir en ella algunas que no estaban en el Proyecto como el legado de bienes de conquista, Ley 251.

6. Los usos, tanto en su forma de usos sociales como normativos, acompañan como elemento interpretativo a la costumbre contra ley. Bien puede decirse que los usos son el contenido de la costumbre.

(58) Cfr. A. d'Ors, *O Rexionalismo xuridico*, pág. 241.

(59) Sobre la costumbre contra ley en Navarra, S. 1 de abril de 1891, 99, relativa a la mayoría de edad, contra el Fuero General y Amejoramiento.

En fecha reciente, respecto de la costumbre navarra de otorgar testamento con delegación de facultades en favor de los llamados fiduciarios-comisarios para

### 3. Los principios generales.

«Son principios generales los de Derecho natural o histórico que informan el total ordenamiento civil navarro y los que resultan de sus disposiciones», Ley 4.

Los principios generales de Derecho natural componen la plataforma común del Derecho civil de España y su efectividad aleja los eventuales factores de conflicto o de desintegración.

Los históricos son informadores, como la vida misma que enlaza pasado y presente, del total ordenamiento navarro, en cuanto que alimentan constantemente la tradición y los ideales de la sociedad navarra.

Así entendido, el sistema de Derecho navarro es un sistema abierto, puesto que permite una permanente renovación por su propia dinámica interna, por sus resortes internos. Y por eso prescribe la Ley 5 que «antes de aplicarse el Derecho supletorio, deberá integrarse el Derecho privativo mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones (60).

Quizá entre los más característicos figura el principio de libertad positiva, «medio que conduce y lleva a los principios de comunidad y continuidad, el auxiliar más importante —dice Fernández Asiain— para la creación y desenvolvimiento de éstos, con sus dos manifestaciones de libertad contractual y libertad sucesoria, el principio de buena fe» (61).

---

que éstos puedan proceder a la designación de herederos de acuerdo con las instrucciones expresamente contenidas en esta delegación, declara la S. 29 de abril de 1972 que «en Navarra constituye una fuente de Derecho la costumbre en cualquiera de sus formas, incluso la *contra legem*».

Dicha norma consuetudinaria, fue ya reconocida en S. 4 de mayo de 1863, y es acorde con la que reflejan «los diversos Proyectos de Compilación del Derecho civil especial de Navarra, que recogen la realidad de una costumbre muy arraigada en aquella Región». Vid. recientemente J. ARREGUI GIL, *La costumbre contra Ley en Navarra*, en «R. G. L. J.», 1973, pág. 20. Y J. NAGORE YÁRNOZ, *La Compilación del Derecho civil o Fuero de Navarra*, en «R. G. L. J.», LXVI (1973) 400.

(60) El recurso a la analogía constituye, se ha dicho, un proceso de lógica jurídica. Pero es opinable su fundamentación, que oscila entre posiciones legalistas, iusnaturalistas, historicistas, según se entienda como finalidad el deseo de igualdad jurídica: que las mismas situaciones de hecho reclaman iguales sanciones jurídicas; el de buscar un recurso o normas absolutas, inmutables y permanentes; o, afirmar la autosuficiencia de la fuerza orgánica del Derecho.

También se discute su función, si ha de ser más bien interpretación del Derecho que creación y elaboración del nuevo Derecho.

Como vemos, la ley 5.<sup>a</sup> otorga en Navarra a la analogía una función integradora.

(61) Cfr. E. FERNÁNDEZ ASIAIN, *Los principios generales de Derecho navarro*, en «Curso de Derecho foral navarro», pág. 38, y J. J. LÓPEZ JACOISTE, *Los principios generales en la Codificación foral*, pág. 650.

Manifestaciones concretas del principio «paramiento fuero vienze» son, entre otras:

1. La posibilidad de pactar el régimen de comunidad universal de bienes presentes y futuros en capitulaciones, otorgadas antes o después del matrimonio, Ley 101.

2. Afianzar el principio de libertad de pacto sin imponer como imperativo un régimen económico; permitiendo otorgar las capitulaciones o contratos matri-



#### 4. Normas y presunciones.

En el sistema navarro todos los mecanismos tienden a que la evolución del Derecho sea continua y es, precisamente, esa permanente evolución, desde su interior, la que confía a todo el sistema su coherencia; la coherencia sistemática y la adaptación a la comunidad en que su Derecho se produce y aplica.

El ente organizador del Derecho no es primariamente el poder público, puesto que el orden jurídico no se concibe como una limitación de la libertad dispositiva, sino como la garantía eficaz de esa libertad. Por eso, las leyes se presumen dispositivas. El Derecho escrito no limita sino la libertad injusta, y ésta no es libertad, sino abuso de la verdadera libertad.

moniales antes o después de las nupcias, Ley 78, de que es consecuencia, la posibilidad de ser modificadas en cualquier tiempo, Ley 81; pactar en capitulaciones otorgadas antes o después del matrimonio el régimen de separación de bienes, Ley 103; hacer donaciones «propter nuptias» antes o después de celebrado el matrimonio; aportar formalmente al matrimonio bienes en concepto de dotales antes o después de su celebración, Ley 119.

3. Renuncia del derecho de retracto gentilicio, aunque se haga anticipadamente, que tiene por base el principio de libertad de pacto y la práctica arraigada, para dar seguridad al tráfico y evitar los efectos desastrosos que pudiera ocasionar ese retracto, Ley 452: es válida la renuncia anticipada del usufructo de fidelidad otorgado en escritura pública antes o después del matrimonio, Ley 253.

4. Pactos de irrevocabilidad, en donaciones *mortis causa*, Ley 166; otorgada en capitulaciones la irrevocabilidad de la licencia o del consentimiento, Ley 60; la irrevocabilidad del poder de representación, cuando exista una relación contractual que lo justifique.

5. Los pactos de comunidad familiar o de asistencia, entre donante y donatarios, Leyes 160, 112.

6. Permitiendo a los cónyuges que puedan celebrar entre sí toda clase de estipulaciones y contratos, Ley 76, y disolver la sociedad conyugal de conquistas por acuerdo de ambos cónyuges, Ley 87.

7. En general, el empleo del término *título*, en lugar de pacto —Ley 380—, es expresivo del principio paramiento, al amparar una gama amplia de expresiones y manifestaciones de la voluntad: voluntad unilateral o contractual, Ley 7.

En definitiva, el principio «paramiento fuero vienze», es, en Derecho navarro y a tenor de sus instituciones privativas, no sólo básico, sino más amplio que un pacto de las partes. La voluntad se constituye soberana como la regla suprema del título: pactos, actos *mortis causa*, negocio unilateral; y baluarte de la titularidad: titulares de la casa.

Manifestaciones de la que podemos llamar *regla formal* son, entre otras:

1. Los actos o contratos para los que la ley no exija forma determinada, pero ésta se hubiese convenido expresamente, no se consideran perfeccionados sin el cumplimiento de dicha forma, Ley 18.

2. Son muchas las instituciones para cuyo otorgamiento se exige escritura pública: la fundación por actos «intes vivos», Ley 44; las capitulaciones matrimoniales, Ley 79, donaciones *propter nuptias*, Ley 113; el acuerdo dictado por los parientes mayores, Ley 144; la renuncia o transacción sobre herencia futura, Ley 155; las donaciones universales, Ley 161; donaciones de inmuebles, Ley 161; donaciones *mortis causa*, Ley 167; los pactos o contratos sucesorios, Ley 174; extinción por renuncia expresa del usufructo de fidelidad, Ley 261; la cesión de la herencia, Ley 327; el censo consignativo, Ley 452; las compraventas de bienes inmuebles adquiridos en subasta, Ley 575.

Dicha regla permite el «máximum» de potencialidad expresiva del principio «paramiento fuero vienze».

En Derecho civil de Navarra la presunción de que las leyes son dispositivas connota que la libertad civil es factor de elaboración del Derecho positivo: «En razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas», Ley 8.

Alonso afirma que «lo que sin gravísimos inconvenientes y constantes daños no puede regirse por leyes comunes, necesita una ley especial: jamás éstas do no medien aquellos» (62).

Pero las leyes entran en juego en defecto de la costumbre y éstas, a su vez, en defecto de ordenación singular que para el caso haya establecido la voluntad privada bilateral o unilateral.

Siempre dentro de la misma órbita de la libertad, la persona es libre para organizar su vida, familia y patrimonio. Es una magnífica lección de Derecho, dice García Granero, aunque difícil de comprender por los legistas y por los defensores de un estatuto absoluto y sin límites (63).

Con relación al Derecho supletorio, es de destacar también su entronque con la costumbre. La Ley reguladora del Derecho supletorio en Navarra así lo reconoce, Cortes de Pamplona 1576: «en cuanto decidir y sentenciar las causas y pleitos a falta de Fuero y leyes de este reino, se juzgue por el Derecho común como siempre se ha acostumbrado», Derecho romano justiniano, Elizondo, Nov. Rec. Ley 1.<sup>a</sup>, tít. 3.<sup>o</sup>, libro 1.<sup>o</sup>

No sin ironía ha podido establecerse este contraste: el Código civil «se cuele» como supletorio, mientras que el romano «se introduce por estilo y costumbre» (64).

---

(62) J. ALONSO, *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra*, pág. 37.

(63) J. GARCÍA GRANERO, en «El pensamiento Navarro», 22 de marzo 1973.

(64) J. IRIBARREN, *Segundas nupcias*, «Curso de Derecho foral», págs. 125 y siguientes.

Son muchas las referencias que se hacen en la Compilación al Código civil, no siempre con el mismo valor:

1. En ocasiones se hace a modo de *reenvío* con carácter general; Ley 193, se aplicarán en Navarra las disposiciones de los artículos seiscientos ochenta y ocho a seiscientos noventa y ocho, setecientos uno y setecientos dos, y setecientos dieciséis a setecientos treinta y seis del Código civil, en cuanto a los respectivos testamentos; artículos mil cuatrocientos ocho a mil cuatrocientos once, Ley 85, Ley 184, testamento en intervalo lúcido.

2. Como derecho *supletorio* en supuestos expresamente previstos; ley 62, «en los casos de emancipación, ausencia, incapacidad, prodigalidad o separación legal de los cónyuges, serán aplicables las disposiciones del Código civil; ley 87, 4.<sup>o</sup>, las causas de separación previstas en el artículo mil cuatrocientos treinta y tres del Código civil; ley 91, lo dispuesto en el Código civil para gananciales se aplicará al régimen conyugal de conquistas en cuanto no se oponga a lo previsto por la Compilación; artículo mil cuatrocientos treinta y tres del Código, causas de separación judicial, Ley 104; Ley 188, aplicación de lo previsto en el Código civil para las formas del testamento ante notario; Ley 254, se remite al artículo ochocientos cincuenta y cinco; Ley 270, a las causas de desheredación comprendidas en los artículos ochocientos cincuenta y dos y ochocientos cincuenta y tres, Ley 278, aplicación a las reservas de las disposiciones del Código civil sobre inventario, enajenación de bienes reservables y garantías de los reservatarios; Ley 304, al artículo novecientos cincuenta y seis.

Esta ésta una prueba de cómo puede operar —en expresión de d'Ors— una influencia de la autoridad doctrinal, con bastante independencia del imperativo de la potestad legislativa, que elige la experiencia jurídica romana (65).

## VI. LA COMPILACION ANTE EL CODIGO CIVIL GENERAL.

Llegamos al último punto de los trazados al comienzo de este trabajo.

Proseguimos caminando, lentamente, por los caminos marcados en el Congreso de Zaragoza, y dentro de aquella línea programática que tuvo lugar en fecha bien precisa, con la orden del Ministerio de Justicia de 3 de agosto de 1944, a petición del Consejo de Estudios de Derecho aragonés. La pauta a seguir quedó claramente fijada entonces:

1.º Confrontar y examinar puntos de vista, coincidencias y discrepancias en orden a la coexistencia en nuestra patria de diversas legislaciones civiles.

2.º Formular la resolución de los problemas que esta situación plantea.

El reconocimiento de esta realidad fue considerado en el Congreso de Zaragoza como premisa obligada y, el hito final pudiera constituirlo, publicadas las Compilaciones, la elaboración del título preliminar del Código civil General.

Ante ese título preliminar, ¿qué aspectos del Derecho privado Navarro suscitan mayor atención? A mi modo de ver, estos tres: el orden de fuentes, la coherencia sistemática y los conflictos interregionales.

Veamos, separadamente, cada uno de estos aspectos:

---

3. Para eliminar expresamente la normativa del Código en supuestos determinados: Ley 109 «no obstante lo dispuesto en los artículos mil cuatrocientos diecicho a mil cuatrocientos treinta y uno del Código civil...».

4. En las disposiciones transitorias, para regular las relaciones jurídicas ya causadas con anterioridad a su promulgación y al amparo del Código civil: el consentimiento *uxorio* con referencia al artículo mil cuatrocientos trece del Código surte sus efectos conforme a la Ley 86: en las sucesiones en que hubiera recaído auto firme de declaración de herederos «ab intestato», conforme a las disposiciones del Código civil, quedarán a salvo los derechos que de aquella declaración se deriven.

(65) «No existe Derecho, ni siquiera una ciencia del Derecho, dice López Amo, en unas páginas bellísimas de presentación al *Curso de Derecho foral*, que pueda deslizarse de las realidades jurídicas de la vida práctica; y es natural, puesto que de ellas nace y a ellas sirve. En sus épocas más gloriosas el Derecho ha unido, de tal suerte, el ejercicio práctico de la consulta y al asesoramiento de los particulares en sus asuntos jurídicos, con el cultivo científico de una elevadísima doctrina, que, en rigor, de la sabiduría de unos mismos «prudentes» nació todo el Derecho, en sus fuentes de creación y en las manifestaciones, en las normas que habían de aplicarse y en su estudio y elaboración doctrinal, ya casuística, ya sistemática».

### 1. *Diversidad de fuentes.*

En el proyectado título preliminar del Código civil ocupa el primer rango la ley; la costumbre, el segundo lugar, y la jurisprudencia adquiere rango de fuente normativa, artículo 2.º de la Ley 3/73 de 17 de marzo.

La discrepancia en la jerarquía de fuentes entre el Código civil y la Compilación es, por tanto, tangible.

Para paliar «los problemas que esta situación plantea» se llegó, publicado el Código civil, a una fórmula de carácter interpretativo: el art. 5.º es precepto de aplicación *general*, mientras que el artículo 12 lo es de aplicación *especial*. De este modo, el respeto del *régimen* consuetudinario, reconocido por ese precepto de carácter especial, viene a ser como un eclipse que deja en penumbra lo dispuesto en otro precepto de carácter general, merced al apotegma jurídico «specialia generalia derogat».

A mi juicio, dicha argumentación es, referida al Código civil, insuficiente, en la medida en que no tiene en cuenta todas las leyes, o los respectivos «sistemas en presencia».

En la Ley paccionada de 1839 y 16 de agosto de 1841 se reconoce expresamente la vigencia y la intangibilidad del Derecho navarro, y, en tal sentido, una modificación ha de ser sinalagmática, como venía impuesto por régimen de pacto, y no unilateral.

Por el mismo motivo, dicho criterio ha de mantenerse en el nuevo título preliminar del Código civil. Como ya se ha dicho, la jerarquía de fuentes en Derecho privado de Navarra es expresión de un proceso que eleva sus leyes y costumbres a la categoría de sistema de Derecho, y la legalidad existente enlaza de modo inmediato con la Ley 16 de agosto de 1841, en que desaparece simplemente la supremacía de los antiguos Tribunales de Navarra. Así se hace notar en la Exposición de motivos de la Compilación: «de conformidad con esta ley, se exigía el procedimiento de convenio para introducir reformas legislativas en Navarra». La Ley 6, al señalar el Derecho supletorio, prescribe que «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».

### 2. *Diversidad de procedimientos técnicos.*

La inserción del Derecho de Navarra en otro sistema, con jerarquía diferente de fuentes, no puede hacerse sin violentar los procedimientos técnicos de que dispone su ordenación.

En Derecho navarro resulta, como vimos, pieza insustituible la libertad civil, que imprime su sello en todas las disposiciones, y permite anudar las donaciones, las liberalidades a los legados, «sin solución de continuidad». Y, como es pieza insustituible, su sustitución provocaría una grave perturbación en la coherencia sistemática, al rendir inservibles los mecanismos adecuados a su dinámica interna.

Los principios esenciales de Derecho navarro, son, afirma Sancho Rebullida, de una «grandeza y hermosura difícil de igualar». Se trata de una Compilación abierta, con dispositivos internos para su propia dinámica (66).

Basta pensar, v. g., en la red arterial distribuidora a todo el organismo del Derecho que radica en el principio de libertad dispositiva. De dicho principio se derivan la libertad de contratación; la libertad de testamentifacción; la constitución, desenvolvimiento de la sociedad conyugal y disolución; los pactos sucesorios; en general, todas las manifestaciones de la autonomía civil.

### 3. Conflictos interregionales.

La Ley 10, culmina el título primero de fuentes con un criterio de solución para los conflictos interregionales: En lo no previsto en la presente Compilación, la determinación y efectos de los estatutos personal, real y formal se regirán por las disposiciones del Código civil y; conforme al principio de reciprocidad.

La presente Ley porta a su vez una prelación:

- 1.º Lo previsto en la Compilación.
- 2.º Las disposiciones del Código civil.

Y, además, fija un principio: «conforme al principio de reciprocidad».

Como es sabido, al abrigo del art. 15 del Código civil, la jurisprudencia ha ido elaborando unas reglas por que se rige esta materia, de tanto realce en la práctica.

El legislador del Código civil pudo disponer de una jurisprudencia que, inspirada «hasta donde fuera posible» en las doctrinas estatutarias, articulaba unas normas desenvueltas, de modo análogo a las normas conflictuales en Derecho internacional privado.

En la Compilación navarra se añade un principio, que procede, más bien, del Derecho internacional público: el principio de reciprocidad; primera formulación de la equivalencia en los Tratados internacionales sobre concesión de derechos a los extranjeros.

En tal sentido, la Compilación navarra impone a la materia una precisa orientación.

En efecto, el principio de reciprocidad excluye la unilateralidad, que sería catastrófica en lo que tiene de regresión, de desvío de la ruta emprendida. Y excluye asimismo soluciones dogmáticas, puesto que «da por buena» «cualquier solución» con tal de que su aplicación «sea recíproca».

A mi juicio, dicho principio de reciprocidad lleva consigo una inevitable tendencia hacia la armonía de soluciones, por lo que las reglas que se adopten en el título preliminar no debieran ser apriorísticas, sino fruto de una reflexiva tarea de comparación, de un análisis riguroso

(66) F. DE A. SANCHEZ REBULLIDA, *Encuentra en torno al Fuero Nuevo de Navarra*, «Diario de Navarra».

de sus consecuencias; especialmente importante esta tarea en nuestros días, donde es un lugar común el reproche al perturbador divorcio en esta materia entre la doctrina y la jurisprudencia.

A mi modo de ver sería conveniente «de jure condendo»:

1.º Analizar en concreto la línea evolutiva de la jurisprudencia referida a los conflictos interregionales: los puntos de conexión, calificaciones, orden público, fraude, etc.

2.º Trazar las bases de un Derecho interregional en el sentido de esa línea trazada por la Compilación de Navarra, que se basa, repito, en la armonía, en el orden de la variedad, y no en la uniformidad.

Línea de continuidad a que venía obligada. Incluso la elección como supletorio de primer grado del Derecho romano se basaba precisamente en esa fertilidad tan característica hacia las soluciones jurídicas. Agotados los recursos que podía facilitar el Derecho indígena, dice Lacarra, se acudía al romano «rico en soluciones» (67).

3.º Pienso que sería más oportuno arbitrar una forma análoga a lo que se conoce con el nombre de *pre-ley* que articular —inserto en el Código civil— todo un sistema conflictual, cuando no se cuenta aún con un criterio autonomista claro para discernir, clasificar y ordenar las categorías a efectos de calificación, ni el alcance de los principios que articulan el orden público en cada sistema.

Es esa la función del indicado principio de reciprocidad; más que una moderna formulación de la ley del talión viene a ser una incorporación técnica del viejo refrán castellano, que aconseja al legislador prudencia y acierto «para no tirar piedras sobre su propio tejado».

En definitiva, el principio de reciprocidad acaba por atribuir a cada uno de los ordenamientos jurídicos una conciencia legislativa universal, frente a la fundamentación estatista, ya superada (68).

(67) J. M. LACARRA, *La recepción del Derecho romano*, en Navarra, «AHDE», XI, 1934, 456-467.

Sobre la supletoriedad del Derecho romano en Navarra, F. SALINAS QUIJADA, *La supletoriedad romana en Derecho navarro*, en la Miscelánea a don Antonio Borell y Soler (Barcelona, 1962) y J. NAGORE YÁRNOZ, *Il Vigore del Diritto romano in Navarra*, en «Boll. Inform. dell'Inst. Giur. Spag. in Roma», 11 (1963), 11.

Una interpretación peculiar del fenómeno de la recepción en Navarra, J. LALINDE ABADÍA, *El sistema normativo navarro*, en «A. H. D. E.», 40 (Madrid, 1970), 85-108.

(68) «Nuestro Código, decía Valverde, calcado en el Proyecto de 1851 e inspirado principalmente en los Códigos francés e italiano, es, no obstante, ser de los más modernos, uno de los más atrasados. Esta es una consecuencia lógica de nuestro sistema de legislar. Hemos perdido, por desgracia, nuestra personalidad en el mundo jurídico, y de tal manera hemos infiltrado a las generaciones del pasado siglo y del actual la idea de nuestra pequeñez, que con la mayor naturalidad despreciamos todo lo nuestro y admiramos irreflexivamente lo extranjero por el mero hecho de serlo». C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, Parte General (Valladolid, 1925), 48.

Aunque dichas imprecisiones a «nuestro sistema de legislar» no corresponden hoy a la realidad, creo que siguen siendo válidos sus puntos de vista acerca de que perderíamos «nuestra personalidad en el mundo jurídico», a base de

## VII. CONCLUSIONES.

La tarea compiladora del Derecho civil privativo de Navarra ha sido congruente con la esencia y exigencias de su peculiar sistema.

La Compilación se ha elaborado con perspectiva histórica y, a partir de ella, se afirman, sin mutilaciones, sus principios inspiradores.

Al menos con las Compilaciones una cosa se ha logrado, «comprobar que el Código civil, expresivo de la uniformidad en el Derecho privado, no es técnicamente superior a la variedad existente» (69).

Entiendo que esa unidad ha de hacerse a partir de las soluciones, de esos «repertorios de soluciones» de que dispondría el Derecho civil de España, y no a partir de un elenco apriorísticamente prefijado. Y así también los conflictos de Derecho interregional conducirán a una «armonía de soluciones», basada en la comparación y radicada en la vida. En último término, el bien común no excluye la variedad, sino que más bien se hace desde ésta (70).

A mi juicio, el método a seguir para dicho estudio comparativo de soluciones pudiera ser este:

1. Examinar qué soluciones a unos mismos problemas prevalecen y dominan en cada sistema; si su expansión corresponde a ser las más correctas, o al pie forzado del propio sistema que las acoge como tales: cómo se han introducido, por vía legislativa, costumbre, etc. De ese estudio dependerá el carácter que haya de darse en cada sistema a la interpretación; si son o no imperativas o dispositivas las normas que formulan una determinada solución, y, sobre todo, podrá disponerse de un fondo común de soluciones (71), de auténticas reglas de derecho reconocidas como tales por un Tribunal.

---

no mirar la riqueza de matices de los sistemas españoles. En tal sentido, entiendo que se abre una nueva panorámica para ese conocimiento más profundo del Derecho civil de España, a la luz del Código y las Compilaciones.

La expresión clásica de dicha fundamentación estatista puede verse en E. PARESCE, *Diritto, norma, ordenamiento*, en «Rev. Inale di Filos. di Diritto», XV (1935), 37.

(69) La unificación del Derecho privado, dice d'ORS, debe buscarse por la formación de una jurisprudencia común y no por la aspiración a una legislación uniforme, A. D'ORS, *Hacia un Derecho común*, Estrato de M. Rotondi: *Inchieste di Diritto Comparato*. Vol II (Padova, 1973), 176.

(70) Sobre el estudio comparativo de las Compilaciones, A. FUENMAYOR, *A revisión periodica do Codigo e das Compilacions civis*, separata do libro «Estudos do Derecho Civil de Galicia». Estamos hoy, dice, en un período de convivencia de los diferentes Derechos hispánicos y presidida por la idea orientadora de su futuro trasvase al nuevo Código civil; es precisa una honda renovación de nuestra ciencia del Derecho civil por medio del estudio comparativo del Código y de las Compilaciones, según una aspiración sentida desde antiguo y renovado a lo largo de los años.

(71) En ocasiones, al decidir sobre temas concretos, incidentalmente, la propia jurisprudencia expresa esa necesidad y hasta la da por ya introducida con extensión general. Así, por ejemplo, afirma como elaborada «la doctrina general de la interpretación «de los actos» en S. 30 de abril de 1971; en S. de 23 de noviembre de 1965 declara que «el engaño, el dolo o la violencia son de general

2. Por qué un determinado sistema abandona una solución compartida en los demás; incluso, de ese modo, podrá explicarse el porqué concreto de la influencia de modelos extranjeros: lo traído de fuera, acaso inspiración de momento, y lo nacido de las cosas mismas, la tradición, las reglas, las normas, los juicios (72).

3. La razón motivadora de la aplicación permanente de una determinada solución o, por el contrario, de su fugacidad nos permitirá penetrar en el transfondo institucional, familiar o social, que presta su vigor a una y se lo niega a otra.

---

aplicación en todos los tiempos y Códigos»; en S. 27 de mayo de 1967, con referencia a la legítima catalana, recoge los «remedios del nominalismo», entre ese fondo común ya logrado por los avances de la doctrina y de la jurisprudencia. En S. 31 de enero de 1968, recoge la doctrina del abuso del derecho y el concepto de institución de equidad, con relación a un caso de prescripción de servidumbre de luces en Cataluña (art. 283 de la Compilación).

(72) Jurisprudencia comparativa, «foral» y común. S. 25 de marzo de 1972: compara la mejora de labrar y poseer con el art. 1.056, y con instituciones análogas de las Compilaciones de Cataluña y Baleares.

S. 26 de febrero de 1971: compara el carácter orgánico de la institución del albaceazgo con el «Derecho común», art. 902. Sobre la necesidad de extraer de un estudio comparativo las líneas maestras del usufructo vidual, sus perfiles fundamentales conforme a la realidad viva, en su expresión consuetudinaria y según la práctica notarial. Vid. V. M. GARRIDO DE PALMA, *El usufructo universal de viudedad*, en «ADC», XXVI (1973), 501.



# El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra

FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA  
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Doble acepción y significado del sistema de tipicidad en los derechos reales.—2. *Status quaestionis* referida al Derecho español: A. Sistema del *numerus clausus*: a) Argumentos legales; b) Argumentos doctrinales.—B. Sistema del *numerus apertus*: a) Argumentos legales; b) Argumentos doctrinales.—3. Jurisprudencia y doctrina de la Dirección General de Registros.—4. Conclusiones.—5. El Libro III del Fuero Nuevo de Navarra; apreciación comparativa del sistema seguido.—6. Significado práctico de la tipicidad de los derechos reales; las «corralizas» y las «vecindades foranas» en la Compilación de Navarra.

1. De tipicidad se habla, con referencia a los derechos reales, en dos sentidos diferentes, por cuanto el segundo supone una mayor rigidez respecto del primero; se habla de tipicidad, bien en el sentido de que la voluntad privada no puede constituir nuevos tipos de derechos reales distintos de los regulados por la ley, bien en el de que la voluntad privada no puede contradecir ni modificar la disciplina legal que regula cada uno de aquellos tipos (1). Me parece oportuno aclarar, desde el principio, esta dualidad progresiva de acepciones, porque acaso pueda ser de alguna utilidad para el esclarecimiento de la vieja polémica entre el sistema del *numeros clausus* y del *numeros apertus*; acaso quepa hablar de un sistema de *numerus clausus* con disponibilidad del contenido normal de cada tipo.

Pero, además, en el régimen de los derechos reales —en cierto contraste con el de los contratos— el concepto de tipicidad y la técnica que comporta, sigue teniendo función práctica incluso más allá de las dos acepciones indicadas: incluso en un sistema de *numerus apertus*.

2. Limitando la referencia al Derecho español, la diversidad de opiniones se manifiesta también en un doble plano: de *iure condito*, en cuanto interpretación del sistema vigente, y de *iure condendo* o, al menos, del deber ser doctrinal; también esta distinción habrá de estar presente en la valoración de los respectivos argumentos, pues buena parte de

---

(1) En cierto sentido, *Typenzwang* y *Typenfixierung*; cfr. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 7.<sup>a</sup> ed., Munich, 1973, págs. 3 y 4.

los autores y varias RR. de la D. G. de Registros entienden que rige en nuestro Derecho el sistema de *númerus apertus*, pero que sería preferible el de *númerus clausus*, lo cual conduce a una interpretación restrictiva y a una aplicación cuidadosa de aquel sistema vigente.

En esquema muy simplificado, pueden ordenarse así tales argumentos:

#### A. SISTEMA DE «NÚMERUS CLAUSUS».

##### a) *Argumentos legales.*

1.º No hay en el Código civil ningún precepto que, con carácter general, permita a la autonomía de la voluntad configurar o crear derechos reales distintos de los regulados en el propio Código; rige para los derechos reales un sistema contrario al que establece para los derechos de crédito el art. 1.255 C. c. y, por ello, mientras pueden existir contratos innominados o atípicos, diversos de los que en el Código se mencionan y regulan, los derechos reales son formas típicas y, en términos generales, no existe la posibilidad de su libre creación.

2.º En principio al menos, la libertad contractual proclamada por el art. 1.255 C. c. es relativa: *inter partes*; y tiene, además de los límites establecidos en el propio precepto, el resultante de la naturaleza de las cosas; así, no puede pactarse la imposición de un derecho real sobre una cosa inmaterial.

3.º Los arts. 467, 523, 598, etc., permiten la alteración del contenido normal de los tipos establecidos por la ley, pero no la creación de tipos distintos y nuevos.

4.º Que el art. 2 Lh. permita la inscripción de los derechos por él nombrados y, además, «otros cualesquiera reales», significa una mención colectiva de verdaderos derechos reales típicos, existentes en nuestro ordenamiento, pero que no han sido mencionados expresamente en el precepto citado, quizá por las dudas a la sazón existentes sobre su naturaleza jurídica, aunque ya predominase su consideración como derechos reales (superficie, anticresis, retracto, tanteo, y opción) (2).

El art. 7 Rh. admite, en efecto, la inscripción de «cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio... o inherentes a derechos reales». Pero es de señalar que, conforme a este precepto, los que «no tienen nombre propio en Derecho», no son los derechos reales, sino los contratos que modifican «desde luego o en el futuro» el contenido de los derechos reales, los cuales sí tienen nombre propio: «las facultades del *dominio*» o las facultades «inherentes a *derechos reales*».

Ambos preceptos, por lo demás, son adjetivos y no prejuzgan una cuestión claramente sustantiva: si son derechos reales, son inscribibles.

(2) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 47 y siguientes.

Téngase en cuenta, además, que al Registro tienen acceso algunos derechos que no son reales (arrendamiento cualificado); y, por último, que, como recuerda Messineo, la tipicidad no supone que el legislador no pueda crear nuevos derechos reales —a los que también se referirían nuestros arts. 2 Lh y 7 Rh.— sino que es un límite a la autonomía de la libertad privada (3).

b) *Argumentos doctrinales.*

1.º Así como el derecho de obligaciones satisface las necesidades individuales, del derecho real se ha de servir el individuo tal y como ha sido modelado por las necesidades colectivas. El principio del *numerus cláusus* sirve de garantía, en cuanto representa una limitación del número de tipos de derecho real admitidos, con predeterminación de su contenido; supone sustraer a la autonomía de la voluntad la configuración del contenido de los derechos reales, que se estiman más importantes que otros derechos para el orden jurídico de las comunidades (4).

2.º De las características y función de los derechos reales se derivan para su régimen jurídico algunas tendencias o directrices; tanto por suponer una atribución duradera de bienes, como por la eficacia que alcanzan ante todos, el ordenamiento jurídico ha de rodear los derechos reales de ciertas prevenciones y garantías que se manifiestan especialmente en dos aspectos, en cuanto a su ostensibilidad o posibilidad de reconocimiento por todos, y en cuanto a la determinación de su contenido posible; las directrices más seguidas para cumplir estas prevenciones son las de someter los derechos reales a la publicidad y al principio del *numerus cláusus*. Los caracteres del derecho real hacen que no puedan considerarse como tales los resultados de pactos o convenciones, que, según el criterio de la ley, jurisprudencia y doctrina carezcan de los requisitos constitutivos de tal figura jurídica y que, a lo más, sólo alcanzan a tener trascendencia en perjuicio de terceros como carga o gravamen real, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real (5). La voluntad puede elaborar nuevos tipos de derechos reales, pero su configuración de tales sólo puede otorgarla la doctrina de la D. G. de Registros (6).

---

(3) *Manuale di diritto civile e commerciale*, II-1, 8.ª ed., Milán, 1952, páginas 417 y ss.

(4) Cfr. DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho civil.—III. Derecho de cosas*, Madrid, 1967, págs. 9 y ss.; MARTÍN PÉREZ, *La posesión*, Zaragoza, 1950, página 19; Ehrlich, citado por CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral.—II-1. Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 10.ª ed., Madrid, 1971, página 57; BAUR, *Op. cit.*, pág. 427; etc.

(5) Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 5.ª ed., Barcelona, 1948, página 204 (cfr., también, 6.ª ed., Barcelona, 1968, pág. 636); MARTÍN PÉREZ, *Op. cit.*, pág. 18.

6. SERVAT, *Derechos reales y pactos de trascendencia real*, en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1948, págs. 754 y ss.

«Los contratantes sobre un derecho real —escribía don Jerónimo González— no pueden modificar su esencia (por ejemplo crear un tipo especial de propiedad) ni transformar en cosa corpórea lo que no lo es, para establecer un derecho real (p. e., gravar la cuarta parte indivisa de un predio con servidumbre de paso), ni constituir un derecho independiente sobre una porción integrante de una cosa (p. e., transferir la propiedad de la piel de un tigre que sigue encerrado en un parque zoológico)» (7).

3.º Facilita la labor calificadora del Registrador, favorece los cálculos de terceros adquirentes y evita cargas ambiguas (8).

## B. SISTEMA DE «NÚMERUS APERTUS».

### a) *Argumentos legales.*

1.º Si en el Código no hay ningún precepto general permisivo de la creación de nuevos derechos reales, tampoco hay ninguno que lo prohíba.

2.º Por el contrario, la libertad contractual concedida por el artículo 1.255 confiere a la autonomía privada esta virtualidad creadora, siempre que dote a la nueva figura de los caracteres esenciales del derecho real. Aunque con referencia a los derechos reales —dice Albaladejo— no se formule expresamente un precepto general como el art. 1.255, tiene sin embargo el mismo principio claras aplicaciones concretas, como los arts. 467, 523, 598, etc.; por otra parte, al ser recogido el principio en materia contractual hace posible que por contrato se modelen figuras de derecho real distintas de las reguladas por la ley (9).

3.º El C. c. regula un número determinado de derechos reales; pero, en su regulación, deja un amplísimo margen a la autonomía de la voluntad (cfr. arts. 392, 467, 523, 594 y 598). Así, la conocida S. 30 noviembre 1908 considera como servidumbre personal *ex art.* 531 el derecho concedido a una persona o las que ésta designase, de ocupar el balcón o ventana de una casa para presenciar los festejos que se celebran en la plaza mayor de la localidad.

4.º Del art. 2 Lh. y 7 Rh. se deduce inequívocamente, el sistema de *numerus apertus* en el Derecho positivo español.

### b) *Argumentos doctrinales.*

1.º Si es cierto que los derechos reales interesan a la comunidad y no sólo a los particulares que los establecen, lo es sólo hasta cierto pun-

(7) *Estudios de Derecho hipotecario*, Madrid, 1924, págs. 28 y ss. (también, *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, III, Madrid, 1948, págs. 173 y siguientes).

(8) R. 21 diciembre 1943 y otras; aun reconociendo, de *iure condito*, el sistema *numerus apertus*. Cfr., también, SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la propiedad en el Código civil suizo comparado con el Derecho español*, 1934, página 165.

(9) *Derecho civil*.—III. *Derecho de bienes*.—1. *Parte General y derecho de propiedad*, Barcelona, 1974, pág. 26; cfr., también, Díez PICAZO, *Op. cit.*, pág. 9.

to y no puede enervar el sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el reconocer la libertad de cada uno de imponer sobre sus bienes los derechos que apetezca. No se trata, por lo demás, de que esta libertad carezca de todo límite, sino de que estos límites sean sólo los necesarios. El crear derechos reales depende de la voluntad en el sentido de que los particulares pueden querer un poder directo e inmediato sobre la cosa aunque no esté regulado en la ley, mas no de que puedan querer como derecho real un poder que objetivamente no sea directo e inmediato sobre la cosa (10). Ello supuesto, la no desviación de los tipos normales debe ser, no impuesta por la ley, sino libremente practicada por el tráfico jurídico (11).

2.º La facilidad que el *númerus clausus* proporciona a la función calificadora de los Registradores, no es argumento; es algo así como sostener que para evitar las dificultades que a los Tribunales puedan ocasionarse para fijar con exactitud la naturaleza de los contratos que se les someten, hubiese también un *númerus clausus* de éstos (12).

3.º ¿Para qué sirve, prácticamente, el *númerus clausus* si casi todos los derechos reales pensables cabe establecerlos, no como nuevos, sino como uno de los subtipos o variedades de los elásticos tipos de los derechos reales «oficiales» que acogería la ley? (13).

3. La jurisprudencia y, sobre todo, la doctrina de la D. G. de Registros, parece responder a los siguientes presupuestos: a) En Derecho español rige el sistema *númerus apertus*; b) es más conforme con la naturaleza y con los caracteres del derecho real el sistema de *númerus clausus*; c) aquel sistema debe interpretarse restrictivamente y aplicarse cuidadosamente; d) el sistema de *númerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica con el carácter y los efectos de un derecho real:

«La doctrina condensada en la frase *númerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real, no significa que la voluntad pueda configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles» (R. 11 abril 1930; cfr., también, SS. 23 noviembre 1934 y 4 junio 1964 y RR. 23 noviembre 1934, 13 mayo 1936, 22 febrero y 21 diciembre 1943, 4 mayo 1944, 27 marzo y 27 octubre 1947, 20 septiembre 1949, 31 mayo 1951, etc.).

«Aunque la legislación vigente no contiene una categoría agotadora de derechos reales y, por consiguiente, pueden los interesados regular otros de igual naturaleza que los enumerados por la ley o modificar éstos, la manifestación de voluntad que determina tales derechos reales inscritos ha de llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos» (R. 1 marzo 1939).

(10) Cfr. S. 4 junio 1964 y R. 21 septiembre 1966.

(11) ALBALADEJO, *Op. cit.*, págs. 28 y ss.

(12) ALBALADEJO, *Op. y loc. cit.*

(13) ALBALADEJO, *Op. y loc. cit.*; cfr., también CASTÁN, *Op. cit.*, pág. 56.

«La escritura calificada no configura un derecho que reúna los requisitos y caracteres de los derechos reales sobre cosa inmueble, sino más bien contiene una declaración unilateral obligatoria sin trascendencia real que para ser inscrita al amparo del criterio de amplitud admitido por el art. 7 Rh., tropieza con la reiterada doctrina de la jurisprudencia de este Centro, que no autoriza a constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos del derecho real» (R. 1 agosto 1959; también, 7 julio 1949, 29 marzo 1955 y 20 septiembre 1966).

4. A la vista de los términos en que se halla planteada la polémica y teniendo en cuenta la doble acepción que advertíamos del término tipicidad, acaso pudiera concluirse que el Código civil sigue el sistema de tipicidad con disponibilidad del contenido normal de los tipos legales. Sistema de *númerus clausus* en cuanto a la imposibilidad de crear nuevos tipos, figuras estructuralmente distintas de las reguladas en la ley; y sistema de *númerus apertus* en cuanto a la posibilidad de modificar negocialmente el contenido normal u ordinario de cada una de las figuras legales.

Para reducir la oposición que a primera vista aparece entre los dos sistemas —dice Martín Pérez— debemos tener en cuenta lo que realmente significan los llamados tipos de derecho real: tomemos como ejemplo la servidumbre; y encontramos un derecho real que puede admitir una gran diversidad de contenidos; vemos cómo el art. 594 C. c. nos dice que «todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público»; la servidumbre puede asumir cualquier contenido, por tanto; y entre estos contenidos unos tienen «nombre en Derecho» y regulación en el Código (servidumbre de paso, servidumbre de aguas, etc.), mientras que otros serán libremente configurados por las partes en uso de las facultades que se les concede. Y lo que existe para la servidumbre lo encontramos igualmente para el usufructo, pues, según el art. 467 C. c. «el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa»; parece, pues, que hasta la más fundamental prescripción del usufructo, conservación de la forma y sustancia de la cosa usufructuada, puede ser modificada por la autonomía de la voluntad de las partes. Pudiera entenderse que la libertad de creación que parece establecerse en el art. 2 Lh. y 7 Rh., es interna, de variedad de contenidos innominados dentro de cada tipo, mejor que de creación de tipos nuevos (14).

Sin duda que ello supone una notable relajación del sistema *númerus clausus* y una aproximación de ambos sistemas.

Acaso por esta consideración, la doctrina más reciente encara este problema con un cierto agnosticismo. Puede afirmarse —escribe Roca

(14) MARTÍN PÉREZ, *Op. cit.*, pág. 22.

Sastre que también en nuestro Derecho positivo viene a regir prácticamente la regla del *numerus clausus*, aunque formalmente se diga que impera la del *numerus apertus*. En el fondo, un juego de palabras (15). Albaladejo, desde una posición doctrinal originariamente contraria, concluye: ¿Para qué sirve prácticamente el *numerus clausus*, si casi todos los derechos reales pensables cabe establecerlos, no como nuevos, sino como uno de los subtipos o variedades de los elásticos tipos de los derechos reales «oficiales» que acogería la ley? Y éste es realmente uno de los más eficaces razonamientos, no ya contra la tesis del *numerus clausus*, sino contra la discusión *apertus-clausus*, discusión que casi hay que suprimir por inoperante en la práctica; y en la que, en todo caso, no se comprende cómo ciertos defensores del *numerus clausus* no vean la casi inutilidad de su tesis por la razón dicha, ni vean tampoco la incoherencia de defenderla sin, a la vez, pedir la supresión de la autonomía (proclamada en el Código) de la voluntad en la modificación de los prototipos de los derechos reales que la ley acoge (16).

Con todo, y a lo que entiendo, alguna utilidad comporta el sereno examen de la cuestión y la muy relativizada conclusión de la tipicidad con disponibilidad del contenido. Con ella, se conserva la imposición de respeto a una categoría estructural amplia, con posibilidad de combinaciones internas; lo cual supone, también, la determinabilidad subsidiaria del contenido, que será el legalmente establecido en todo cuanto no haya sido modificado por la voluntad privada, con lo cual se salvaguarda en buena parte el fundamento y finalidad del sistema *numerus clausus*.

Pero esta suerte de agnosticismo terminal de la vieja polémica, me hace pensar si su planteamiento no adolece de algún defecto originario. Posiblemente en la polémica doctrinal haya habido una excesiva polarización comparativa con el art. 1.255 C. c., la libertad contractual y los contratos atípicos; y ello, tanto en una tesis cuanto en la opuesta. Se dice: Así como en los contratos es amplísimo el margen concedido a la autonomía de la voluntad, porque sólo producen efectos *inter partes* y componen intereses privados, en materia en derechos reales aquel margen es más reducido, tiene que serlo por su eficacia *erga omnes* y su incisión en el interés colectivo; o bien: si los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas, y condiciones que tengan por conveniente, es evidente que pueden utilizar esta libertad contractual para modelar figuras de derecho real distintas de las reguladas por la ley; etc. Pero en la propia naturaleza del contrato y del derecho real existe una diferencia que, a lo que entiendo, no puede ser superada por la ley ni por la doctrina. Conforme a la naturaleza del contrato, la atipicidad no tiene, en principio, más límites que los de la imaginación humana; vendrán luego los límites —leyes, moral, orden público— impuestos por razones de política legislativa; pero, incluso los contratos inmorales, p. ej., son posibles, aunque no sean legales ni lícitos. Y no hay ningún contrato

(15) *Op. cit.*, pág. 637 de la 6ª edición.

(16) *Op. cit.*, pág. 30.

—ni siquiera la compraventa— que compendie las posibilidades sucesivas: los derechos y obligaciones originados por el contrato de compromiso no se hallan, ni en germen, en el de compraventa. En cambio en el ámbito de los derechos reales, al margen de las limitaciones legales (cfr. art. 348 C. c.) o impuestas por el Derecho natural o la moral social —función social de la propiedad— existe otro límite impuesto por su propia naturaleza: las virtualidades de goce y aprovechamiento inmediato y directo que los bienes son susceptibles de proporcionar a su titular. Así, el dominio se erige por la naturaleza misma de las cosas, en paradigma de los derechos reales que, de algún modo, encuentran en él su referencia obligada. No significa este modo de plantear la cuestión la adhesión a la concepción del dominio como un haz de facultades aisladas; reconociendo su abstracción y su elasticidad me parece evidente que, incluso los derechos reales tipificados por la ley, en el fondo no suponen sino un modo de disponibilidad —legal en este caso— del normal contenido del dominio.

La secular elaboración y la evolución del Derecho civil, al compás de las necesidades del tráfico y de su normal satisfacción, han ido decantando, en cada ordenamiento, amplias categorías estructurales de contenido, a su vez, disponible y que, recogidas y reguladas por la ley, constituyen los tipos.

De este modo sí, por una parte, la disponibilidad del contenido de los tipos legales relativiza la rigidez del sistema *númerus clausus*, por otra, la amplitud del *númerus apertus* queda también relativizada por la existencia de un *derecho-tipo*, el dominio, que compendia y refiere todos los demás derechos reales; por la estructura del mismo que, pese a su abstracción y elasticidad, limita y condiciona de alguna manera las posibilidades de la autonomía privada y, a la vez, la actividad tipificadora del tráfico que, a la larga, redundará en la tipicidad legal; y por la propia naturaleza y caracteres de los derechos reales, que no pueden ser contradichos por la voluntad privada.

Nótese que esta última observación no sólo relativiza la amplitud del sistema *númerus apertus*, sino que mantiene dentro de él la función útil de la tipicidad.

Con lo que puede pensarse que, en cualquiera de los sistemas, *númerus apertus* o *números clausus*, lo que sigue teniendo una función técnica, más o menos brillante, más o menos decisiva, pero práctica, es la tipicidad: la existencia de unos tipos estructurales amplios, acuñados primero por el tráfico y después —todos o algunos— por la ley, adecuados a la naturaleza y a los caracteres del derecho real, en el ámbito de las posibilidades del dominio y que, en exclusiva —*númerus clausus*— o dejando algún margen, no muy amplio por lo dicho —*númerus apertus*—, a la autonomía privada, ayudan a determinar la naturaleza, el contenido y sus límites de situaciones reales dudosas y, con ello, la regulación básica y el régimen supletorio de las mismas.

Creo que esta función práctica de la tipicidad tiene algunas manifestaciones interesantes en la Compilación de Navarra.



5. La Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, de 1 de marzo de 1973, dedica su Libro III, bajo la rúbrica *de los bienes*, a tratar «de la propiedad y posesión de las cosas» (Título I: leyes 346 a 369), «de las comunidades de bienes y derechos» (Título II: leyes 370 a 392), «de las servidumbres» (Título III: leyes 393 a 407), «del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares» (Título IV: leyes 408 a 426), «del derecho de superficie y otros derechos similares» (Título V: leyes 427 a 444), «de los retractos y otros derechos de adquisición preferente» (Título VI: leyes 445 a 462), y «de las garantías reales» (Título VII: leyes 463 a 487); los restantes títulos del Libro III tratan de las obligaciones.

Una primera atención al contenido de estas leyes da la impresión de que la Compilación de Navarra se adscribe con mayor decisión que el Código civil al sistema de *numerus apertus*; que, en su planteamiento, va implícita la libre existencia de derechos reales atípicos.

La ley 365, al clasificar las limitaciones de la propiedad, dice que «son impuestas por la ley o de *carácter voluntario*, como las servidumbres u *otros derechos reales* constituidos sobre cosa ajena».

En cuanto a las comunidades de bienes y derechos que regula el Título II, la ley 371 establece como fuentes de su régimen «el título de constitución» y, en su defecto, «*los usos y costumbres*» y «las disposiciones del presente Título»; y, después de regular la comunidad proindiviso —régimen que la misma ley 371 establece como supletorio de las comunidades especiales y de las corralizas, por ser aquélla la forma más ordinaria de comunidad— regula las comunidades especiales (Capítulo III: leyes 376 a 378; comprende las pertenencias comunes (17), la comunidad en mano común y la comunidad solidaria), las corralizas (Capítulo IV: leyes 379 a 383), las facerías, helechales, dominio concellar y vecindades foranas (Capítulo V: leyes 384 a 392). Pues bien, respecto de la comunidad proindiviso, expone la ley 373 que «los titulares pueden *modificar el régimen* de la comunidad *mediante convenio*, que valdrá entre ellos como contrato de sociedad»; la ley 377 regula «la comunidad en mano común que *exista por costumbre* o establecida *por voluntad de los constituyentes*»; y la 378 establece que «la comunidad en la propiedad o en cualquier derecho real a favor de varios titulares será solidaria *cuando así se disponga en el título de su constitución*» (18).

La ley 380 dispone que las corralizas se regirán «*por el título y los usos*, en su defecto, *por la costumbre* local o general», y la 381 dispone que «el derecho de pastos en la corraliza se entenderá limitado, a no

(17) Al servicio de varias fincas: paredes, muros, cercas o vallados medianeros, molinos, hornos, eras, pozos, norias, acequias y *belenas* o *etxeoartas*.

*Belena*: callejón, hueco o pasadizo entre casas, corrales o huertos; patio entre casas, de uso público; patio interior del común disfrute de dos o más casas, cerrado al tránsito público (IRIBARREN, *Vocabulario navarro*, Pamplona, 1952, página 78). *Echecoarte*: hueco entre dos edificios; espacio angosto entre dos casas (*Ibidem*, pág. 203).

(18) Negado, para el Derecho del C. c., por la R. 20 diciembre 1946.

*haber pacto, uso o costumbre en contrario*, al tiempo en que estuvieren levantadas las cosechas y deberá ejercitarse respetando las sobreaguas y los terrenos riciados» (19).

Según la ley 384, «la facería consiste en una servidumbre recíproca entre varias fincas de propiedad colectiva o privada» y se rigen «*por el título, pactos o concordias* que hubiese establecidos, por las disposiciones de esta Compilación a ellas referentes y, en lo no previsto, por lo dispuesto *para las servidumbres y las comunidades en su caso*». Según la 386 «la comunidad facera consiste en la concurrencia de varios titulares dominicales que constituyen una comunidad para un determinado aprovechamiento solidario» y dispone que «se registrá por lo dispuesto en las leyes 377 (comunidad en mano común) y 378 (comunidad solidaria) en cuanto no se opongan a lo establecido en este capítulo». La ley 388 define los helechales como «los derechos de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helecho de montes comunales». La 391 dispone que «el patrimonio forestal y cualesquiera otras propiedades, aprovechamientos o derechos pertenecientes a las Juntas Generales de los Valles del Roncal y Salazar, y que estén destinados a satisfacer necesidades colectivas de sus vecinos, son de dominio concellar» y que «se regulará por las ordenanzas, acuerdos legalmente adoptados, *convenios y costumbres locales*». Y la 392, que «la participación en el disfrute de los bienes comunales, concedida por los municipios como vecindad forana, aún constituida por título administrativo, tiene naturaleza civil y carácter de derecho real» (Capítulo V: leyes 384 a 392).

La ley 393 define las servidumbres como «los derechos reales establecidos sobre una finca en beneficio de otra colindante o vecina, y que consisten en el ejercicio de *un determinado uso* de élla, o en la limitación *de cualquiera de las facultades del propietario*»; negativamente, aclara la ley 394 que «no son servidumbres: 1. Las limitaciones legales por razón de vecindad.—2. Los derechos de uso o aprovechamiento establecidos en favor de una persona sobre finca ajena, con independencia de toda relación entre predios, los cuales se registrán por lo establecido en el Capítulo II del Título IV de este Libro» (habitación, uso y otros derechos similares). Pueden constituirse por actos inter vivos o mortis-causa (ley 396), bajo término o condición (ley 395). La ley 400 regula la posible ampliación de la servidumbre de paso; y la 401 la modificación.

En el título IV la ley 408 declara que «el derecho real de usufructo

---

(19) Se entiende por sobreaguas la prohibición de penetrar los ganados que pastan en una corraliza en las fincas particulares enclavadas dentro de la misma después de haber llovido y cuando hubiese corrido el agua por los canales del término durante media hora. Esta prohibición solía ser de dos o tres días después de la lluvia, según fuera en verano o en invierno (IRIBARRREN, *Vocabulario*, cit., pág., 471). Terreno riciado: el que conserva las plantas de cereales después del tiempo de la recolección, cuando no se ha efectuado ésta por la escasez de fruto; cuando el terreno riciado forma parte de una corraliza, suele labrarse la tierra seguidamente, para recoger la cosecha del año siguiente, contra lo que ocurre de ordinario con dichas tierras, que son de año y vez, quedando *de lieco* para el disfrute de pastos el año que no se cultivan (*Ibidem*, pág. 449).

concede a su titular, por tiempo limitado, las facultades dominicales con exclusión de la de disponer de la cosa objeto del usufructo y la 411 dispone que «el usufructo será vitalicio, salvo que *conste haberse constituido* por tiempo determinado». En la ley 417, las reglas sobre el usufructo de montes se establecen «salvo que el *título* de su constitución ordenare otra cosa» y se acomodan «a los *usos* del lugar» (Capítulo I: leyes 408 a 492). La ley 423 dispone que «los derechos de habitación, uso u *otros similares* de aprovechamiento parcial de cosa ajena se rigen por lo establecido en el *título* de su constitución y, en su defecto, por las disposiciones siguientes». La 424 presume la constitución del derecho de habitación «a no ser que el *título* hubiese *limitado* el derecho». Y la 425 se refiere al «uso y *otros derechos*» (Capítulo II: leyes 423 a 426).

En el Título V, la ley 427 establece la presunción de «que lo unido inseparablemente al suelo accede a la propiedad de éste», pero añade que «puede existir *un derecho real* sobre lo edificado o plantado en suelo ajeno, *como derechos de superficie*, de sobreedificación o subedificación, de propiedad horizontal y de plantación». Según la ley 430 «el derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido. Este derecho puede referirse también a edificación subterránea»; y, respecto a las cargas, la ley 431 respeta el «*pacto en contrario*» (Capítulo II: leyes 430 a 434). La ley 435 describe «los derechos reales de sobreedificación y subedificación» como aquellos que «conceden a su titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste, respectivamente, en un edificio ya existente o que se construyere con posterioridad». Y también las leyes 437 y 438 respetan el pacto en contrario respecto de su extinción, y la 440 respecto de la declaración de obra nueva (Capítulo III: leyes 435 a 442). La ley 443 determina que «podrá constituirse un derecho real de plantación en suelo ajeno. En tal caso, pertenece al concesionario la propiedad de la plantación separadamente del dominio del suelo» (Capítulo IV: leyes 443 y 444).

En el Título VI la ley 445 declara que «los derechos de tanteo y retracto legal y los *demás derechos reales de adquisición* limitan el poder de disposición del dueño de la cosa y facultan a su titular para adquirirla, con preferencia a terceros, en caso de transmisión onerosa». Después, la ley 451 describe el retracto gracioso en los siguientes términos: «En todos los casos de ejecución patrimonial, el deudor ejecutado podrá retraer los bienes definitivamente adjudicados, en el plazo de nueve días, mediante el pago del precio y gastos de legítimo abono» (Capítulo II: ley 451); la 452, el gentilicio: «El retracto gentilicio, familiar o de sangre, podrá ejercitarse para rescatar determinados bienes inmuebles o cuotas indivisas de éstos» (Capítulo III: leyes 452 a 459). La ley 460 dispone que «los «derechos de opción, tanteo y retracto voluntarios tendrán carácter real *cuando así se establezcan*» y que «serán inscribibles en el Registro de la Propiedad u otros Registros que corresponden en razón de su objeto» (Capítulo IV: leyes 460 a 462). Toda-

vía, dentro del Título XIV, la ley 576 describe un derecho real de recuperación: «por el contrato de venta con pacto de retro o a carta de gracia, el vendedor se reserva el derecho real de recuperar la cosa vendida mediante el reintegro del precio recibido, los gastos del legítimo abono y las impensas necesarias y útiles».

Finalmente, en el Título VII se regulan las garantías reales; algunas de las que enumera la ley 463 suponen derechos reales típicos de realización de valor —prenda (leyes 468 y ss.), hipoteca (ley 464), anti crisis (ley 471)— o de recuperación —pacto de retro (ley 475)—; otras son un modo de adquirir frente a terceros el dominio o la titularidad formal de un derecho —fiducia (ley 466)—, o suponen un pacto de trascendencia real accesorio de una obligación principal —arras (ley 467)—, o una retención posesoria —derecho de retención (ley 473), depósito en garantía (ley 474)—, o bien limitaciones del contenido normal del dominio —prohibiciones de disponer (leyes 481 y 482)—, o una alteración en el efecto transmisivo de la compraventa —reserva de dominio (ley 483)—, o en su mecanismo de resolución —pacto comisorio (ley 486)—.

Analizando con cierto detenimiento el contenido de estas leyes, en relación con lo expuesto (*supra* núm. 4), creo pueden deducirse las siguientes observaciones:

a) Dentro del modesto papel que la efectiva «aproximación de sistemas» asigna a la decisión de si un sistema es de *númerus apertus* o de *númerus clausus*, parece evidente que la Compilación de Navarra responde al primero. Ello, por otra parte, es perfectamente coherente con el principio de libertad civil —«esencial en el Derecho navarro»— proclamado en la ley 8 y con el de prevalencia de la voluntad privada —«paramiento fuero vienze»— proclamado en la 7 (20).

b) Pero el principio de libertad civil y la autonomía de la voluntad tienen —en el navarro como en cualquier ordenamiento jurídico— un significado muy distinto en materia real que el que tienen en materia obligacional y que se deriva de la naturaleza misma de las cosas: y así, no cabe configurar negocialmente un derecho real innominado que no esté positiva o negativamente compendiado en el dominio.

c) Tampoco en nuestro Derecho, la adopción del sistema de *númerus apertus* hace ociosa la tipicidad de los derechos reales. La Compilación es —cuantitativamente al menos— de mayor tipicidad que el Código. De una parte, la tradición jurídica navarra ha permitido decantar en la Compilación un mayor número de tipos, tanto de la estructura del condominio —en mancomún, solidario— cuanto de los derechos reales limitados —helechales, vecindades foranas—. De otra parte, la época de su formulación ha permitido a la Compilación tipificar figuras usuales —de previa tipificación social o negocial— no privativas de Navarra y lucrar la elaboración científica a ellas referen-

---

(20) Cfr. SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, II, Pamplona, 1972, págs. 307 y ss.

te —derechos de adquisición preferente, superficie, sobreedificación, subedificación—.

d) También en el aspecto cualitativo es la Compilación más rigurosa que el Código, al limitar, por ejemplo, el tipo servidumbre a las prediales, excluyendo de su régimen inadecuado los derechos reales de uso o aprovechamiento establecidos en favor de una persona sobre finca ajena, con independencia de toda relación entre predios. Por otra parte, se diferencian también del tipo de servidumbre predial, lo que no son sino normas reguladoras de relaciones de vecindad. Por último, la Compilación distingue los retractos legales del retracto convencional con estructura semejante a la de aquéllos y que sólo como subespecie posible, contiene la retroventa: en efecto, la ley 460, en su párrafo segundo, dispone que los derechos de opción, tanteo y retracto voluntarios «pueden constituirse por actos *inter-vivos* o *mortis-causa*, a título oneroso y lucrativo, bien por constitución directa mediante enajenación o concesión, bien mediante reserva o retención en un acto de transmisión de la propiedad»: distingue, a su vez, el pacto de retroventa que tenga función de garantía, la cual, incluso, se presume en determinados supuestos (ley 475, párrafo segundo).

e) Aparecen en la Compilación —especialmente en el Título VII del Libro III— perfectamente diferenciables los derechos reales y los pactos con trascendencia real que significan una limitación o una carga del dominio, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real (21): fiducia, condiciones resolutorias, arras, pacto comisorio, condiciones revocatorias, retracto en función de garantía, retención, depósito, prohibiciones de disponer, etc. La manifestación que en este campo tiene la autonomía de la voluntad no afecta, propiamente, al sistema de la tipicidad de los derechos reales.

f) La tipicidad sigue jugando el papel práctico que, compatiblemente con el sistema de *numerus apertus*, le sigue correspondiendo: la cognoscibilidad de los derechos reales en sus grandes líneas estructurales y la aplicación supletoria del régimen jurídico del tipo correspondiente.

6. Una manifestación que juzgo interesante de esta funcionalidad práctica de la tipicidad en los derechos reales, la ofrece el Derecho navarro al confrontar dos figuras genuinas de su ordenamiento y que, prescindiendo de su respectiva referencia al tipo, podrían confundirse en cuanto a su tratamiento: las corralizas y las vecindades foranas.

Efectivamente, en su manifestación actual y en su contenido económico y agronómico más común, ambas instituciones son semejantes; consisten normalmente en un «derecho de hierbas y aguas» (naturales) sobre terrenos muchas veces comunales. Es más, yo pienso que antes de existir y generalizarse en Navarra las corralizas, comenzó a designarse usualmente con este nombre a las vecindades foranas —deno-

---

(21) Cfr. ROCA SASTRE, Op. cit., II, pág. 636.

minación que había ido perdiendo todo su significado histórico— y que fue el contenido normal de aquéllas el que inspiró denominar así a las corralizas cuando—como institución mucho más tardía—comenzaron a establecerse, primeramente por los Ayuntamientos y sobre terrenos comunales.

Ambas figuras, empero, tienen —expuestos en esquema— los siguientes rasgos diferenciales:

#### A. El origen.

a) El de las vecindades foranas se encuentra vinculado —en las más remotas raíces del Fuero General— con los privilegios de la hidalguía en relación con el contenido patrimonial de la vecindad en su sentido normal de residencia.

Los vecinos de cada pueblo concurrían, ordenadamente y según su clase, al goce de los pastos comunales y, en su caso, de los límites a su término («fazeros»); en esta concurrencia, los vecinos que fuesen hidalgos o infanzones tenían diversos beneficios y privilegios: cercar dehesas para el pasto de sus caballos, en determinadas condiciones y tiempos (Fuero General, 6, 1, 1); percibir doble porción de leña que los villanos con licencia de los labradores (F. G., 6, 2, 1, y Novísima Recopilación 1, 20, 10), etc. Por otra parte, si los hidalgos tenían en un pueblo que fuera de realengo o abadengo casa o casal y tierra equivalente a una vecindad «entegra» —en el sentido sucesorio—, aunque no residieran en el pueblo, podían pacer en él sus ganados (F. G., 3, 17, 17 y 3, 7, 8; también 6, 1, 18).

A este derecho de concurrencia privilegiada en el aprovechamiento comunal, por parte de infanzones o hidalgos no residentes, pero que tuviesen en el lugar de realengo o abadengo casa o casal, llamóse descriptivamente «vecindad forana»; privilegio que algunos pueblos debieron conceder, más o menos legítimamente, como donación remuneratoria a personalidades que habían hecho algún señalado beneficio o servicio al lugar: honor y ventaja patrimonial: ser vecino, aunque se fuese forastero («forano»); y, en tal concepto, concurrir con sus propios ganados al disfrute de los pastos comunales, con porción de hidalgo.

Pasaron los años; y, como no podía suceder de otro modo, comenzaron los abusos de los foranos y las consiguientes tensiones con los vecinos residentes, las tensiones se agravaron cuando los residentes —principalmente labradores— comenzaron a roturar la tierra y, más todavía, cuando comenzó la aplicación de los abonos minerales que relativizaba la importancia del abono dejado por el ganado.

En la Novísima Recopilación, bajo la rúbrica «de las vecindades y pastos» (1, 20), se incluyen una serie de leyes que evidencian alguna de aquellas tensiones y de sus consecuencias: la posibilidad de gozar vecindad forana aunque no se tenga casa o casal y sin que los residentes puedan hacerles vedado alguno a quienes llevasen más de cuarenta años en tal disfrute (Leyes 3, 4 y 5): la precisión de que los ganados

de los foranos podían pastar en suelo vecinal sin más requisitos que el de ser libre y franco (Ley 6); la obligación de la guarda concejil de tales ganados (Ley 9); la posibilidad de juntar ganados de los foranos (Ley 12); la prohibición, a los vecinos residentes, de «hacer concierto de no arrendar a los foranos sus cubiertos y corrales» (Ley 14); la extensión del derecho de pastos de los foranos a los términos faceros (Ley 15); la prohibición de que los residentes, sin consentimiento de los foranos, concediesen contra precio nuevas vecindades foranas (Leyes 16 y 18); etc.

En cualquier caso, el origen de las vecindades foranas es siempre público; hoy lo llamaríamos administrativo: es una concesión de los municipios, del señor del mismo o del común de vecinos del pueblo.

LACARRA, atento a este origen histórico, sitúa la vecindad forana dentro del género próximo vecindad privilegiada: era ésta la residencia personal que, para los hidalgos, llevaba aneja «la facultad de hacer dehesas vedadas» y «disfrutar de los pastos» bajo ciertas condiciones: tenían doble porción en leñas y roturas que labradores, pero no podían cortar árboles ni roturar «sin permiso de los mismos»; esta «vecindad privilegiada» alargó su virtualidad hasta la que pudiéramos llamar «privilegiada y simbólica»: aunque el hidalgo no residiese en el pueblo, si éste era de realengo o abadengo y tenía en él casa o casal cercado de seto, mantenía el derecho a concurrir en los aprovechamientos comunales: «de ésta proceden —concluye LACARRA— las que después se llamaron vecindades foranas» (22).

Este derecho, en los documentos anteriores al siglo XVIII, aparece siempre denominado como «vecindad forana»; con posterioridad, se le denomina simultánea e indistintamente «vecindad forana», o «corraliza»; predominando en los documentos del siglo pasado esta segunda denominación.

b) Frente al origen de las vecindades foranas, el de las corralizas es mucho más reciente: LACARRA lo refiere a la primera guerra carlista y a la guerra de la independencia (23). DE ARIN y DORRONSORO sitúa su origen a finales del siglo XVIII (24). Y AIZPÚN TUERO dice que en el siglo XIX se encuentra ya utilizada esta palabra en su actual sentido y con generalidad que hace pensar en que llevaba algún tiempo, quizá mediado el siglo XVIII, con este significado (25).

En su origen debieron influir, a mi juicio — sin que pase de simple conjetura— los modos de aprovechamiento comunal y la existencia de vecindades foranas, acaso ya llamadas corralizas. Las hierbas del monte comunal servían para pastar los ganados concejiles; las sobrantes —incluidas, seguramente, las de fincas particulares enclavadas en

(22) *Instituciones de Derecho civil navarro*, ed. 1965 revisada por LACARRA DE MIGUEL, e integrada en la «Biblioteca de Derecho Foral», VI, pág. 77.

(23) *Op. cit.*, pág. 279.

(24) *Estudio jurídico-social de las corralizas, servidumbres, etc.*, Segovia, 1930, págs. 8 y 19.

(25) *Comunidades de bienes, sacernas, vecindades foranas, servidumbres*, en «Curso de Derecho Foral Navarro», Pamplona, 1958, pág. 80.

comunales— se arrendaban a los ganaderos: a este arrendamiento se debió llamar ya «corraliza» (26). Según FLORISTAN, aun con la permanente protesta de los ganaderos, que lograron el dictado de algunas leyes favorables, se hicieron pequeñas presuras y escalios, muchas veces como ocupación transitoria y de naturaleza comunal, sin que significase, por tanto, adquisición de dominio privado sobre la tierra roturada; otras, sin embargo, se fueron transmitiendo por herencia los terrenos comunales roturados, permaneciendo comunales las hierbas y aguas de los mismos (27). En estas condiciones, las primeras manifestaciones legítimas —no abusivas, como las anteriores— de las corralizas debieron tener también origen administrativo, pero no público; y por vía de contrato, no de concesión. El empobrecimiento de los erarios municipales a consecuencia de aquellas guerras o de costosas obras regionales o municipales —diques de contención, principalmente— y la aplicación de leyes desamortizadoras, dieron lugar a que muchos pueblos de la Navarra media y de la Ribera trataran de resarcirse de los extraordinarios gastos mediante la venta de terrenos o aprovechamientos comunales; y como acaso el objeto de venta fuese originariamente el derecho de hierbas —o, en la de terrenos, se reservara este derecho comunal—, al derecho nacido de esta enajenación, se le siguió llamando «corraliza», por mimetismo con las vecindades foráneas y con los arrendamientos de las hierbas comunales. Mas la enajenación no fue obra exclusiva de los Ayuntamientos; a las veces, enclavados en terrenos de propios o comunales, existían fincas particulares sobre las cuales se constituía también el derecho enajenado. En otras ocasiones eran los mismos particulares quienes realizaban la enajenación sobre fincas de su dominio.

En estas condiciones ya se comprende la diversidad de contenido que ofrecen las corralizas. En las merindades de Tafalla y Estella se vendieron, generalmente, los derechos de hierbas y aguas; en la de Tudela, muchas veces, el dominio del suelo, aunque con reserva de derechos vecinales (pastos, leña, etc.) (28). Así las corralizas son, algunas veces, un dominio gravado con derecho de aprovechamientos comunales; otras, un condominio especial, indivisible, resultante de la concurrencia de derechos de distinta naturaleza: principalmente el derecho de hierbas y el de siembra; otras, en fin, se trata sólo de un derecho de pastos.

LACARRA describe este derecho en los siguientes términos: se compone de terrenos yermos y cultivados, formando estos últimos fincas pertenecientes a distintos propietarios; en tal caso, el dueño o arrendatario de la corraliza puede disfrutar de las hierbas y aguas del te-

(26) Cfr. SALINAS QUIJADA, *Op. cit.*, pág. 530.

(27) *La Ribera tudelana de Navarra*, Zaragoza, 1951, págs. 88 y 89.

(28) FLORISTAN, *Op. cit.*, pág. 89; cfr. también *La desamortización de bienes pertenecientes a corporaciones civiles y al Estado de Navarra*, separata del volumen homenaje al excelentísimo señor don Amando Melon y Ruiz de Gordejuela, Zaragoza, 1966, págs. 113 y 114.



rreno erial en todo tiempo y de las hierbas de la finca en cultivo después de levantadas las cosechas, respetando las sobreaguas y el terreno riciado... El disfrute de las hierbas figura en las escrituras de venta hechas por los Ayuntamientos, porque tales fincas estaban en terrenos comunales o venían disfrutándolas los Ayuntamientos desde tiempo inmemorial (29).

#### B. La naturaleza jurídica.

a) Parece evidente que, originariamente, el derecho de vecindad forana era un derecho personalísimo y privilegiado, dimanante de una cualidad o atributo personal de naturaleza feudal o clasista. En las Cortes de Pamplona de 1780-1781 se prescribe que, para disfrutar vecindad forana, es necesario justificar la condición de hidalgo.

Paulatinamente fue desapareciendo este originario carácter de privilegio personal y de clase; el derecho se patrimonializó; pero, al hacerlo, no pudo superar el alcance máximo que le había conferido su origen: derecho real de goce sobre tierras comunales que, sin participar en el dominio de las mismas, facultaba al titular para el aprovechamiento de alguna de sus producciones, generalmente las hierbas y aguas naturales. Muchas veces este aprovechamiento era concurrente, aunque en mayor proporción, con el de los vecinos residentes; otras veces —acaso por un progresivo abuso, tal vez por el privilegio de los hidalgos vecinos residente de cercar dehesas— era exclusivo; pero en todo caso concurría con el derecho de los residentes —verdaderos titulares del dominio, al constituir el «común de vecinos»— al cultivo de las tierras; pese a los esfuerzos de los foranos por ejercitar una especie de *ius prohibendi* de la roturación, su derecho de pastos no podía ser ejercido hasta después de levantadas las cosechas.

Incluso su origen, siempre personal, y su objeto, siempre comunal, dejó otra huella notable: la indeterminación, en muchos casos, del lugar en que ejercitar el derecho, que tenía, así, un cierto carácter ambulatorio; existían, en algunos pueblos vecindades foranas y «lotes» de vecindad en el monte comunal que cada año se sorteaban.

En suma, y por lo que a las vecindades foranas subsistentes respecta, sólo pueden consistir en un derecho real de goce semejante a lo que en el Código civil se denomina servidumbre de pastos.

b) Las corralizas pueden tener esta misma naturaleza u otra diversa. Su origen negocial, su objeto unas veces de dominio comunal, otras de dominio privado —a través, en algunos casos, de la desamortización—, hace que sus posibles variedades respondan a naturaleza diversa y que, en cada caso, dependa ésta del título de constitución. En algunos, se enajenan el dominio del suelo con reserva del derecho a cultivarlo, o con reserva del derecho de pastos, etc.; en otros, se establece una verdadera concurrencia —comunidad especial— de derechos dominicales de diversa naturaleza; en otros, en fin, se enajena

(29) *Op. cit.*, págs. 278 y ss.

sólo, como derecho real limitado, el derecho de pastos: únicamente en este último supuesto coincide el derecho de corraliza con el de vecindad forana.

LACARRA destacó las dudas y cuestiones que ha ocasionado la poca claridad de las escrituras de enajenación, pues en muchas —dice— no se precisan los derechos que se transmiten, si son el dominio del terreno, o el usufructo, o únicamente la servidumbre de pastos. En general no se puede determinar *a priori* el derecho o la suma de derechos que al dueño de una corraliza corresponden en los terrenos que ella comprende, dependiendo tales derechos del título de adquisición en concurrencia con los que otros puedan tener sobre tales terrenos o parte de ellos. Desde luego —concluye—, cuando existen fincas enclavadas en las corralizas y tienen dueño conocido, el derecho de los dueños de las corralizas no se extiende más que a los pastos, después de levantadas las cosechas, con las limitaciones que la escritura de adquisición o la costumbre hayan establecido (30). La Sentencia de la Audiencia de Pamplona de 6 de abril de 1891 declaró que «correspondían al corralicero los derechos consignados en las escrituras y las Concordias, y que al Ayuntamiento correspondían todos los demás derechos de propiedad».

DE ARIN y DORRONSORO reconoce también que la corraliza no tiene un contenido jurídico determinado ni único, si bien el tipo que predomina es el de disfrute de hierbas; y, por razón del contenido de los derechos transmitidos, establece la siguiente clasificación: 1.º, aquellas en que se transmite el pleno dominio del terreno y todos los disfrutes dominicales del mismo; 2.º, la transmisión afecta sólo a las hierbas y aguas del término, y 3.º, se transmite la plenitud de los derechos dominicales del terreno comunal y las hierbas y aguas de los terrenos particulares. Finalmente establece como presunción de contenido el reseñado en segundo lugar, por las razones y argumentos a que luego aludiré (31).

AIZPÚN TUERO se muestra de acuerdo con los anteriores, en cuanto a la falta de univocidad del término «corraliza» y a la variedad de contenido según los títulos. Cuando el Ayuntamiento por escritura de tal fecha vendió una corraliza —se pregunta—, ¿qué ha vendido?, ¿solamente las hierbas y aguas? ¿o una finca rústica con la plenitud de facultades integrantes del dominio?...; y concluye que no se puede dar un concepto general de corraliza; que este término se emplea con muy diferente alcance y contenido en los diversos casos y, tratar de reducirlo a una definición, es vano intento condenado indefectiblemente al fracaso (32).

(30) *Op. y loc. cit.*

(31) *Op. cit.*, págs. 64 a 76. Sin embargo, entiende que por la importancia del *ius pascendi* que se transmite, es determinante de una propiedad limitada y constituye a su titular en copropietario.

(32) *Op. cit.*, pág. 31. Acaso por entender que, en la tesis de ARIN, las corralizas consisten siempre y en todo caso en un derecho de pastos —y no apreciar que en el pensamiento de éste se trata sólo de una presunción *iuris tantum*—

### C. La disponibilidad.

a) La vecindad forana originariamente, en cuanto cualidad o atributo personal, es un bien personalísimo, un derecho inalienable *inter vivos*. Los vecinos foranos no pueden hacer de su vecindad dos vecindades, «de manera que goce él de una vecindad y venda la otra» (Novísima Recopilación, 1, 20, 7); ni pueden concurrir al goce con ganado ajeno (*ibidem*, 1, 20, 8), etc.

En las Cortes de Pamplona de 1642 se permitió ya vender las vecindades foranas, pero únicamente a hidalgos; y donarla o cederla en dote a hija, sobrino o sobrina, dentro del segundo grado «para que casando la hija con Hijo-Dalgo o siéndolo el sobrino a quien la diere, o donare, la puedan gozar» (Novísima Recopilación, 1, 20, 17).

Cuando, finalmente, se privatizó este derecho y la costumbre lo hizo alienable, la Ley 44 de las Cortes de Tudela de 1743-1744, y la Ley 32 de las Cortes de Pamplona de 1780-1781, concedieron a los pueblos los derechos de tanteo y retracto, regulando la fijación pericial del precio: terminaba el Rey disponiendo que «en todos los Pleytos tocantes a la materia de que trata esta ley, ordeno a los Jueces y Tri-

---

polemiza discretamente con él, oponiendo a los suyos una serie de contraargumentos. Así, respecto de la Sentencia de la Audiencia de Pamplona —que había afirmado que los corraliceros no tenían más derechos que los expresados en la escritura— entiende AIZPÚN que no apoya la tesis de ARÍN, que la invoca, pero en estos términos: «Consideramos axiomático que corraliza no significa *por sí* y en *términos generales* la propiedad de una finca o terreno; *ordinariamente* su contenido es mucho más limitado y hace referencia al derecho de disfrutar los pastos de un coto o término con corral para el ganado» (*Op. cit.*, págs. 67 y 68); y todavía añade: «la regla general, por tanto, en la transmisión de corralizas, será la de que con ellas no se enajenaron más que las hierbas y aguas; sólo por excepción y cuando ello aparezca suficientemente especificado, deberá entenderse que juntamente con esas hierbas se vendió el suelo con los demás disfrutes dominicales» (*Op. cit.*, pág. 69). Al argumento de ARÍN de que, en la mayoría de los casos, la tasación de las corralizas que se enajenaban, se hizo por pastores, que calcularon sólo el valor de las hierbas, opone AIZPÚN que tampoco es argumento definitivo si tenemos en cuenta que al tiempo de realizarse las ventas ese era, casi exclusivamente, el único aprovechamiento (*Op. cit.*, pág. 84); pero DE ARÍN sólo, lo aportaba como uno de los «actos anteriores» que, junto a otros simultáneos y posteriores, sirven para la interpretación adecuada (*Op. cit.*, páginas 72 y ss.); etc.

Por lo demás, AIZPÚN rechaza tanto la idea de comunidad cuanto la de servidumbre y ve en las corralizas una «de las infinitas variedades que se presentan de propiedad, caracterizada por la yuxtaposición de derechos sobre una misma finca, que no hay por qué encajarla de modo forzoso en unos moldes superados por la realidad» (*Op. cit.*, pág. 91). Si le he entendido bien, AIZPÚN huye —con estupenda actitud metodológica inicial— de encajar la figura en un molde ya hecho y que no le va; pero, al mismo tiempo, trata de encajarla en un molde nuevo pero *unitario*, empeño que ya no me parece tan laudable; acaso el método más adecuado sea encajarla en varios moldes, unos ya existentes, otros más o menos adaptados: derecho real de goce (determinado) sobre finca ajena, comunidad indivisible nacida de la concurrencia de derechos de distinta naturaleza, propiedad gravada con un derecho de goce determinado. Y me parece también que, cuando la tierra era originariamente comunal, bien puede presumirse la primera de estas caracterizaciones.

bunales que, en defecto de pruebas concluyentes o en caso de duda, se juzgue siempre a favor de los Pueblos».

b) En cambio, las corralizas fueron siempre derechos patrimoniales, aptos para el comercio jurídico.

#### D. La tipicidad.

a) Las vecindades foranas constituyen siempre, por consecuencia de su origen, un derecho real típico. Sus grandes líneas estructurales están delimitadas en la ley 392 de la Compilación: «la participación en el disfrute de los bienes comunales».

Existió, sí, disponibilidad de su contenido: generalmente este disfrute se refiere a los pastos, a las hierbas y aguas, pero puede también referirse a otros aprovechamientos de los bienes comunales; el aprovechamiento puede ser concurrente o exclusivo; puede comportar alguna suerte de *ius prohibendi* respecto de las restantes facultades dominicales; etc. Pero nunca pueden traspasar aquellas líneas estructurales del tipo legal. En la Compilación, no puede dejar de ser un «derecho de aprovechamiento establecido en favor de una persona sobre finca ajena» (cfr. ley 394); claramente asigna o presupone este carácter de gravamen real la ley 392 cuando dice, en su párrafo segundo que «los pueblos cuyos terrenos comunales se hallen *gravados* con vecindades foranas...».

b) En cambio, las corralizas sólo gozan de una tipicidad alternativa y de una presunción de tipo: «se entiende por corraliza —dice la ley 379— bien un derecho de aprovechamiento parcial sobre la finca ajena, bien la comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución a uno o a varios, de los aprovechamientos especiales de pastos, hierbas, aguas, leñas, siembras u otros similares»; y después añade: «En las corralizas constituidas sobre fincas de origen comunal se presume, a no ser que resulte lo contrario, que la propiedad del suelo corresponde al Municipio».

He aquí, pues, un ejemplo de la función práctica que sigue desempeñando la tipicidad en un sistema de franco *numerus apertus*. En Navarra, hoy, a ambos derechos se les denomina usualmente y en el tráfico, corralizas; aunque con ventaja para las vecindades foranas, todos tienen origen remoto, muchas veces ignorado por los interesados. Ello hace dudosa, en muchos supuestos, la naturaleza y el contenido y alcance del derecho en cuestión. En tales casos, si la investigación jurídica demuestra que son vecindades foranas, ya no hay duda —por referencia al tipo— de que se trata de un derecho de goce *in re aliena*; si se demuestra que son corralizas constituidas sobre terreno originariamente comunal, se presume tal consistencia, pero la prueba en contrario —de su desamortización, por ejemplo— puede asignarle un contenido más amplio: comunidad indivisible de derechos dominicales de diversa naturaleza e, incluso, dominio gravado; y, en los restantes casos, el título, sí existe, y si no, los usos y la costumbre local o general

(cfr. ley 380), serán los que determinen no sólo la posible disposición del contenido normal del derecho, sino su propia naturaleza y consistencia.

En el Anteproyecto de Compilación (33) la ley 396 definía las vecindades foranas como «la participación o disfrute de bienes comunales». Por otra parte el Capítulo IV del Título II del Libro III llevaba por rúbrica *De las comunidades especiales de derechos de distinta naturaleza*; dentro del mismo, la ley 382 describía las corralizas «salvo los casos en que la denominación aparezca exclusivamente para expresar... un derecho de aprovechamiento parcial sobre finca ajena», como «la comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales con atribución, a uno o varios, de los aprovechamientos especiales de pastos, hierba, aguas, leñas, siembras u otros semejantes».

Un tratamiento más riguroso respecto de su respectiva tipicidad aconsejó los retoques con que ambas figuras se contemplan y regulan en el Fuero Nuevo. En primer lugar se cambió la rúbrica del capítulo, sustituyéndola por la *De las corralizas*. En segundo lugar, se modificó levemente —pero, en el fondo, sustancialmente— la definición legal, teniendo en cuenta que las vecindades foranas no son, propiamente, «la participación o disfrute» de bienes comunales, sino «la participación en el disfrute» de los mismos. Se tuvo también en cuenta que las corralizas pueden constituir, efectivamente, una «comunidad especial de derechos de distinta naturaleza», pero que pueden ser derechos reales de goce en cosa de dominio ajeno; es más: si se constituyeron siendo su objeto comunal, así se presume; por tanto, la definición legal ha convertido también la salvedad —excepción— en alternativa al mismo nivel o incluso a nivel superior mediante la correspondiente presunción.

Por otra parte la tipicidad respectiva de ambos derechos ha servido para orientar su redimibilidad. Atendido el origen de las vecindades foranas, la ley 392 reconoce que «aun constituida por título administrativo, tienen naturaleza civil y carácter de derecho real»; pero, en su último párrafo, prescribe que «en lo sucesivo no podrán constituirse vecindades foranas» (34); y, además de establecer el derecho de

---

(33) Cfr. *Derecho foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada)*, redactada por GARCÍA-GRANERO, NAGORE, AIZPÚN TUERO, D'ORS, LÓPEZ JACOÍSTE, ARREGUI, SANTAMARÍA y SALINAS, Pamplona, 1971; fue elevada a Anteproyecto por la Comisión Compiladora mediante acuerdo de 30 de junio de 1971.

34. La natural aversión de los pueblos hacia este gravamen es antigua. Ya las Reales Cédulas de 22 de septiembre de 1730 (para Gastiain, en el Valle de Lana), 25 de junio de 1731 (Galvarra, en el mismo Valle), 23 de junio y 22 de julio del mismo año (Ulivarri, Vilora y Narcue), 12 de diciembre del mismo año (Larraona, en el Valle de Amescua), 11 y 17 de febrero de 1734 (Zudaire y Ecala, en el mismo Valle), 23 de septiembre del mismo año (Eulz), 29 de enero de 1739 (Eguzquiza), etc., concedieron a estos pueblos el que no pudiese aumentar ya el número de vecinos foranos; y a otros, que nunca pudiese haberlos «aunque los pretendientes tuviesen en ellos casa o casal y verificasen todos los requisitos de las leyes». Interpuso la nobleza «reparo de agravios», por ser el goce de vecindad forana «un efecto necesario del concurso de las calidades y circunstancias que prescriben para él nuestras leyes» (siendo uno y el más principal que haya

retracto a favor del municipio en el párrafo tercero, el segundo establece su redimibilidad: «Los pueblos cuyos terrenos vecinales se hallen gravados con vecindades foranas podrán redimirlos mediante el pago de su valor a los que tengan derecho a ella. A falta de convenio, el capital para la redención se determinará en consideración al valor de los aprovechamientos y al beneficio que la redención reporte» (35).

Por ser mucho más amplia y variable su tipicidad no hay prohibición general de constituir nuevas corralizas y, en cuanto a su redención, establece la ley 382 que lo serán en los siguientes casos y circunstancias: «1. Por voluntad unánime de los partícipes. 2. Cuando graven

---

de justificar su limpieza de sangre e hidalguía) y un acto distintivo de la nobleza e hidalguía del Reyno»... El monarca desestimó el recurso en las Cortes de Tudela de 1743-1744 (ley 44), por haber librado sus Regentes aquellas Cédulas «en atención a que no se les aumenten vecinos foranos, dependiendo de esto su manutención y que no se despueblen».

Por su parte los pueblos procuraron dificultar el goce de las vecindades, ya negándose a arrendar corrales para los ganados de los foranos, ya oponiéndose a su guarderío. En el primer período constitucional acudieron noventa y nueve villas y lugares de Navarra a las Cortes Generales de la Nación, solicitando la abolición de las vecindades foranas, a lo cual accedieron aquéllas por Decreto de 24 de mayo de 1821, declarando que «quedaban abolidas para siempre las prerrogativas que habían disfrutado los hidalgos de Navarra, conocidas con el nombre de vecindades foranas y porciones dobles, salvándose el derecho al reintegro del capital a los que las hayan adquirido por compra u otro título oneroso». Con la reacción de 1823 y la anulación, por Decreto de 1 de octubre del mismo año, de los actos del período constitucional, se planteó la cuestión de si las vecindades foranas quedaban restablecidas. ALONSO opinó que, restablecido el gobierno representativo, lo fue también la Resolución de 24 de mayo de 1821 y, por tanto, la abolición de las vecindades foranas (*Recopilación y Comentarios de los Fueros y leyes*, ed. 1964, integrada en la «Biblioteca de Derecho Foral», cit., V-2.º, pág. 324); también SÁNCHEZ ROMÁN colacionó, como opinión general, que la vecindad forana era una institución histórica que carecía de valor en la actualidad (*Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., II, 1901, pág. 669); en cambio, LACARRA entendió que, al disponer el Real Decreto de 20 de agosto de 1836 que mientras las próximas Cortes deliberaran lo conveniente no se considerasen restablecidas las disposiciones emanadas de las dos épocas constitucionales, exceptuando aquellas que se hubiesen mandado observar, y no habiéndolo sido expresamente la de 24 de mayo de 1821, aboliendo las vecindades foranas, debían considerarse subsistentes. El Tribunal Supremo, en SS. 24 mayo 1867 y 30 junio 1898 las consideró subsistentes, reconociendo que carecían ya de carácter privilegiado.

(35) En la nota anterior ha quedado expuesto cómo, ya en 1821, a petición de noventa y nueve villas y lugares, las Cortes de la Nación abolieron por Decreto las vecindades foranas, así como las dudas y cuestiones que posteriormente suscitó la vigencia o no de este Decreto. También ha quedado expuesto cómo, tempranamente, se concedió a los pueblos el derecho de retracto y la recomendación que hacían a los Tribunales las Cortes de Pamplona de 1780-1781. Pues bien, en su «Memoria sobre las dudas notadas y apreciaciones en la aplicación de las disposiciones del Código civil», redactada por el Presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona, don Diego Espinosa de los Monteros (Pamplona, 1912), se expresaba en estos términos: «La supresión, inspirándose en el Decreto de 24 de mayo de 1821, debería respetar los derechos creados y realizarse prudente y gradualmente, favoreciendo la redención, el retracto y el tanteo por los pueblos, mientras viviesen los actuales poseedores de las vecindades foranas; estableciendo la reversión a los pueblos, previa la correspondiente indemnización, cuando ocurriese el fallecimiento de aquéllos, sin perjuicio de llegar en casos especiales y extraordinarios a la expropiación forzosa de las mismas» (pág. 62).

fincas comunales, a instancia del Municipio. 3. En las demás fincas, cuando el Juez estime en juicio contencioso que la subsistencia de estos derechos dificulta notablemente el cultivo o la explotación racional de las fincas, según su naturaleza. 4. Y, en todo caso, cuando los corraliceros se opongan a las modificaciones que se introduzcan en las fincas para su mejora y que, total o parcialmente, resulten incompatibles con el ejercicio del derecho de corraliza. En los supuestos previstos en los números 2, 3 y 4, el capital que haya de abonarse por la redención se determinará en consideración al valor de los aprovechamientos y al beneficio que la redención reporte al dueño del terreno. Cuando el Juez lo considere conveniente, podrá sustituir el pago de la estimación por la adjudicación de tierra en propiedad».

Nótese cómo, cuando la corraliza grava terrenos comunales, además de presumir la ley 379 que la propiedad del suelo pertenece al municipio, el número 2 de la 382 las hace redimibles a instancia del mismo, coincidiendo así —y no en los restantes casos— con el régimen de las vecindades foranas.

Por lo demás, la ley 383 concede el derecho de retracto, pero con carácter respectivo y recíproco: «Si alguno de los titulares enajenare su derecho, los otros partícipes podrán ejercitar el retracto de comuneros, prefiriéndose, en caso de concurrencia, al retrayente titular de aprovechamiento de la misma naturaleza que el enajenado. Cuando se enajenare el derecho de cultivo sobre una parcela determinada de la finca, se dará preferencia en el retracto al que tenga derecho a cultivar la parcela de mayor extensión» (36). También aquí la diversa tipicidad ha determinado un régimen diverso al del párrafo tercero de la ley 392, para las vecindades foranas: «si se enajenare la vecindad forana, el Municipio tendrá derecho de retracto a favor de la comunidad de vecinos. Este derecho se regirá en cuanto a los

---

(36) La ley de 15 de junio de 1866 autorizó a los poseedores de fincas gravadas con aprovechamientos de pastos constituidas en favor de los pueblos o corporaciones, cuyos bienes estuviesen comprendidos en la desamortización, para redimirlos según las normas que establecía (cfr., también, las RR. OO. de 1 de octubre de 1867, y 13 de agosto de 1868; y el art. 11 de la ley de 11 de julio de 1878). Si los derechos reservados por los pueblos eran algo más que los pastos, ya no se permitió su redención (es el caso de algunos corraliceros de Tafalla). DE ARÍN Y DORRONSORO entendía que, aun en aquellos casos, si la redención se hacía por los corraliceros «los pueblos saldrían enormemente perjudicados y el procedimiento resultaría a todas luces injusto» y, después de demostrar que, «en la mayoría de los casos —en la casi totalidad de las ventas de los Partidos de Tafalla y Estella—, eso que los corraliceros llaman única servidumbre del pueblo, no es otra cosa que la limitación del derecho de hierbas enajenado a los corraliceros, cuya limitación, con el dominio directo del suelo, y todos los demás disfrutes naturales distintos de las hierbas, es lo que constituye la verdadera propiedad del pueblo en las corralizas», añade que, «en cambio, procedería o, por lo menos, estaría mucho más justificada la redención por el pueblo del *ius pascendi* de los corraliceros; no habría injusticia alguna en que el pueblo rescatase las corralizas pagando al comprador de ella el actual precio de las hierbas, que siempre resultaría cerca de seis veces más que el de la adquisición»; y propugnaba *de lege ferenda* un sistema de expropiación por razón de cultivo a favor de los pueblos (*Op. cit.*, págs. 92, 180 y ss., 207 a 209 y 213 y ss.).

piazos por lo establecido en la ley 458 para el retracto gentilicio, y será preferente a éste. En caso de permuta se determinará el valor de la vecindad por tasación de dos Peritos nombrados uno por cada parte, y, si hay discordia, de un tercero por acuerdo de aquéllos, o, en defecto de acuerdo, por el Juez».

Pienso que con las notas ejemplificativas que he señalado en este número, en cuanto a las vecindades foranas y las corralizas, pueden quedar justificadas las conclusiones del presente ensayo sobre la útil función de la tipicidad de los derechos reales, incluso en un sistema, como el navarro, de *númerus apertus*.



# Fuero General de Navarra 4, 2, 3.

## El cónyuge viudo que tiene «fealdat», ¿puede enajenar en caso de necesidad? (\*)

JUAN GARCIA-GRANERO FERNANDEZ  
Notario

SUMARIO: I. *Estado de la cuestión.*—II. *La doctrina común.* 1. Los autores. 2. Los proyectos legislativos.—III. *Crítica de la “communis opinio”.* 1. Planteamiento general. 2. Elemento gramatical. A) Las ediciones del Fuero General de Navarra. B) Los manuscritos del Fuero General de Navarra. C) Los “fueros colacionados”. D) El Fuero Reducido. 3. Elemento sistemático. A) FGN 4, 2, 3 y su relación con otros textos del mismo fuero. B) La prohibición de enajenar el usufructuario. C) Viudedad y comunidad conyugal continuada. D) El régimen de bienes en el matrimonio. 4. Elemento histórico. A) Origen de la viudedad. B) El Derecho romano. C) El Derecho bárbaro y alto-medieval. D) Los documentos catalanes alto-medievales. E) Los documentos navarros y aragoneses de la Alta Edad Media. F) Los fueros locales de Navarra. G) Los documentos de aplicación del Derecho posteriores al Fuero General. 5. Elemento comparado. A) Indicación general. B) Derecho aragonés. C) Derecho vizcaíno. D) Derecho catalán. E) Derecho valenciano. F) Derecho italiano. G) Derecho francés y belga. H) Derecho suizo. I) Derecho de las regiones de habla alemana. J) Resumen. 6. Elemento institucional. A) Fundamento de la viudedad navarra y aragonesa. B) Las segundas nupcias. C) Las diferencias entre el usufructuario y los nudo propietarios. D) Contenido de la viudedad. E) El carácter imperativo o forzoso de la viudedad.—IV. *Conclusiones.*—*Addenda.*—*Siglas o abreviaturas utilizadas.*

---

(\*) Juzgo necesaria la advertencia de que este estudio fue terminado muy poco antes de la ley de 1 de marzo de 1973, que reconoce como Derecho vigente en Navarra la Compilación del Derecho civil, o Fuero Nuevo, de Navarra. Por lo tanto, se hizo basado en la situación jurídica existente antes de dicha ley.

Pienso, sin embargo, que puede no ser inútil su publicación ahora; y ello, no sólo por constituir desarrollo *in extenso* de una enmienda que presenté al Anteproyecto de dicha Compilación —enmienda aceptada en el texto aprobado y ahora vigente—, sino, quizá en mayor medida, porque puede servir de muestra acerca del sistema de trabajo seguido por los redactores de la Recopilación Privada, más tarde convertida en Fuero Nuevo de Navarra. Finalmente, porque creo pone de manifiesto la necesidad de que, al estudiar el Derecho navarro histórico o vigente, se proceda bajo un prisma crítico, di-

## I. ESTADO DE LA CUESTION

Los trabajos de redacción del proyecto definitivo de *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* se hallan en una fase muy adelantada, casi terminados prácticamente (1). La trascendencia de dicho proyecto, y su significación para el Derecho civil del antiguo Reino, me han impulsado a publicar este trabajo, relativo a la ordenación de una de las más características instituciones forales: el usufructo de fealdat o fidelidad; y, concretamente, sobre *la pretendida facul-*

rectamente sobre las fuentes —preferentemente las originales—, y sin dejarse influir por las opiniones de los foralistas precedentes.

Considero de estricta justicia —y me complazco en cumplir aquí este deber— hacer constar mi agradecimiento al profesor don José María Lacarra y de Miguel, quien amablemente puso a mi disposición datos y fotocopias de los diferentes manuscritos del Fuero General de Navarra, cuya edición crítica actualmente prepara. La generosidad científica del profesor Lacarra, sobradamente sabida de cuantos le conocen, me fue otorgada con singular largueza.

También deseo dejar constancia de mi gratitud a don Florencio Idoate Iragui, Director del Archivo General de Navarra, quien me facilitó la consulta de documentos y me atendió en todo cuanto de ese archivo tuve necesidad.

(1) Ha servido de base la *Recopilación Privada*, cuyos redactores, juntamente con el autor de este trabajo, son los siguientes: Don José Javier Nagore Yárnoz, que durante muchos años fue Notario de Alsasua (Navarra) y Decano del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona; don Jesús Aizpún Tuero, Abogado de los Ilustres Colegios de Pamplona y Madrid; don Alvaro D'Ors Pérez-Peix, Catedrático de Derecho romano en la Universidad de Navarra; don José Javier López Jacoiste, Notario y Catedrático de Derecho civil; don José Arregui Gil y don Juan Santamaría Ansa, ambos Magistrados de la Excma. Audiencia Territorial de Pamplona, y don Francisco Salinas Quijada, Abogado del Ilustre Colegio de Pamplona y Asesor Jurídico de la Excelentísima Diputación Foral de Navarra. A todos ellos, *in solidum*, dedico este artículo, en recuerdo de las gratas horas de trabajo, estudio y amistad, que durante largos años convivimos en la elaboración de esa *Recopilación Privada*. La obra, bajo el título *Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada)*, fue publicada, bajo los auspicios de la Diputación Foral y de la Institución Príncipe de Viana, por la editorial Aranzadi, Pamplona, 1971.

La Comisión Oficial Compiladora del Derecho Privado Foral de Navarra, en sesión plenaria celebrada el 30 de junio de 1971, acordó por unanimidad dar su aprobación a la mencionada *Recopilación Privada*, elevarla a la condición de Anteproyecto oficial de *Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra*, y presentarla a la Excma. Diputación Foral con la propuesta de que dicho anteproyecto fuese sometido al trámite de información pública.

La Diputación Foral de Navarra, por acuerdo de 16 de julio de 1971 (publicado el 4 de agosto siguiente, en el número 93 del "Boletín Oficial de la Provincia de Navarra") dispuso lo siguiente: "1.º Tener por recibido el Anteproyecto de la *Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra*, presentado por la Comisión Compiladora respectiva. 2.º Abrir un periodo de información pública, vigente hasta las catorce horas del día 15 de octubre del año actual, respecto al Anteproyecto mencionado" (siguen los extremos pertinentes sobre forma de presentación de enmiendas).

Cumplido el plazo de presentación de las enmiendas, la Comisión Oficial Compiladora de Navarra y la Sección Especial designada por el Ministro de Justicia en la Comisión General de Codificación, coordinadamente procedieron a la revisión del anteproyecto y a la redacción del proyecto definitivo, y sus trabajos se encuentran terminados en la actualidad.

*tad del cónyuge viudo para, en caso de necesidad y no habiendo hijos del premuerto, enajenar bienes inmuebles objeto del usufructo.*

Vamos a exponer, previamente, el estado actual de la cuestión.

El texto fundamental es Fuero General de Navarra 4, 2, 3, que literalmente transcribo, según la edición de Ilarregui y Lapuerta :

*Cómo deve tener fealdat yfanzon biudo, et si fuere acusado que es casado, cómo se deve salvar.*

Yfanzon casado, con su muger oviendo creaturas, si muere la muger, el marido deve tener las heredades de la muyller et las suias, teniendo fealdat; et todo el mueble deve rezebir, et todas las deudas pagar mientras toviere fealdat, et deve crear et conseyllar sus creaturas. Fealdat deve tener desta guisa, non casando, non vendiendo, non camiendo, no ayllendo, las vinas podando et cabando todas de cabo á cabo, árboles fruytales que sean en las vinnas que non taylle. Si por aventura oviese casa ó corral, ó ceyllero, ó payllar, ó otra casa que aya portal, que lo mantenga en pie que no se desfaga. Si por aventura qualsequiere destas cosas que de suso son ditas fayllesciere, et passare ayngo et dia sen emendar, pierde por eyllo fealdat. Si por aventura casare á furto por no perder las fealdades, á iuras ó de otra manera, diziendo que la tiene por clavera ó por manzeba, et si podieren provar con ombres que fueron en logar á la iura, ó en el casamiento, pierde fealdat; et si non podieren provar, prenga su iura cada ayngo, et déxenlo en paz. Si est yfanzon dixiere á sus creaturas, non puedo ser que non case et prendet vuestra suert, si quisieren prendrán; si non quisieren prender, el padre no los puede constreyner, mas casará, et terrá casa con la muyller et con los fillos. Et tiempo passado si las creaturas quisieren et dixerien al padre, datnos nuestro dreyto, dévelis dar el padre, si arras ha las harras por suert, si nó la meatat de las heredades á lur esleyta de los fillos. Et si las heredades ovieren á partir, vayan á cada villa ont las heredades son, et iten suert quoval será la suert de la madre, ó quoval será la suert del padre. Prendiendo la suert de la madre los fillos dén ferme al padre que non demanden hereditat ninguna en voz de lur madre. Otrossi, el padre délis ferme á sus creaturas que non li demanden hereditat nin particion. E si por aventura, de la segunda muyller oviere creaturas, et muerta eylla quisiere casar el padre, parta con las segundas creaturas como con las primeras; et si el marido muere et finque la muyller, assi ha de tener fealdat como el marido, segunt de suso es escripto. Marido et muyller casados ensemble, no oviendo creaturas, muerta la muyller, el marido puede tener sus heredades: *biviendo en fealdat, non deve vender, nin cambiar, nin ayllennar, ni empeynar las heredades de la muger; mas si oviere mester de las heredades, venda: esto puede fer porque no ha creaturas.*

Quoando moriere el marido, las heredades de la muger deven al parentesco tornar. Otrossi, las heredades del marido deven tornar al parentesco del marido. Est infanzon que casó I, II, III ó IIII vezes, quoando morra, las primeras creaturas prengan la meatat de las heredades suyas, et las segundas creaturas la otra meatat de sus heredades, et las creaturas de quoantas mugeres ovo deven sacar meatat de las heredades que finquen, como dicho es de suso. Si marido et muger ovieren fecho conquiestas, las creaturas deylllos saquen meatat daqueillas conquiestas cada unas creaturas en cuyo tiempo fueron fechos aqueillas conquiestas; la postremera meatat que fincará daqueillas heredades, quoantas mugeres ovo, fagan tantas suertes; et si vezindat oviere bien, et si nó sean pagados con tanto. Otrossi, las dueynas si quisieren casar una vez, ó dos, ó tres ó mas devezes, case como sobre scripto es (2).

He destacado el pasaje sobre el cual, como tema central del presente estudio, primordialmente ha de recaer nuestra interpretación.

En base a FGN 4, 2, 3, la doctrina común suele afirmar: 1) que aquí se reconoce, exclusivamente a favor de los infanzones, la fealdat o usufructo de fidelidad del cónyuge viudo, que la práctica y la costumbre, después sancionadas legalmente (3), hicieron extensiva a todos los navarros, sin distinción de clase o condición social; 2) que en caso de necesidad, y siempre que no haya hijos u otros descendientes legítimos del cónyuge premuerto, el viudo que tiene usufructo de fidelidad puede por sí enajenar o gravar los bienes inmuebles objeto del usufructo; mas, por el contrario, si existieran descendientes legítimos comunes del cónyuge difunto y del sobreviviente, éste carece de la expresada facultad de disposición.

Tal doctrina, iniciada hacia la mitad del pasado siglo, fue dada por buena y aceptada en diversos proyectos de Apéndice, y ha llegado hasta la ley 258 de la Recopilación Privada (año 1971), convertida hoy en Anteproyecto oficial de Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (4).

Lo insólito de dicha tesis, su oposición al concepto clásico y universal del usufructo, y lo desorbitado de las facultades que concede al cónyuge viudo titular de la fealdat, me hicieron siempre sospechar acerca de su ortodoxia, ya desde los comienzos, ahora hace veinte años, de mi vida profesional como notario en Pamplona. Hoy, lo que en un principio fue sólo hipótesis intuitiva, se ha convertido en una firme convicción. Una larga dedicación a la práctica y estu-

(2) *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 don Pablo Ilarregui y don Segundo Lapuerta, Pamplona, 1869, págs. 88-89.

(3) Ley 49 de Cortes de Pamplona de 1765-1766, en *Cuadernos de las leyes y agravios reparados por los tres estados del Reino de Navarra*, Pamplona, 1896, I, págs. 56-57.

(4) Vid. en la nota 52 el texto de la ley 258, coincidente a la letra con la ley 217 de la *Recopilación Privada* de 1967.

dio del Derecho foral navarro me inclina a publicar este trabajo, con el ánimo de restablecer la correcta interpretación de FGN 4, 2, 3 y, en consecuencia, rectificar una doctrina que estimo carece de todo fundamento.

En esta línea, formulé enmienda al Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (5), y en ella, aparte otros puntos que ahora no son del caso, proponía la supresión del párrafo segundo de la ley 258, que precisamente sanciona la posibilidad de que el cónyuge viudo usufructuario, en caso de necesidad, pueda enajenar inmuebles objeto del usufructo, cuando los nudo propietarios no sean descendientes legítimos del cónyuge premuerto. La concreción exigida a una enmienda no me impidió aducir los poderosos argumentos que abonaban la propuesta, y que ahora no hago sino desarrollar o exponer con mayor acopio de datos, y con aportación de pruebas documentales de las que no pude entonces disponer por imperiosas razones de plazo (6).

A primera vista podría parecer contradictorio o, cuando menos, sorprendente que formule enmiendas uno de los coautores de la Recopilación Privada, elevada al rango de Anteproyecto por acuerdo de la Comisión Oficial Compiladora. A tal efecto, quiero traer a colación lo que se dice en el prólogo a la mencionada Recopilación Privada: "Como es comprensible, aunque todos los que figuran como autores de esta obra responden de ella en su conjunto, no ha faltado, a lo largo de diez años de colaboración, aunque siempre amistosa y libre, la contraposición de opiniones particulares discrepantes, y por eso cada uno de los autores recaba para sí, en uso de una independencia científica rectamente entendida, la facultad de expresar en cualquier momento su dissentimiento respecto al contenido o formulación de ciertas leyes" (7).

En ejercicio de esa libertad científica he formulado la enmienda que ahora desarrollo en el presente estudio.

## II. LA DOCTRINA COMUN

### I. LOS AUTORES.

Veamos el origen, desarrollo y consagración de la doctrina común, interpretativa de FGN 4, 2, 3, a la que anteriormente se ha aludido.

El primer autor que parece apuntar tal tesis es Yanguas y Miranda. En su obra *Diccionario de los Fueros del Reino de Navarra*, en la voz *usufructo*, trata de la fealdat, y escuetamente dice: "Cuando el usufructo recayere en viudo ó viuda de matrimonio sin hijos,

(5) Respecto a presentación de enmiendas puede verse lo indicado en la nota 1.

(6) La enmienda fue presentada en la Excma. Diputación Foral el 9 de octubre de 1971, y el plazo concluía el día 15 siguiente.

(7) *Recopilación Privada*, pág. 13.

podrá vender heredades si lo necesitare; y muerto el usufructuante pasarán los bienes á los parientes respectivos: lib. 2, tít. 4, cap. 13; lib. 4, tít. 2, cap. 3 y 4" (8). Y en nota (9) transcribe el texto correspondiente de FGN 4, 2, 3, sin duda tomándolo de la edición del fuero hecha en 1815 (10). Sin ánimo de vindicar o defender al autor, creo de justicia resaltar los siguientes hechos: 1) las condiciones en que Yanguas y Miranda redactó su Diccionario de los Fueros (11), que le impidieron consultar los manuscritos originales existentes en el Archivo de la Cámara de Comptos de Pamplona; 2) y el carácter de la obra, que no constituye, ni pretende ser, una exposición del Derecho navarro, sino simplemente un mero índice de palabras y materias contenidas en el Fuero General.

La formulación expresa de la doctrina se encuentra ya en el conocido libro de Alonso (12), quien, luego de afirmar como regla general la prohibición de enajenar que el fuero impone al cónyuge viudo usufructuario, dice que, por excepción, puede vender o empeñar cuando no le hayan quedado hijos de su disuelto matrimonio. En éste, como en otros muchos puntos, la obra de Alonso no sólo se halla totalmente equivocada, sino que ha sido el origen de muchos graves errores, luego ampliamente difundidos. Ese libro adolece de todos los defectos propios de la época: carencia de sentido histórico, falta de crítica de los textos, ignorancia de los documentos

---

(8) 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, pág. 136.

(9) Yanguas y Miranda, *Diccionarios de los Fueros*, cit., pág. 136, nota 3.

(10) *Fueros del Reyno de Navarra, desde su creación hasta su feliz unión con el de Castilla*, Pamplona, 1815, pág. 127.

Así se desprende de lo que posteriormente, en 1840, el propio Yanguas y Miranda nos dice en su *Diccionario de Antigüedades del Reino de Navarra*, reedición por la Diputación Foral, Pamplona, 1964, I, pág. 394, nota 1.

(11) El mismo Yanguas y Miranda (*Diccionario Antigüedades*, I, pág. 394, nota 1) nos cuenta que el Diccionario de los Fueros "lo escribí para distraer mi espíritu durante la prisión de 15 meses que sufrí por el cambio político del año 1823, y entonces no había yo visto otro Archivo que el de Tudela, ni el Fuero de Sobrarbe, ni el manuscrito original del de Navarra, ni sospeché que éste se hallaba considerablemente mutilado en su impresión, y es una de las causas que contribuyen a la oscuridad de su inteligencia".

Sobre la personalidad y obras de este autor, vid. el trabajo de José María Iribarren, *Yanguas y Miranda (su vida y su obra)*, en Príncipe de Viana, 24 (1963), núms. 92-93, págs. 215-299; y también los de José Ramón Castro Alava, *Yanguas y Miranda, una vida fecunda al vaivén de la política*, Pamplona, 1963; y el folleto *Yanguas y Miranda*, en la Colección denominada *Navarra-Temas de Cultura Popular*, núm. 64, Pamplona, sin año.

(12) 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*, Madrid, 1848-1849. En el tomo I, pág. 418, dice: "La única escepción que hace la ley a la espresada prohibición absoluta de vender, es cuando el tal usufructuario tuviese necesidad de hacerlo ó de empeñar: mas esto solo lo permite en este caso cuando no le hayan quedado hijos de su disuelto matrimonio; por manera que habiéndolos, ni aun la necesidad más estrema le autoriza para vender, enagenar ni empeñar."

originales y defecto de técnica jurídica; pero además, y esto es más grave, frecuentemente evidencia un increíble desconocimiento del Derecho vivido y practicado en Navarra (13). No un mero afán de señalar faltas, sino el deseo de precaver los efectos perturbadores que de la obra de Alonso pudieren derivarse, obliga a formular este duro juicio crítico, tanto más necesario cuanto que dicho autor, en calidad de ser uno de los clásicos del Derecho navarro, suele gozar de excesivo crédito.

La extraordinaria capacidad de difusión que en sí ofrecen los lugares comunes —singularmente cuando éstos sirven de vehículo para transmisión de errores— hizo que esta doctrina, apenas iniciada en Yanguas y Miranda y expuesta ya por Alonso, posteriormente tuviese gran aceptación entre los foralistas navarros y los civilistas de Derecho común y, en general, entre cuantos con mayor o menor extensión se han ocupado del usufructo foral de fidelidad. Citándolos por orden cronológico, podemos reseñar los siguientes autores:

1) Marichalar y Manrique afirman: “Cuando el usufructo recae en viudo ó viuda de matrimonio sin hijos, puede el que lo goza vender heredades si lo necesitare, y muerto éste, pasarán los bienes a los parientes respectivos” (14).

2) Gutiérrez Fernández invoca expresamente la autoridad de Alonso, sienta como norma general la prohibición de vender los bienes objeto del usufructo de fidelidad, y añade: “Sólo cabe una escepción, y es cuando el usufructuario tenga necesidad de vender ó de empeñar; pero para esto es preciso que no hayan quedado hijos de su disuelto matrimonio; *mas si hoviere mester de las heredades, venda; esto puede ser porque no ha creaturas*” (15).

---

(13) Por vía de ejemplo —entre otros muchos— cabe mencionar la institución del testamento por comisario o testamento por delegación, que la práctica jurídica navarra conoce desde el siglo XIII, ininterrumpidamente hasta hoy. Alonso (I, págs. 325-326), con el mayor desenfado, y sin dar razón alguna, niega la existencia y posibilidad en Navarra de tal figura testamentaria. Su opinión, bien que falsa, fue repetida por autores posteriores (Morales, Lacarra, etc.). Naturalmente, la práctica jurídica navarra no hizo el menor caso de semejante criterio doctrinal, y los testamentos por delegación o por comisario han seguido otorgándose en esta región. Sin embargo, dicha tesis equivocada ha servido de fundamento para que ante los Tribunales llegue a interponerse demanda sobre nulidad de testamento otorgado por comisario en virtud de la facultad que a éste le había sido delegada. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona (sentencia de 30 de noviembre de 1970), luego la Audiencia Territorial de Pamplona (sentencia de 26 de mayo de 1971) y, finalmente, el Tribunal Supremo (sentencia de 29 de abril de 1972) declararon la validez de tal testamento, en base a la costumbre navarra, que consideran probada.

(14) 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, pág. 148.

(15) Benito Gutiérrez Fernández, *Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Exámen comparado de las Legislaciones espe-*

3) Morales tiene el mérito de haber mostrado cierta extrañeza ante el hecho de que la facultad del usufructuario, para vender en caso de necesidad, dependa de que los nudo propietarios sean o no descendientes comunes del cónyuge premuerto y del sobreviviente; pero al final, sin estudiar a fondo la cuestión, dicho autor acaba sometiéndose al parecer de Alonso (16). Con todo, parece que la duda debió seguir en el ánimo de Morales, no muy convencido por los argumentos de Alonso, ya que, al redactar el proyecto de texto articulado que completaba su famosa *Memoria*, tuvo el buen criterio de omitir toda alusión a la facultad del usufructuario para vender bienes usufructuados cuando los nudo propietarios no fuesen hijos del cónyuge fallecido (17).

4) Moutón Ocampo no tiene ya escrúpulo alguno en este sentido. Al enumerar los derechos del viudo usufructuario, cita el de “enajenar, en caso de necesidad y no habiendo hijos, las propiedades correspondientes al usufructo” (18).

5) Extraordinario confusionismo revela la opinión de Sánchez Román: “la fealdad o usufructo de viudedad —escribe (19)—, se pierde... si el supérstite no cuida los bienes, los cambia, los vende y los da en prenda, casos en los cuales y transcurrido el plazo legal de un año sin deshacer aquellos excesos, se extingue el usufructo legal o fealdad, a no ser que realizara aquellos actos por necesidad”. Vemos que Sánchez Román llega más lejos que todos los autores anteriores, pues generaliza la facultad de vender o pignorar a todo supuesto de necesidad, sin distinguir entre existencia o falta de hijos.

6) Yaben acepta implícitamente la misma tesis de Alonso, cuando afirma que “la prohibición de enajenar es tan absoluta en el caso de que el cónyuge viudo tenga hijos de su difunto marido, que ni la necesidad más extrema le autoriza para vender o hipotecar; el patrimonio del padre debe pasar en todo caso íntegro a los hijos” (20).

7) Victoriano Lacarra —autor en general de muy buen sentido, y cuya obra es sin duda la más útil de todas las publicadas sobre Derecho foral navarro— en este punto, sin embargo, se limita a adherirse al lugar común, repetido de unos a otros. “Cuando el

---

*ciales*, 2.<sup>a</sup> edic., Madrid, 1878, VI, pág. 297. Este autor transcribe incluso equivocadamente *ser* en lugar de *fer*, con lo que altera el texto.

(16) 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, págs. 130-131.

(17) Es el art. 778, núm. 5, del Proyecto de Morales. Vid. el texto en la nota 38 de este trabajo.

(18) Luis Moutón Ocampo, *Diccionario del Derecho civil foral copilado y consuetudinario*, Madrid, 1906, III, pág. 645.

(19) Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, V-1.º, Madrid, 1912, página 369.

(20) Hilario Yaben y Yaben, *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916, págs. 62-63.



cónyuge usufructuario —escribe Lacarra— tuviere necesidad, porque no puede subsistir con los frutos, puede enajenar heredades del cónyuge premuerto, si éste no ha dejado hijos, pues así expresamente lo autoriza el capítulo 3.º, título 2.º, libro 4.º del Fuero. Si existen hijos, no puede enajenar los bienes que usufructúa y la misma prohibición debe entenderse que existe cuando haya nietos, aunque los hijos hayan muerto” (21).

8) Castán Tobeñas sigue la opinión de Alonso, a quien cita expresamente, y al enumerar las obligaciones del usufructuario indica la de “no enajenar sino en caso de necesidad y no existiendo hijos” (22). La inclusión de esta doctrina en las sucesivas ediciones de la obra de Castán (*Derecho Civil español común y foral*), le otorgó carta de naturaleza y una extraordinaria fuerza de difusión entre los autores.

9) Así, Roca Sastre se adscribe a esta misma línea doctrinal. “El usufructuario —nos dice— carece de facultad dispositiva de los bienes usufructuados, salvo que le fuera concedida expresamente, en cuyo caso surge el llamado usufructo de disposición... No obstante, en Navarra se admite que, no habiendo hijos, el usufructuario puede enajenar en caso de necesidad” (23).

10) Con el correr de los años la tesis se ve no sólo reafirmada, sino incrementada por explicaciones justificativas de lo que, según se cree, establece FGN 4, 2, 3. Albareda Herrera, al hacer un estudio comparativo de la viudedad aragonesa y de la fidelidad navarra, escribe: “Una participación (24) ofrece en Navarra la obligación que parece sobreentendida, de no enajenar los bienes, permitiéndose, sin embargo, la enajenación en caso de necesidad y de no existir hijos, precepto permisivo que claramente expresa el capítulo 3.º, título 2.º, del libro IV del Fuero General de Navarra, al decir: *Marido et muyller casados ensemble, non obiendo creaturas... non deve vender, no camiar... mas si obiere mester de las heredades, venda*. Al llegar a este punto, el legislador se cree obligado a razonar el motivo de esta concesión y exclama a continuación con sencillez: *Esto puede fer porque no ha creaturas*” (25).

11) Más lejos llega todavía Fernández Asiáin, quien no se limita a reproducir la doctrina corriente, sino que, por su cuenta,

---

(21) Victoriano Lacarra y Mendiluce, *Instituciones de Derecho civil navarro*, Pamplona, 1932, II, pág. 211. El mismo texto se mantiene en la edición revisada, publicada por la Diputación Foral, Pamplona, 1965, pág. 401.

(22) José Castán y Tobeñas, *Derecho civil foral*, 2.ª edic., Madrid, 1932, página 183.

(23) Ramón María Roca Sastre, *Estudios de Derecho Privado, II. Sucesiones*, Madrid, 1948, pág. 167.

(24) Sin duda, se trata de un error de imprenta, y en lugar de *participación* debe leerse *particularidad*.

(25) Manuel Albareda Herrera, *Algunas instituciones de Derecho aragónés y navarro*, ADA, VI, 1951-1952, pág. 40.

refuerza la facultad de disposición del usufructuario, pues deja a la libre apreciación de éste la estimación de la necesidad. Luego de mencionar el repetido FGN 4, 2, 3, escribe: "Este es el texto legal sobre el que se centra la facultad de disposición por el usufructuario. Teniendo hijos, pues, el usufructuario carece de titularidad dispositiva... Pero está claro que careciendo de hijos y teniendo necesidad puede disponer —enajenar y gravar— los bienes usufructuados. Debe entenderse solamente los bienes, no el derecho de usufructo, ya que éste, dada su especialidad, está vinculado a la familia. Si tuviere que disponer de los bienes, en el caso permitido, no es preciso justifique previamente la causa de la necesidad, siendo inscribible la enajenación que otorgue sin este requisito" (26).

12) La formulación más explicativa de esta doctrina se encuentra en un breve trabajo que Abadía Escolá publicó acerca del derecho de viudedad navarra (27).

13) De Cossío dice escuetamente que el usufructo de viudedad de Navarra comprende "la totalidad de los bienes del difunto, cualquiera que sea su procedencia, pudiendo el supérstite, aunque sólo en el caso de faltar hijos, disponer de los mismos en caso de nece-

---

(26) Eugenio Fernández Asiáin, *El usufructo de viudedad*, en *Estudios de Derecho Foral Navarro*, Pamplona, 1952, págs. 78-79.

(27) Joaquín Abadía Escolá (*Los derechos del cónyuge viudo en la Legislación foral de Navarra*, Pamplona, 1956, págs. 23-24) se expresa así: "Ocupémonos ahora de los inmuebles que, por imperativo terminante del Fuero, ha de guardar el usufructuario sin venderlos; hacer de ellos permuta; gravarlos ni destruirlos, pues si conculca esta prohibición o perjudica notablemente los bienes y no los repara en el término del año, pierde el usufructo. Sin embargo, este mismo Fuero que impone el respeto debido a los inmuebles que se usufructúan hasta sancionar con la pérdida del derecho los atentados al patrimonio, aunque se ocasionen menormente por no ejecución de las reparaciones, luego se humaniza e introduciendo un viraje noblemente audaz en su texto, agrega: ... mas si oviere mester de las heredades, venda: esto puede ser (*sic*) porque no ha creaturas. Es decir, que nuestro venerable y antiquísimo Fuero, con una prudencia que acredita, una vez más, el buen sentido del legislador navarro, permite la enajenación de los inmuebles por el viudo usufructuario si tuviere necesidad, apreciada libremente según su conciencia, no quedando hijos del disuelto matrimonio u otros descendientes y, como es natural, siempre que se carezca de bienes propios para disponer, sabia excepción ésta que brotada del derecho a la vida ha tenido feliz universalidad, pues, como puede comprobarse por los repertorios de jurisprudencia, en algunos testamentos de personas extrañas a nuestro régimen y a nuestras costumbres se faculta al consorte usufructuario para realizar bienes si lo precisare, utilizando cláusulas que, por su temperamento y por su estilo, casi parecen calco de esta vieja norma foral. Aunque el Fuero menciona específicamente las heredades, ha de entenderse que, llegada la necesidad, podrá el usufructuario vender los muebles igual y antes que los inmuebles, sin que preceda la autorización judicial para estas transmisiones, perfectamente impugnables si fueren hechas en fraude de la ley".

El mismo estudio se halla reproducido literalmente en *Curso de Derecho foral navarro*, publicado por Estudio General de Navarra, I. *Derecho privado*, Pamplona, 1958; vid. págs. 206-207.

sidad" (28). Martínez Calcerrada se limita a transcribir el párrafo precedente, sin de su parte añadir cosa alguna (29).

14) Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida siguen también la corriente de la doctrina generalizada; y así, escriben: "los inmuebles puede venderlos el usufructuario conforme al Fuero general, únicamente si oviere mester de las heredades (con mayor razón, en ese caso, cualesquiera muebles), pero opina Alonso, con toda razón, que únicamente cuando no hay hijos, pues tal es el sentido literal del texto del Fuero general" (30).

Me permito suponer que si estos autores —expertos foralistas ambos— se hubieran planteado seriamente el problema, con facilidad hubiesen llegado a una solución bien distinta de la común y por ellos aceptada. Me baso para esto en que, ya en 1946, Lacruz Berdejo había estudiado, con singular visión y acierto, el régimen matrimonial de bienes en el Fuero General de Navarra, y puso de manifiesto que, según dicho Fuero, y contra la hasta entonces repetida opinión de los autores, el sistema en él establecido no era el de conquistas, sino que dependía de la existencia o carencia de hijos a la disolución del matrimonio: en el primer caso, comunidad universal de bienes; y en el segundo, simple comunidad limitada de muebles y adquisiciones (31). He de reconocer que la lectura de este trabajo de Lacruz fue lo que, en un principio, me hizo conjeturar estuviese equivocada la interpretación de FGN 4, 2, 3 que en todos los libros se encontraba.

15) El alemán Otto Hirneis, en su estimable estudio sobre el *Derecho sucesorio especial de las llamadas regiones forales de España*, acoge, como es natural, la opinión generalizada y común respecto a la facultad de disposición del usufructuario no habiendo hijos del cónyuge premuerto (32).

16) En el mejor y más completo estudio sobre la viudedad navarra —la monografía de Arregui Gil (33)—, a pesar de que su autor

(28) Alfonso de Cossío, *Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente*, en *Revista de Derecho Privado*, 1957, febrero, pág. 137.

(29) Luis Martínez Calcerrada, *Directrices históricas del usufructo mortis causa*, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, VI, pág. 535, nota 160.

(30) José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1966, pág. 299, nota 13.

(31) José Luis Lacruz Berdejo, *El régimen matrimonial de los fueros de Aragón*, ADA, III (1946), págs. 17 y ss. Es un excelente trabajo de investigación histórico-jurídica, de gran interés no sólo para el Derecho de Aragón, sino también para el de Navarra. Respecto al régimen de bienes en el matrimonio, según FGN, vid., especialmente, las págs. 84-89.

(32) Otto Hirneis (*Das besondere Erbrecht der sogenannten Foralrechtsgebiete Spaniens*, Berlin-Tübingen, 1966, pág. 491) escribe: "Als einziges besonderes Recht im Rahmen des navarrischen Ehegattenniesbrauches ist die Befugnis zur Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände bei Vorliegen einer Notlage anzusehen, das aber nur besthet, wenn di Erben nicht legitime Abrömmlinge des Erblassers sind".

(33) José Arregui Gil, *La fidelidad vidual en el Derecho privado de Navarra*, Pamplona, 1968.

hace un detenido examen del problema y analiza con cuidado las distintas situaciones, se reproduce sustancialmente la misma y consabida doctrina (34). Arregui Gil ha utilizado el texto inédito del Fuero Reducido (35), y así ha tenido a la vista un expresivo elemento de interpretación (FR 3, 2, 3) que le hubiese permitido entender correctamente FGN 4, 2, 3. Más adelante veremos el valor que, en orden a la interpretación del problema, ofrece el Fuero Reducido.

17) En un folleto de divulgación, cuyo autor es Salinas Quijada, se recoge en síntesis la misma doctrina que hemos visto aceptada por todos los autores hasta ahora mencionados (36).

18) Finalmente, para terminar esta cita de autores, cabría señalar a Clavería, quien, en su reciente *Historia del Reino de Navarra*, dedica la parte final a la exposición de las instituciones forales (públicas y privadas) de Navarra, y bajo la rúbrica de los usufructos y viudedades escribe: “muerto el usufructuario, pasan los bienes a los parientes respectivos: si no tuviesen hijos, puede vender los bienes en caso de necesidad” (37).

## II. LOS PROYECTOS LEGISLATIVOS.

La doctrina que se acaba de examinar no ha dejado de tener su reflejo y expresa aceptación en algunos, no todos, de los distintos

(34) “En el caso de necesidad y en la medida que el cónyuge sobreviviente lo precisare para su subsistencia, podrá enajenar o gravar los bienes usufructuados, siempre que los nudo propietarios no sean descendientes legítimos del cónyuge premuerto” (Arregui Gil, *Fidelidad vidual*, pág. 126). A continuación dicho autor estudia detenidamente, y distinguiendo diferentes supuestos, el problema de la justificación o no de la existencia de la necesidad.

(35) Arregui Gil (*Fidelidad vidual*, págs. 92-94) transcribe íntegramente los textos correspondientes del Fuero Reducido, lib. 3, tit. 2, caps. 3, 4 y 7.

(36) “El derecho de usufructo no se puede enajenar. Sin embargo, podrá hacerlo en el caso de que no existieran descendientes legítimos del cónyuge premuerto que tuvieran derecho a suceder en los bienes, o cuando ellos lo consintieran. En este mismo supuesto, podrá también el usufructuario enajenar o gravar los mismos bienes usufructuados, en todo o en parte, en la medida que lo necesitare para su subsistencia, siempre que obtuviera la aprobación del Juez de su domicilio con audiencia de los llamados a la nuda propiedad, y con intervención del Ministerio Fiscal” (Francisco Salinas Quijada, *Derecho Privado Foral*, publicado con el número 12, en la Colección *Navarra—Temas de Cultura Popular*, de la Diputación Foral, Pamplona, sin año, pág. 22).

En este punto, el autor se ha inspirado en el Proyecto de Fuero Recopilado, de 1959, que —como luego veremos, nota 48— contiene una de las más desacertadas formulaciones de esta doctrina.

(37) Carlos Clavería, *Historia del Reino de Navarra*, Pamplona, 1971, página 632.

No es éste lugar oportuno ni me juzgo con competencia, en cuanto a la Historia de Navarra se refiere, para hacer crítica de tal libro. Pero sí creo oportuno manifestar mi opinión contraria a esas superficiales exposiciones sobre las instituciones jurídicas, carentes de valor científico, divulgadoras de toda clase de errores, y que muy escaso favor proporcionan al sistema jurídico-foral navarro. Baste aquí expresar el deseo de que obras como esa no se prodiguen en el futuro.

proyectos —oficiales y privados— de Apéndices y de Compilaciones sobre el Derecho civil foral navarro.

1) La *Memoria de Morales* contiene un *proyecto* en forma de artículos. Ya apuntábamos anteriormente la extrañeza que al autor de dicha Memoria produjo la opinión de Alonso y cómo, aun cuando en el texto concluyó por aceptarla, un buen sentido de prudencia legislativa le indujo sin embargo a no darle cabida en el proyecto articulado. Antes bien, el artículo 778 consagra, a mi juicio con acierto, la absoluta prohibición de enajenar por parte del viudo usufructuario (38).

2) La misma norma se mantuvo en el *Proyecto* que la *Comisión Oficial* publicó en 1900 (39).

3) El *Anteproyecto de Covián y Junco* (40), sin duda alguna influido por Alonso, es el primero que autoriza al cónyuge viudo para enajenar bienes usufructuados, sólo en caso de necesidad y si no hubiere hijos u otros descendientes legítimos del cónyuge premuerto (41). En la exposición de motivos de dicho anteproyecto, su autor trata de compaginar el principio *salva rerum substantia* con la indicada facultad dispositiva, que él supone es conforme con el Fuero General (42).

---

(38) Artículo 778. El usufructuario está obligado: ... 5.º A no vender ni permutar los bienes inventariados, ya procedan de él o ya del cónyuge fallecido: pero si se liquidara la sociedad conyugal, podrá vender los que se le hayan adjudicado como propios (Morales, *Memoria*, pág. 248).

(39) Art. 816. El usufructuario está obligado: ... 5.º A conservar los bienes inventariados mientras no se practique la liquidación de la sociedad conyugal y la adjudicación de los mismos. El viudo o viuda podrá enajenar libremente los bienes que en la liquidación se le adjudiquen. Podrá también la viuda, aunque no proceda liquidación, enajenar los bienes dotales de dote inestimada y los parafernales...

Art. 831. El usufructo de viudedad se extingue: ... 5.º Por indebida enajenación de los bienes comprendidos ó que deban comprenderse en el inventario...

(*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, págs. 114 y 117.*)

(40) Se halla inédito. En el Colegio Notarial de Pamplona hay una copia mecanografiada, con la rúbrica de *Anteproyecto de Apéndice para Navarra*. Contiene una exposición de motivos y 155 artículos; ejerció influencia en proyectos posteriores. Es un texto muy defectuoso y, en ocasiones, contiene interpretaciones sobre Derecho foral totalmente equivocadas.

(41) El artículo 64, en su párrafo cuarto y último, dice: "También podrá el usufructuario vender o de cualquier otra manera enajenar las cosas fungibles objeto del usufructo, conforme al artículo 482 del Código civil; los demás bienes no podrán enajenarse en manera alguna cuando los hijos o sus descendientes legítimos sean los herederos propietarios: si tienen este carácter los ascendientes o los parientes colaterales y el patrimonio usufructuado fuese exiguo y hubiese necesidad imperiosa por parte del usufructuario, de acuerdo con los herederos propietarios podrá él mismo proceder a la venta en la cuantía que se fije según las circunstancias."

(42) "No se suscita cuestión —declara la exposición de motivos— respecto a las facultades, por decirlo así dominicales, que tiene el usufructuario

4) El *Anteproyecto* de los abogados *Rafael Aizpún Santafé y Fernando Arvizu*, redactado en 1930, no sigue la pauta del de Covián, y afirma rigurosamente la prohibición de enajenar los bienes usufructuados (43).

5) En 1930, el *Colegio Notarial de Pamplona* publicó un *Proyecto de Apéndice de Derecho Navarro al Código civil*. Dicho texto, seguido de unas notas explicativas, constituía en ese tiempo quizá la más interesante formulación práctica del Derecho foral de Navarra. Sin embargo, en el punto objeto de nuestro trabajo, se dejó llevar por la opinión de Alonso y, por ello, representa una vuelta al Anteproyecto de Covián (44), incluso en términos más graves, puesto que ni siquiera exige la circunstancia de concurrir necesidad en el usufructuario.

6) A partir de entonces, todos los proyectos posteriores van a seguir esa línea, y reconocerán al usufructuario la facultad de disposición en caso de necesidad, siquiera varíen en el problema de justificación de tal estado, así como en cuanto a la concurrencia o no de los nudo propietarios al acto de enajenación.

Todavía en 1944 el *Anteproyecto de Apéndice* que publicó la *Diputación Foral de Navarra* silenció dicha facultad de enajenación por el cónyuge viudo (45); pero, el siguiente año, el *Proyecto* que sobre la base del Anteproyecto editó la misma Diputación, añadió un nuevo artículo que reconocía tal potestad al usufructuario, caso

---

en cuanto a su derecho; pero sí lo que relaciona con sus bienes, pues aunque en rigor prevalece el *salva rerum substantia* de los romanos, el Fuero autoriza la venta de los mismos, porque no ha creaturas, es decir, cuando los herederos propietarios no sean hijos, y además haya necesidad extrema. El párrafo cuarto del artículo 64 procura con toda claridad resolver cuantas cuestiones pudieran presentarse sobre este extremo, sin apartarse por supuesto de lo proclamado por el Fuero.”

(43) Art. 76. El usufructuario foral está obligado: ... 5.º A conservar con diligencia los bienes inventariados mientras no se practique la liquidación de la sociedad conyugal: y después de practicarla, a conservar con el mismo cuidado los que se le adjudiquen en usufructo. La viuda podrá enajenar libremente los que se le adjudiquen en propiedad. Podrá, además, aunque no preceda liquidación, enajenar y gravar libremente los bienes de la dote inestimada y los parafernales.

Art. 88. El usufructo de viudedad se extingue: ... 5.º Por indebida enajenación o gravamen de los bienes objeto del usufructo, o de parte de ellos.”

(Rafael Aizpún Santafé y Fernando Arvizu, *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Pamplona, 1930, págs. 19-20 y 24-25.)

(44) El artículo 61, en su párrafo último, dispone: “Si no existen hijos ni descendientes del cónyuge premuerto, el usufructuario podrá enajenar y gravar los bienes usufructuados” (*Apéndice de Derecho Navarro al Código Civil. Proyecto formulado por el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona*, Pamplona, 1930, pág. 19).

(45) “Ar. 76. El usufructo de viudedad se extingue: ... 4.º Por indebida enajenación o gravamen de los bienes objeto del usufructo o de parte de ellos” (*Diputación Foral de Navarra, Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Pamplona, 1944, pág. 18).

de no existir descendientes, y siempre que hubiere necesidad debidamente justificada (46).

7) El año 1959 el *Consejo de Estudios de Derecho Navarro* (constituido como Comisión Oficial Compiladora a raíz del Congreso Nacional del Derecho Civil de Zaragoza) dio a conocer un *Anteproyecto de Fuero Recopilado de Navarra* que, sometido a un brevísimo período de información pública, seguidamente llegó a ser *Proyecto*, publicado el mismo año. La ley 223 del Anteproyecto (47) y la ley 205 del Proyecto —que literalmente mantiene la redacción de aquélla (48)— constituyen sin duda la más desdichada formulación de la doctrina, pues no se conforman con atribuir al usufructuario la facultad de enajenar o gravar los bienes usufructuados, en caso de necesidad y siempre que no existieren descendientes legítimos del cónyuge premuerto, sino que, en el mismo supuesto de carencia de hijos, reconocen al viudo la facultad de, por sí sólo, enajenar o gravar su derecho de usufructo. Desconozco cuál pudo ser el fundamento histórico, institucional o lógico, o la razón de conveniencia práctica, que indujeron a semejante solución (49).

8) Finalmente, la inercia de la repetida tesis no dejó de pesar, como un lastre muerto, al ser redactadas las *Recopilaciones Privadas*

---

(46) Si bien el artículo 77, núm. 4.º, mantiene a la letra el artículo 76, núm. 4.º, del Anteproyecto, el Proyecto introduce respecto a aquél la novedad de añadir un artículo, que dice así: "Art. 75. El viudo o viuda, cuando no hubiere descendientes del cónyuge premuerto, podrá enajenar los bienes que del mismo usufructúe en caso de necesidad debidamente justificada. La necesidad se declarará en expediente tramitado con arreglo a las disposiciones del título XI, libro III, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con audiencia de los herederos del cónyuge premuerto" (Diputación Foral de Navarra, *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Pamplona, 1945, pág. 18).

(47) Consejo de Estudios de Derecho Navarro. Comisión Compiladora del Derecho Civil Navarro. *Anteproyecto de Fuero Recopilado de Navarra*. Pamplona, 1959, pág. 59, ley 223.

(48) "Ley 205. El derecho de usufructo es inalienable.

Sin embargo, cuando no existieren descendientes legítimos del cónyuge premuerto que tuvieren derecho a suceder en los bienes, o cuando ellos lo consintieren, el usufructuario podrá enajenar o gravar su derecho.

En los mismos casos podrá también el usufructuario enajenar o gravar los mismos bienes usufructuados, en todo o en parte, en la medida en que lo necesitare para su subsistencia, siempre que obtenga la aprobación del Juez de su domicilio con audiencia de los llamados a la nuda propiedad y con intervención del Ministerio Fiscal.

Si estuvieren llamados a los bienes personas futuras, el consentimiento podrán prestarlo en su nombre los llamados a representarles en el caso de su nacimiento."

(Comisión Compiladora del Derecho Civil de Navarra, *Fuero Recopilado de Navarra*, Pamplona, 1959, págs. 90-91.)

(49) La solución acogida en dichos Anteproyecto y Proyecto de Fuero Recopilado parece coincidir con algunos párrafos del trabajo de Abadía Escolá (*Los derechos del cónyuge viudo en la Legislación Foral de Navarra*, Pamplona, 1956, págs. 24-26), en el que tal vez se haya inspirado.

de 1967 (50) y de 1971 (51), que reconocen también al usufructuario la facultad de enajenar o gravar los bienes usufructuados, en caso de necesidad, y siempre que los nudo propietarios no sean descendientes legítimos del cónyuge premuerto (52).

En la fase última de estudio de dicha Recopilación de 1971, presenté a mis compañeros de trabajo una exposición crítica de la opinión mantenida hasta entonces, así como algunos de los argumentos, basados en los datos que entonces yo poseía, que a mi juicio aconsejaban rectificar el criterio que se había seguido. Aun admitiendo el fundamento de las razones que aduje, juzgaron mis compañeros en la redacción de dicha obra que parecía preferible —dado que mi tesis representaba una negación de la opinión unánimemente mantenida hasta entonces— que la cuestión fuese debatida en el seno de la Comisión Oficial Compiladora, cuando posteriormente emprendiese ésta la tarea de revisar los trabajos realizados.

9) Según se indicó anteriormente (53), la Comisión Oficial Compiladora del Derecho Civil de Navarra, en sesión celebrada el 30 de junio de 1971, acordó aprobar la Recopilación Privada últimamente redactada, y elevarla a la condición de *Anteproyecto oficial de Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*.

Abierto, conjuntamente por la Diputación Foral de Navarra y por el Presidente de la Comisión Oficial Compiladora, el período de información pública, formulé en su día la correspondiente *enmienda* relativa a varios extremos del Anteproyecto, entre ellos el párrafo segundo de la ley 258, cuya supresión solicité. En el presente estudio, desarrollo los argumentos que entonces expuse, y aduzco ahora nue-

---

(50) *Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra*, redactada por Juan García-Granero Fernández, José Javier Nagore Yárnoz, Jesús Aizpún Tuero, Alvaro D'Ors Pérez-Peix y José Arregui Gil, Pamplona, 1967.

Esta Recopilación constituye un avance parcial de la que luego se publicó en 1971, y contiene sólo un Libro Primero (De las personas y de la familia) y un Libro Segundo (De las donaciones y sucesiones). Como en su prólogo se advertía (págs. 13-14), la obra quedaba pendiente de completar con un Libro Tercero (De los bienes), un título introductorio y un título de disposiciones finales.

(51) La *Recopilación de 1971* recoge y completa la anterior de 1967. Sobre la misma, vid. lo que se indica en la nota 1.

(52) "Ley 217. Enajenación de bienes.—El derecho de usufructo de fidelidad es inalienable. No obstante, los nudo propietarios y el usufructuario conjuntamente podrán enajenar o gravar el pleno dominio de los bienes sobre que recae el usufructo.

Si los nudo propietarios no fuesen descendientes legítimos del cónyuge premuerto, el usufructuario, en caso de necesidad y en la medida que lo precisare para su subsistencia, podrá enajenar o gravar los bienes usufructuados. La necesidad de disponer de bienes determinados podrá justificarse por acta notarial de notoriedad o información "ad perpetuam memoria" y, en su defecto, por autorización judicial en actos de jurisdicción voluntaria" (*Recopilación Privada de 1967*, pág. 86).

Esta ley, con idéntica redacción, pasó a ser la 258 de la *Recopilación Privada de 1971*, vid. pág. 79.

(53) Vid. nota 1.



vas pruebas documentales que en aquel tiempo, por premura en razón del plazo de presentación de enmiendas, no pude aportar.

### III. CRITICA DE LA "COMMUNIS OPINIO"

#### I. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Sobre la precedente reseña, insoslayablemente reiterativa y farragosa, de las opiniones de autores, desde Yanguas y Alonso hasta los actuales, cabe señalar con carácter general:

a) Algún que otro autor (Morales, Covián) no deja de experimentar cierta extrañeza ante la lectura de FGN 4, 2, 3, e incluso sobre que el fuero atienda a la existencia o carencia de hijos, como causa para negar o conceder al usufructuario la facultad de disponer.

b) La casi totalidad (Alonso, Marichalar y Manrique, Gutiérrez, Lacarra) vienen simplemente a acatar lo que estiman es el claro sentido literal del fuero.

c) Hay algunos (Albareda Herrera, Fernández Asiáin, Abadía Escolá) que llegan más lejos, puesto que, no sin cierto alarde de imaginación, pretenden descubrir o conocer los supuestos motivos que indujeron al redactor del Fuero General para negar en unos casos —existiendo hijos— y conceder en otros —carencia de hijos— facultad de enajenación al usufructuario.

Mas, en rigor, si examinamos con cierto detenimiento dicha cita de autores, luego de comprobar que éstos ni entran verdaderamente en el problema ni justifican su doctrina, observaremos:

1) En *un orden puramente gramatical*: que Yanguas, Alonso, y Marichalar y Manrique, citan el texto del Fuero General por la edición de 1815; y todos los demás autores, por la edición de Ilarregui y Lapuerta en 1869; y que ninguno de ellos ha consultado el manuscrito original que se utilizó para ambas ediciones ni, menos aún, los demás códices que se hallan en el Archivo de Navarra y en el Archivo de la Catedral de Pamplona, esto sin hablar de los numerosos manuscritos que se encuentran en otros archivos (54).

2) En *un orden sistemático*: que todos estos autores citan exclusivamente FGN 4, 2, 3, sin tener en cuenta otros pasajes del propio fuero, incluso según las mismas ediciones publicadas. Es decir, que no han examinado el párrafo dentro del conjunto u ordenación del

---

(54) Hay que hacer excepción de Lacruz Berdejo, quien (*Régimen matrimonial*, págs. 85-87) al estudiar el régimen matrimonial en los fueros de Aragón hizo buen uso de varios manuscritos del FGN, cuyos textos es de lamentar no tuviese posteriormente en cuenta en su libro *Derecho de Familia* (escrito en colaboración con Sancho Rebullida), cuando estudia el problema objeto de este trabajo (vid., pág. 299, nota 13). En descargo de estos foralistas aragoneses no debe menospreciarse el peso abrumador de la doctrina navarra, unánime en la interpretación de FGN 4, 2, 3, así como la claridad aparente, aunque engañosa, en la lectura de este texto.

Fuero General, y que ninguno ha parado mientes en el verdadero contenido y objeto normativo de FGN 4, 2, 3; este texto, tanto o más que de la viudedad, trata sobre arras, régimen de bienes en el matrimonio y comunidad conyugal continuada. Muchos de estos autores, con una falta total de sentido histórico, parten de la base de que el Fuero General regula las conquistas como régimen económico del matrimonio, y de que articula una verdadera viudedad legal, supuestos ambos fundamentalmente falsos, como fácilmente se evidencia con una simple lectura detenida del conjunto de las disposiciones que el fuero comprende (55).

3) En *un orden histórico*: que, al estudiar el problema, ninguno de esos tratadistas ha tenido en cuenta los precedentes remotos de la institución, ni los documentos de aplicación del Derecho anteriores o coetáneos, ni los preceptos de los fueros locales navarros (Estella, Tudela, Novenera, Viguera y Val de Funes) ni, por supuesto, el Fuero Reducido. La simple lectura de este último les hubiese dado luz suficiente para una adecuada interpretación del texto que motiva este trabajo (56).

4) En *un orden de Derecho comparado*: que tales autores tampoco han tenido en cuenta el Derecho histórico aragonés, de gran importancia en este punto dada la comunidad de origen de la fidelidad navarra y la viudedad aragonesa; ni, por supuesto, han atendido a una confrontación con otros sistemas del Derecho comparado.

5) Y, finalmente, en *un orden institucional*: que ni siquiera han analizado la congruencia o incompatibilidad de la supuesta facultad

---

(55) Lacruz Berdejo (*Régimen matrimonial*, págs. 84-89) ha esclarecido perfectamente cuál es el régimen matrimonial según FGN, pero de su luminosa exposición no extrae luego las obligadas consecuencias en cuanto a los derechos del usufructuario navarro de fidelidad. En otro interesante trabajo suyo (*Cuestiones fundamentales de la viudedad foral navarra*, en Príncipe de Viana, 27, 1966, núms. 104-105, págs. 250-254) ha efectuado un buen planteamiento de las relaciones entre arras, régimen de bienes en el matrimonio, comunidad conyugal continuada y viudedad.

Lo propio cabe decir de Sancho Rebullida, quien, en su documentado y bien elaborado estudio sobre *La viudedad aragonesa* (ADA, VIII, 1955-1956, páginas 17-29), examina acertadamente el origen de la viudedad y sus relaciones con las arras y la comunidad conyugal continuada.

Abribo la convicción de que si Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida —en su obra conjunta (*Derecho de Familia*)— se hubieran planteado seriamente el problema a la luz de sus anteriores estudios sobre la viudedad, no se hubiesen dejado arrastrar por la opinión de la doctrina navarra en relación al poder de enajenación por el viudo usufructuario.

Arregui Gil (*Fidelidad viudal*, págs. 39-65), haciendo aplicación de las ideas de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, logra un adecuado enfoque sobre el origen histórico de la viudedad navarra. Esta precisión inicial, en cuanto a las relaciones entre *fealdat* y otras instituciones de régimen matrimonial de bienes, pudo haber sido para ese autor un buen punto de partida en el análisis del tema concreto que ahora estudiamos.

(56) Arregui Gil (*Fidelidad viudal*, págs. 92-94) recoge varios textos de uno de los manuscritos del Fuero Reducido, pero luego no los tiene en cuenta como elemento interpretativo a la hora de dictaminar sobre la pretendida facultad de disponer por el cónyuge viudo usufructuario.

dispositiva del usufructuario con el fundamento o razón de ser de la institución de la viudedad.

Pues bien, si efectuamos un examen del problema mediante la consideración de estos elementos interpretativos (gramatical, sistemático, histórico, comparado e institucional), veremos con qué lógica sencillez se impone una solución radicalmente contraria a la que ha prevalecido en la doctrina navarra y, por contagio o inercia, en los demás tratadistas.

## II. ELEMENTO GRAMATICAL.

A) LAS EDICIONES DEL FUERO GENERAL DE NAVARRA.—En verdad, la doctrina que, en orden a la interpretación de FGN 4, 2, 3, hemos calificado de unánime, se atiene exclusivamente al sentido literal del texto, según consta en la edición del fuero publicada por Ilarregui y Lapuerta.

En apariencia, dicho pasaje es claro y de sencilla interpretación. Transcribimos nuevamente el párrafo concreto sobre el que hemos de centrar el estudio:

Marido et muyller casados ensemble, no oviendo creaturas, muerta la muyller, el marido puede tener sus heredades; biviendo en fealdat, non deve vender, nin cambiar, nin ayllenar, ni empeynar las heredades de la muger; *mas si oviere mester de las heredades, venda*: esto puede fer porque no ha creaturas.

Ha quedado subrayada la frase fundamental, para mejor contraste del texto en su cotejo con el de los diversos manuscritos del Fuero General y, en especial, en relación al manuscrito que Ilarregui y Lapuerta utilizaron en su edición (Ms.-1 del Archivo General de Navarra).

La importancia de una correcta fijación del texto, unida a la consideración de que el elemento gramatical ha sido el único aspecto atendido por la doctrina que combatimos, obliga a plantear con detenimiento el examen contrastado de los diferentes códices del Fuero General y a realizar una cuidadosa valoración de tal elemento interpretativo.

Lacruz Berdejo, en su ya citado trabajo sobre *El régimen matrimonial en los Fueros de Aragón*, publicado en 1946 (57), al estudiar el mismo régimen de bienes dentro del marco del Fuero General de Navarra, reprodujo ya unos párrafos de éste según el manuscrito de Estocolmo y algunos manuscritos de la Biblioteca Nacional de Madrid, que ofrecen en este punto una redacción mucho más precisa que la que brinda la edición de Ilarregui y Lapuerta. La lectura de ese excelente trabajo de Lacruz Berdejo me llevó a la convicción de ser obligada una consulta directa de los manuscritos, que permitiese esclarecer el verdadero sentido del texto.

Del Fuero General de Navarra existen tres ediciones: 1) la de

---

(57) ADA, III (1946), pág. 86 y nota 70.

Chavier, en 1686 (58); 2) la de la *Diputación de Navarra*, en 1815 (59); 3) y la de *Illarregui y Lapuerta*, publicada en 1869 (60); esta última, como más conocida y asequible, es la usualmente utilizada por los autores y seguida en la práctica (61).

Indudablemente, estas tres ediciones se realizaron tomando como base un mismo código, el Ms.-1 del Archivo General de Navarra, en Pamplona (62); las tres coinciden exactamente en la versión que dan de FGN 4, 2, 3.

Ninguna de ellas responde a las exigencias de la moderna investi-

(58) *Fveros del Reyno de Navarra, desde su creación hasta su feliz unión con el de Castilla, y Recopilación de las leyes promulgadas desde dicha unión hasta el año de 1685. Recopiladas, y redvctidas a lo sustancial, y a los titulos a que corresponden por el Licenciado don Antonio Chavier*, Pamplona, 1686.

(59) *Fueros del Reino de Navara, desde su creación, hasta su feliz unión con el de Castilla*, Pamplona, 1815.

(60) *Fuero general de Navarra. Edición acordada por la Excma. Diputación Provincial, dirigida y confrontada con el original que existe en el Archivo de Comptos*, por don Pablo Illarregui y don Segundo Lapuerta, Pamplona, 1869.

(61) Salinas Quijada (*Derecho Civil de Navarra*, I, Pamplona, 1971, pág. 100) considera como cuarta edición la realizada en 1964 por acuerdo de la Diputación Foral e incluida como volumen I en la colección *Biblioteca de Derecho Foral*. No comparto tal opinión, pues dicha publicación no puede considerarse, en todo caso, sino como una simple reproducción de la edición de Illarregui-Lapuerta, por cuanto se limita a copiar ésta literal e íntegramente, sin más variante que adicionar el Amejoramiento de Carlos III el Noble. Esta reedición —al igual que las anteriores ediciones de FGN— está hecha sin ningún aparato crítico y carece de todo valor científico. Su única utilidad ha sido hacer asequible a los juristas un texto cuya adquisición no resultaba fácil. Sólo en este sentido puede merecer elogios la decisión de la Corporación Foral respecto a la reedición de los viejos textos forales.

(62) Me remito a la autorizada opinión de José María Lacarra (*Guía del Archivo General de Navarra.—Pamplona*, pub. en Madrid, 1953, pág. 137), quien, al describir los distintos códigos jurídicos existentes en dicho archivo, dice: “1. Fuero General de Navarra. 1.º Ms. en pergamino 110 fols., letra del siglo xiv. Encuadernado en piel sobre tabla. Procede de la Cámara de Comptos y a él responde la edic. de Illarregui y Lapuerta (Pamplona, 1869).”

Induráin, en su estudio lingüístico sobre FGN (*Contribución al estudio del dialecto navarro-aragonés antiguo*, Zaragoza, 1945, págs. 11-12), al referirse a la edición de Illarregui y Lapuerta, escribe: “Aunque no lo dicen sus autores, he podido comprobar que éstos utilizaron el código número 3 de la Cámara de Comptos, preferente si no exclusivamente”.

Me permito disentir totalmente de la opinión de Induráin. Como luego veremos, basta comprobar la versión que de FGN 4, 2, 3 ofrecen el Ms.-1 y el Ms.-3 para apreciar sin esfuerzo que este último no pudo ser el código que utilizaron Illarregui y Lapuerta, al menos en cuanto al pasaje que aquí es objeto de estudio.

Por lo demás, el mencionado estudio de Induráin dista bastante de satisfacer las aspiraciones sobre el aspecto filológico del Fuero General. En esta materia es interesante el libro de González Ollé, *Textos lingüísticos navarros*, Pamplona, 1970. Vid., también: José María Lacarra, *¿El Fuero general de Navarra, traducido al Euskera?*, en AHDE, XII (1935), págs. 439-441; Fray Eusebio de Echalar, *Algunas voces vascas usadas en el Fuero general de Navarra*, en Euzkadi, VII (1927); y Julio Caro Baroja, *Observaciones sobre el vascuence y el Fuero general de Navarra*, en Fontes Lingvae Vasconum. Studia et documenta, I, núm. 1 (1969, enero-abril), págs. 61-95. Fernando González Ollé, *Vascuence y romance en la historia lingüística de Navarra*, Pamplona, 1972, contiene también algunas indicaciones.

gación (63), y recogen sólo la última redacción sistemática del Fuero General, sin tener en cuenta las redacciones anteriores. Ya hace tiempo que los historiadores del Derecho han lamentado, justificadamente, la carencia de una buena edición crítica (64). El profesor Gunnar Tilander (al que, así como a varios de sus discípulos, tanta gratitud debemos los juristas españoles por sus excelentes ediciones de varios textos navarros y aragoneses: Fueros de Aragón, Fuero romanceado de Teruel, Vidal Mayor, Fueros de la Novenera y Fuero de Estella), tiene anunciada la edición de las distintas versiones del Fuero General de Navarra (65). También el profesor José María Lacarra, por encargo de la Institución Príncipe de Viana (de la Diputación Foral de Navarra), está preparando, en fase muy adelantada, la edición de las diferentes redacciones del Fuero General, que se publicarán en la colección *Fueros de Navarra* (en la que han aparecido ya, como volumen 1, los Fueros de Estella y San Sebastián) (66). Es de desear la pronta publicación de las diferentes versiones del Fuero General que, además de facilitar su exacto conocimiento, ofrecerá, así a los foralistas como a los historiadores del Derecho, un excelente medio de trabajo para afrontar, con seriedad científica, el estudio de los múltiples problemas que presenta esta interesantísima fuente del Derecho territorial navarro y que, de otro lado, no lo olvidemos, es todavía cuerpo legal vigente en Navarra (67).

(63) Yanguas y Miranda (*Diccionario antigüedades*, I, págs. 394-416) puso ya de manifiesto las omisiones, errores y malas interpretaciones del manuscrito, que aparecen en las ediciones de 1686 y 1815; por cierto que, entre tales errores, no menciona la mala transcripción de 4, 2, 3. Pero, aparte esto, la realidad es que la edición de 1869 tampoco mejora mucho la situación respecto a las anteriores.

(64) Compruébese, por ejemplo, en Meijers, *Los Fueros de Huesca y Sobrarbe*, en *Etudes d'Historie du Droit*, I, Leyde, 1956, pág. 286. Este trabajo había sido anteriormente publicado en AHDE, XVIII (1947), págs. 35-60.

(65) Gunnar Tilander, *Fuentes jurídicas*, en *Enciclopedia Lingüística Hispánica*, II. *Elementos constitutivos*, Fuentes, Madrid, 1967, pág. 450.

(66) *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.

(67) Posiblemente el Fuero General de Navarra sea no sólo el más singular, sino también el más complejo de los monumentos jurídicos españoles de la Edad Media. En verdad, muy poco sabemos con certeza acerca de la época de formación de las distintas redacciones, autor o autores de ellas, lugar en que se formaron, lenguaje, etc. Falta, incluso, un estudio a fondo acerca de los distintos materiales o elementos utilizados, pues si bien aparece evidente su carácter como una recopilación o reelaboración de varias recopilaciones, así como sus indudables relaciones con F Jaca, F Tudela, F Viguera, Compilación de Huesca y las recopilaciones privadas aragonesas, no sabemos exactamente en qué forma, o por qué medios, unas fuentes influyen en otras, ni sus recíprocas conexiones. Esto aparte, naturalmente, de los materiales jurídicos recogidos en FGN y que no presentan relación alguna con las demás fuentes jurídicas mencionadas; y también otros problemas, como el del influjo del Derecho romano, que en algunos pasajes se acusa. En orden a su rango como fuente jurídica, plantea problemas como el de su origen, indudablemente recopilación privada que posteriormente adquiere aceptación oficial, o como el de su progresiva extensión para llegar a ser fuente territorial en todo el reino; y, finalmente, el de su coexistencia, cómo y hasta cuándo, con los fueros locales navarros.

B) LOS MANUSCRITOS DEL FUERO GENERAL DE NAVARRA.—Interesado en efectuar una confrontación del texto 4, 2, 3 de FGN (que antes hemos transcrito según Ilarregui y Lapuerta) con sus correlativos de los manuscritos originales, me trasladé a Zaragoza para entrevistarme con el profesor José María Lacarra, a quien expuse mi preocupación por el tema. Con su habitual amabilidad y generosidad puso a mi disposición los materiales (fotocopias, notas) de la edición que prepara sobre el Fuero General de Navarra. Más aún: fue él quien me indicó la causa evidente del error que Ilarregui y Lapuerta (como en las precedentes ediciones) padecieron al dar la versión del texto que comentamos. En mérito al profesor Lacarra —a quien me complazco en agradecer públicamente su inestimable ayuda—, puedo ofrecer ahora una prueba documental concluyente que demuestra la incorrección de 4, 2, 3 en la versión que presentan las tres ediciones del Fuero General. Con ello, se destruye el argumento gramatical, de pura apariencia literal del texto, que en verdad constituye el único apoyo de la doctrina.

De todos los manuscritos, cuya transcripción o fotocopia puso a

---

El Fuero General, hoy día, sigue siendo fuente jurídica vigente dentro del sistema normativo navarro. En ocasiones, sin embargo, al jurista práctico no deja de ofrecer difíciles problemas en orden a su inteligencia y, especialmente, respecto a si, en algunos extremos, se halla subsistente o, por el contrario, ha sido modificado o derogado por obra de disposiciones legales posteriores (Amejoramientos, Novísima Recopilación, leyes de cortes posteriores a ésta) e incluso por la costumbre o la práctica jurídica actual.

Una clara y concisa exposición sobre FGN, en Rafael Gibert, *Fuero General de Navarra*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, X, págs. 321-326. Vid., también, del mismo autor, *Historia general del Derecho español*, Granada, 1968, páginas 68-72. Asimismo son de interés las páginas que a dicho fuero dedica Jesús Lalinde Abadía, *Iniciación histórica del Derecho español*, Barcelona, 1970, páginas 151-155. Con bastante extensión trata del Fuero General Francisco Salinas-Quijada (*Derecho civil de Navarra*, I, Pamplona, 1971, págs. 85-113), pero estimo adolece de falta de una reconsideración de las cuestiones fundamentales a la luz de las modernas investigaciones de los historiadores del Derecho.

El tema de las relaciones del Fuero General con otras fuentes ha sido tratado por diferentes autores: Ernst Mayer, *El origen de los Fueros de Sobrarbe*, en AHDE, III (1926), págs. 156-167; Häbler, *Los Fueros de Sobrarbe*, en AHDE, XIII (1941), págs. 5-35; Meijers, *Los Fueros de Huesca y Sobrarbe*, en AHDE, XVII (1947), págs. 33-60, recogido en *Etudes d'Histoire du Droit*, I, Leyde, 1956, págs. 267-286; José María Ramos Loscertales, *Los Fueros de Sobrarbe*, en Cuadernos de Historia de España, VII (1947), páginas 34-66; José María Lacarra, *La formación de las familias de Fueros Navarros*, en AHDE, X (1933), págs. 203-272, y Alfonso García Gallo, *Aportación al estudio de los fueros*, en AHDE, XXVI (1956), págs. 425-430.

El estudio de Ilarregui (*Del origen y autoridad legal del Fuero general de Navarra*, Pamplona, 1869), todavía seguido en lo sustancial por Salinas Quijada (*Derecho civil de Navarra*, I, Pamplona, 1971, págs. 88-96 y 113), no puede hoy ser aceptado y precisa de una completa revisión.

En relación al proceso de formación del núcleo originario del Fuero General, es de gran interés el estudio de José María Lacarra, en *El juramento de los Reyes de Navarra (1234-1329). Discurso de recepción en la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1972, especialmente, págs. 10-30.

Sobre los aspectos lingüísticos del Fuero General, vid. la bibliografía citada en la nota 62.

mi disposición el profesor Lacarra, resulta, en términos inequívocos, que el marido infanzón viudo, que tiene fealdat sobre los bienes de su premuerta esposa, no oviendo creaturas, y si oviere mester, *puede vender de las heredades propias, pero no de las heredades de la muger*. O sea, algo radicalmente contrario a lo que hasta ahora se ha leído y creído entender en base a la versión que aparece en la edición de Ilarregui y Lapuerta, defectuosamente realizada sobre un solo manuscrito.

Siguiendo el plan de la proyectada edición del profesor Lacarra, doy a continuación el texto correlativo de FGN 4, 2, 3 según los distintos manuscritos, reunidos éstos en tres grupos: 1) redacciones de la serie A, asistemáticas, las más antiguas; 2) redacciones de la serie B, también asistemáticas; 3) y redacciones de la serie C, sistemáticas, las más modernas.

a) *Redacciones de la serie A, asistemáticas.*—Se comprenden en este grupo los siguientes códices:

1) *Manuscrito-279 de la Biblioteca Nacional de Madrid.*—E si muger et marido casados en uno no an criaturas, muerta la muger, el marido puede tener mientre biviere en fealdat las heredades de la muger, et non les puede vender, ni enpeinar, nin camiar, ni agenaar las heredades de la muger; *mas si menester fuere, venda sus heredades propias* (68).

2) *Manuscrito de Dresden.*—Et si marido et muger casados en uno no an criaturas, muerta la muger, el marido puede tener mientre biviere en fealdat las heredades de la muger, et non las puede vender nin empeynar nin camiar nin alienar las heredades de la muger; *mas si mester li (li) fuere, venda sus heredades propias* (69).

3) *Manuscrito-8000 de la Biblioteca Nacional de Madrid.*—Et si marido et muger casados en uno no han creaturas, muerta la muger, el marido puede tener mientre en fealdat las heredades de la muger; *mas si menester lis fuere, venda de sus heredades propias* (70).

4) *Manuscrito-260 español, de la Biblioteca Nacional de París.*—E si muger e marido casados en uno no an creaturas, muerta la muger, el marido puede tener mientre eyll biviere ( ) las heredades de la muger, ( ); *mas si fuere menester, venda sus heredades propias* (71).

(68) Ms.-279 de la Biblioteca Nacional de Madrid, folio 130 vt.º

(69) Ms.-de Dresden, folio 25 vt.º

(70) Ms.-800 de la Biblioteca Nacional de Madrid, folio 26 vt.º

Comparativamente a otros manuscritos de la misma serie, se observa que éste omite *biviere*, y, asimismo, la frase *et non las puede vender, ni empeinar, nin camiar, ni agenaar las heredades de la muger*. No obstante estas mutilaciones, ya sean deliberadas, ya obedezcan a simple descuido del copista, el texto tiene el mismo claro sentido, sobre todo si se interpreta en función de los otros manuscritos.

(71) Ms.-260 español de la Biblioteca Nacional de París, folio 37.

b) *Redacciones de la serie B, asistemáticas.*—Comprende los códices siguientes:

1) *Manuscrito-17653 de la Biblioteca Nacional de Madrid.*—Marido et muyller casados ensemble, no oviendo creaturas, muerta la muyller, el marido puede tener sus heredades mientras viva en fealdad non vender, ni cambiar ni aylenar ni empeynar las heredades de la muyller; *mas si oviere mester de las suas heredades venda* (72).

2) *Manuscrito-280 de la Biblioteca Nacional de Madrid.*—Marido et muger casados ensemble, no oviendo creaturas, muerta la muger, el marido puede tener sus heredades de mientras que biva como si fues bona en fealdat, et non puede vender ni cambiar ni ayllenar ni empeynar las heredades della muger; *mas si oviere mester venda de sus heredades* (73).

3) *Manuscrito-65 español, de la Biblioteca Nacional de París.*—Marido et muyller, casados ensemble, non oviendo creaturas, muerta la muyller, el marido puede tener sus heredades mientras biva en fealdat, et non vender nin cabiar ni allienar nin enpeynar las heredades de la muyller; *mas si oviere mester de las sus heredades, venda* (74).

c) *Redacciones de la serie C, sistemáticas.*—Entre ellas, mencionaremos todos los manuscritos existentes en los Archivos de Pamplona (Archivo de la Catedral y Archivo General de Navarra), habida cuenta de que hubieron de ser éstos, o alguno de ellos, los que tuviesen carácter oficial y sirvieran de base para las distintas ediciones que del Fuero General se han hecho.

1) *Manuscrito de la Catedral de Pamplona.*—Marido et muyller casados ensemble no ouiendo creaturas de la muyller el marido puede tener sus heredades, biuiendo en fealdat non deve uender ni camiar ni ayllenar ni enpeynar las heredades de la muyller, *mas si ouiere mester, de las sus heredades venda*; esto puede fer porque no ha creaturas (75).

2) *Manuscrito-2 del Archivo General de Navarra.*—Marido et muyller casados ensemble no ouyendo creaturas muerta la muyller el marido puede tener las heredades de la muyller, biuiendo en fealdat, non deve uender ni cambiar, ni ayllenar ni empeynar las here-

---

Es un manuscrito muy deficiente. Las omisiones se han dejado en blanco en la transcripción del texto. Al magen, de letra antigua, se lee *biviendo en fealdat*, así como otras frases de difícil lectura, pero que muy posiblemente salvan dichas lagunas.

(72) Ms.-17653 de la Biblioteca Nacional de Madrid, folio 22 vt.<sup>o</sup>-23 r.

(73) Ms.-280 de la Biblioteca Nacional de Madrid, folio 27 vt.<sup>o</sup>-28 r.

(74) Ms.-65 español de la Biblioteca Nacional de París, folio 19 vt.<sup>o</sup>

(75) Ms. de la catedral de Pamplona, cód. 106, folio 65.

El copista omitió aquí *muerta la y*, en su lugar, escribió *della*; sin que con ello se altere el sentido.



dades de la muyller, *mas si ouyere mester de las suyas heredades venda*; esto puede fer porque no ha creaturas (76).

3) *Manuscrito-3 del Archivo General de Navarra*.—Marido et muyller casados ensemble no ouiendo creaturas muerta la muyller el marido puede tener sus heredades biuiendo en fealdat non deue uender nin cambiar nin alienar, nin empeynnar las heredades de la muyller, *mas si ouiere mester de las sus heredades uenda*; esto puede fer porque no a creaturas.

Este manuscrito constituye una rotunda confirmación de cuál era el sentido que los juristas de entonces inequívocamente atribuían al texto. Así, al principio del mismo 4, 2, 3, al expresar el concepto o idea esencial de la fealdat, este código transcribe, en línea coincidente con los demás, lo siguiente:

Como deue tener fealdat infançon biudo, et si fuere acusado que es casado como se deue saluar. Infançon casado con su muger ouiendo creaturas si muere la muyller el marido deue tener las heredades de la muyller et las suyas teniendo fealdat et todo el mueble deue recibir, et todas las deudas pagar mientras touiere fealdat, et deue criar et conseyllar sus criaturas; fealdat deue tener desta guisa: non casando, non uendiendo, non camiando, non alienando... etc.

Después de *non uendiendo*, interlineado por nota al margen, y de letra distinta, figura lo siguiente: *de las heredades dela muger, e si mester ouiere venda de las suyas* (77).

Es decir, un jurista o copista —no sabemos quién— quiso precisar al principio de 4, 2, 3 el sentido y alcance de la prohibición de enajenar, y para ello añadió por nota marginal, como interpolación al texto, lo que este mismo dice más adelante, para dejar claramente establecido, mediante esta reiteración de conceptos, que la prohibición de enajenar se refiere a las heredades usufructuadas, y que el viudo, si tiene necesidad, puede disponer sólo de las suyas propias.

4) *Manuscrito-1 del Archivo General de Navarra*.—Deliberadamente he dejado este manuscrito para ser examinado en último lugar, por cuanto fue el que Ilarregui y Lapuerta utilizaron para su edición (78). En todos los códigos a que hasta ahora hemos pasado revista, es perfectamente claro el sentido de los pasajes correspondientes al que figura como 4, 2, 3 en las redacciones sistemáticas. Ahora bien, ¿es que, acaso, dicho manuscrito-1 del Archivo General de Navarra ofrece una versión diferente? Decididamente, no. Este código da una versión sustancialmente coincidente con la que ofrecen todos los demás. Lo que es diferente es su transcripción, errónea, así en las ediciones primeras, de 1686 y 1815, como en la última de Ilarregui y Lapuerta.

(76) Ms.-2 del Archivo General de Navarra, folio 100.

(77) Ms.-3 del Archivo General de Navarra, folio 85 vt.º, col. 323.

La nota marginal a que se alude en el texto figura en folio 85, col. 321.

(78) Sobre este punto, vid. lo que se dice en la nota 62.

que no se assaga. Si per auen  
 tum... quon se quia. ce  
 sing celos q' restab son ruse:  
 fsplicencia. r pudie aruno r  
 rta les amonir p'acta p'p'el  
 lo fustat. Si per auentura cosa  
 reatirto per non perter las fca  
 tures diuras ecce ena mania:  
 rigneto que la nene por elia  
 epe miecta. r si venien p'uar  
 con ena question en lo par  
 da ma. oen el m' iente p'  
 era f'atur. r si no p'ducen:  
 p'auer p'enga su sum oca d'p'  
 no. r ay en lo en paz. El die  
 r'auon d'riete abo arauina  
 ul p'acto fer q' d'lon ale. r p'nder  
 v' d' f'act. si quisieren p'ndean:  
 si no quisier p'nder: el padre  
 totol p'udo d' f'vimer. mas  
 co'ta r fca casa co' la mu'iller:  
 r co' los fillos: nempo iustia  
 si las creaturas quisier r d'illi  
 cas al padre: ut nos. no d'ie  
 do: dehe las dar el padre. si au  
 da las heras por suar si no au me  
 dor: las heras alur esleva  
 delos fillos. Si las heras  
 ouieren ap'ur: uasom acida u  
 ll: em las heras son r t' r' su  
 er' quos lora la suer de la ma  
 na q' en el sem la suer del p'or  
 p'ucio la suer de la madre:  
 lo' fillos r f'erne al padre. qz  
 no de ma uen h'edat uingia en  
 uoz de su madre. **Q' d'illi el**

**III**  
 p'p'at' d'ellis ferme abo creaturas  
 q' nonli demangen suar ni par  
 tucion. **Q' d'illi per auentura de**  
 li f'ignun' au'ille ouere crea  
 turas r mu'etra eslla qu'ist'at el  
 sir el padre: p'ur' co' las segun'  
 creaturas como co' las p'umeras  
 r si el marro muere r h'ng la mu  
 vill' assi ha re rei featur como:  
 el marro se'g'ur te suso el d'ep'to  
**Q' d'anto r mu'ill' cas'at' m'ie**  
 ble no en d'os creaturas mu'etra  
 la mu'ill': el marro p'uede con  
 lo' heras uenendo en featur. no  
 uene uenter ni cambay ni au  
 l'ennar ni emp'ennar las heras  
 del dela mug'. **Q' d'illi si ouere**  
 mar' d'elas heras uenon. de  
 p'uede fer por qz no ha creatura  
**Q' d'anta mouer el marro la**  
 heras del dela mug' uene al p'are  
 t'lo' conar. **Q' d'illi las heras**  
 del marro oue'ennar al p'are  
 seo del marro. **Q' d'illi it'angon q'**  
 calo a. q. a. m. p' ueser: q' d'os p'  
 moue las p'ueras creaturas p'  
 gan la me'ar de las heras r  
 uas. r las segundas creaturas. la  
 or me'ar de sol' heras. r las cre  
 aruras de q' uas mu'ill' oue r  
 uen suar me'ar de las heras  
 q' fin'q' como oue' el de suso. **Q'**  
 Si marro r mu'ger ouere f'ic' r  
 o' q' estus las creaturas r d'illi  
 su' me'ar p' d'illi. **Q' d'illi**  
 crea mu' creaturas...

Para mejor seguir las consideraciones sobre dicho manuscrito se incorpora fotocopia del folio 57 del mismo.

La transcripción correcta del pasaje, en el punto concreto que aquí nos interesa, es la siguiente:

Marido et muyller casados ensemble, no oviendo creaturas, muerta la muyller, el marido puede tener sus heredades biuiendo en fealdat, non deve uender, nin cambiar, nin ayllennar, ni empeynnar las heredades de la muger; mas si ouiere mester de las *sus* heredades, venda: esto puede fer porque no ha creaturas (79).

Hemos destacado la palabra *sus*, omitida por Ilarregui y La-puerta. Con tal omisión se daba pie para una lectura y, en consecuencia, una interpretación no sólo diferentes sino, incluso, contrarias a las correctas. Al suprimir el adjetivo posesivo *sus*, la posibilidad o facultad de vender ya no viene necesariamente referida a las *heredades propias del marido*, sino, aparentemente al menos, a las *heredades*; y como el texto menciona antes las *heredades de la mujer*, la doctrina, desde Yanguas y Alonso hasta hoy, vino a relacionar la facultad de vender las heredades con las de la mujer, o sea las usufructuadas por el infanzón viudo sin hijos. Con ello, se adulteraba el verdadero sentido del Fuero General, y se introducía en el Derecho de Navarra una tesis insólita que, sobre ser perturbadora, carecía de fundamento textual o jurídico alguno.

Ahora bien, ¿cómo se produjo este defecto de transcripción en las ediciones del Fuero General? Una mirada al texto original permite apreciarlo sin dificultad. En la fotocopia del folio 57 del código que comentamos, en la columna derecha, y en su línea dieciocho, observamos que el copista, sin duda alguna por descuido involuntario, omitió inicialmente la palabra *sus*, que aparece en todos los demás manuscritos de la serie sistemática. Después, se apreció este olvido y, quizá al cotejar la copia con su original (la letra es de la misma época), se subsanó la omisión, pero intercalando entre *las* y *heredades* no la misma palabra *sus*, sino más sencillamente, por razones de espacio, la abreviatura 9 que, usualmente, y sin duda en este caso, tiene el significado de *us* (80). Desarrollada la abreviatura, y transcrito el texto en forma correcta, el Ms.-1 del Archivo General de Navarra expresa exactamente lo mismo que todos los demás: o sea, que *el marido, si ouiere mester de las sus heredades, venda*;

(79) Ms.-1 del Archivo General de Navarra, folio 57.

(80) Sobre el signo 9 y su significado *us*, vid. Muñoz y Rivero, *Manual de Paleografía diplomática española de los siglos XII al XVII*, Madrid, 1880, páginas 138-139, y Millares Carlo, *Tratado de Paleografía española*, Madrid, 1932, págs. 109-110.

El origen más remoto de este signo de abreviatura de *us* parece se encuentra ya en antigua documentación de la época visigoda escrita en pizarra. Sobre esto: *Documentación goda en pizarra. Estudio y transcripción por Manuel Gómez Moreno. Revisión, facsimiles y fotografías por Manuel Casamar*, Madrid, 1966, págs. 27-28, y M. C. Díaz y Díaz, *Los documentos hispano-visigóticos sobre pizarra*, en *Stvdi Medievali, Serie Terza, VII-fasc. 1* (1966), pág. 81.

o lo que es igual, puede vender de sus propias heredades, pero no de las que pertenecieron a su esposa premuerta, y en las que tan sólo tiene un usufructo de fealdat.

No dejar de ser anecdótico que, precisamente, el único códice del Fuero General que, en este punto, es defectuoso —si bien oportunamente corregido después por el propio copista u otro contemporáneo—, fuese el utilizado por Chavier (en su edición del fuero en 1686), quien no entendió el signo 9, o lo desestimó, y nos dio así una transcripción mutilada que adulteraba el verdadero sentido del texto, y hacía decir a éste, cuando menos literalmente, lo contrario que el original, en realidad coincidente con los otros manuscritos. La incorrecta versión de Chavier pasó intocada a la edición del fuero hecha por la Diputación en 1815. Yanguas y Miranda (81) puso de manifiesto las mutilaciones sufridas por el manuscrito original en la impresión del Fuero General de Navarra (así en la edición de Chavier como en la de la Diputación), y los numerosos errores de transcripción e interpretación, pero entre las erratas advertidas no señaló esta omisión padecida en el libro 4, título 2, capítulo 3.

Ilarregui y Lapuerta, en el prólogo a su edición, afirman que “el fuero impreso se halla tan adulterado que apenas puede llamarse copia del original”. Pero, a su vez, al hacer transcripción de 4, 2, 3, sufrieron el mismo error que los editores precedentes.

La edición de Ilarregui y Lapuerta —bastante defectuosa según es sabido—, como más fácilmente asequible es, naturalmente, de la que se han servido todos los autores, quienes, sin consultar nunca el manuscrito original existente en el Archivo General de Navarra, y en base a la expresada edición, aceptaron como buena una inexacta transcripción de FGN 4, 2, 3, sin interpretar debidamente este texto en función del siguiente, el capítulo 4 del mismo título y libro, donde se insiste y se refuerza la prohibición de que el cónyuge viudo pueda vender las fincas objeto del usufructo de fidelidad. El error, que se inició en Yanguas y se afirmó en Alonso, fue aceptado como opinión de buena ley por todos los autores posteriores, los cuales se copiaron o repitieron unos a otros, sin percatarse de que tal doctrina era contradictoria con el contexto de otros pasajes del Fuero General y de que, en definitiva, no existía fundamento jurídico alguno que la avalase.

C) LOS “FUEROS COLACIONADOS”.—Estimo que la prueba documental alegada demuestra cumplidamente cuáles son, en este punto, la versión correcta y el verdadero sentido del Fuero General. No obstante, parece conveniente insistir a fin de rechazar un argumento que podrá aducirse todavía: el pretendido carácter oficial y, por consiguiente, auténtico de las ediciones del fuero en 1686, 1815 y 1869. Es decir, cabría alegar que éstas ofrecen un pasaje del fuero que, aun cuando incorrecto textual y paleográficamente, es el oficial y, como tal, debe prevalecer sobre el que pueda resultar de una buena lectura del manuscrito original, así como de todos los restantes códices, aun cuando éstos sean coincidentes entre sí y con aquél.

Importa recordar que el Reino de Navarra, al ordenar la impresión del Fuero General, lo hizo con la finalidad de corregir los errores que contenían los diversos manuscritos que circulaban, mas con la preocupación de dejar siempre a salvo la fidelidad que habrían de guardar con el texto original que existía en el Archivo.

Ya anteriormente se había dispuesto que los fueros deberían estar colacionados con el original. Así, la ley 53 de las Cortes de 1583 dispuso: "Los Iuezes y Abogados tengan el fuero colacionado con el libro del fuero, que esta en el archivo del Reyno, o con el que esta en Camara de Comptos: y en variedad de lectura se tenga por cierto lo que estuviere colacionado con el de dicho fuero del archivo, o de la Camara" (81). De ahí surgieron los llamados *fueros colacionados*, que eran fehacientes, por ser fiel transcripción del manuscrito auténtico.

Por la ley 25 de las Cortes de Pamplona de 1628 se ordenó la impresión de los fueros, precisamente con el deseo de evitar la inseguridad jurídica, porque "los Fueros andan manuscritos, y con muchos yerros, y aun algunos diminutos y encontrados" (82).

En las Cortes de 1685, los tres Estados del Reino solicitaron del virrey licencia para editar los fueros, omitiendo en éstos algunas voces y cláusulas que podrían parecer no bien sonantes y aun indecentes. El virrey accedió al pedimento de las Cortes, pero en los términos que resultan del siguiente decreto: "Se haga como el Reyno lo pide, conque lo escrito, en el fuero colacionado, aunque no esté en el impreso, se observe y guarde en la decisión de los pleitos pendientes, y en los demás negocios que se ocurrieron, en la forma que se hubiere usado y acostumbrado" (83).

---

(81) *Ordenanças del Consejo Real del Reyno de Navarra*, por Nicolás de Assiáyn, impresor del Reyno de Navarra, Pamplona, 1622, folio 240.

(82) *El Fuero se imprima, y por el que se imprimiere se juzgue*.—Por las leyes de este Reino está dispuesto que se haya de juzgar por el Fuero. Y siendo esto así los Fueros andan manuscritos, y con muchos yerros, y aun algunos diminutos, y encontrados, lo qual, y ser muy pocos los que se hallan, causa perplexidad para determinación de las causas, y poca noticia de su disposición, de que resultan sentencias encontradas. Y todo esto cessaria si se imprimiessen los dichos Fueros en su misma antigüedad original como en otros Reinos, y porque esto há de ser á nuestro pedimento, para que tengan autoridad, y fuerza de Fueros, y derecho civil de este Reino. Suplicámos á vuestra Magestad mande, que los dichos Fueros se impriman, y que la impresión de ellos que se hiciere en nombre de este Reino por los Síndicos (á quien lo hemos cometido) estando corregido, y comprobado el original que se hiciere, tenga toda autoridad, y se haya de juzgar por él, que en ello, &.—*Decreto*: A esto vos respondémos que se haga como el Reino lo pide" (Nov. Rec. 1, 3, 24. Joaquín de Elizondo, *Novíssima Recopilación de las Leyes de El Reino de Navarra, hechas en sus Cortes Generales desde el año de 1512 hasta el de 1716, inclusive*, Pamplona, 1735, I, pág. 245).

(83) El texto del pedimento de las Cortes, según lo transcribe Yanguas y Miranda, es el siguiente: "Excmo. Sr.: Los tres Estados de este reino de Navarra, juntos en Cortes generales, dicen que por no haberse impreso el Fuero general y haber mucha diversidad en los manoescritos, se ha resuelto por diferentes leyes, y en especial por la ley 83 de las últimas Cortes, que se imprima el Fuero que ha de ir por principio de la recopilación; y respecto de que en el original, con que se ha de hacer la impresión, hay algunas voces

Así se imprimió el fuero: es la versión de Chavier, en el año 1686, reproducida después en 1815; se editó sin perjuicio de dejar a salvo la primacía del fuero colacionado, el manuscrito original, que debía observarse y guardarse, aun en lo que no estuviese en el texto impreso. La edición posterior y última, realizada en 1869 por Ilarregui y Lapuerta, no pudo alterar esta situación de rango o prelación de textos, mayormente si se considera que, a partir de la Ley Paccionada de 1841 (84), desaparecidas las Cortes de Navarra y perdida la independencia política del Reino, la Diputación Foral carecía ya de potestad legislativa en materias de Derecho civil, procesal y penal, aunque conservaba amplia autonomía y atribuciones en el orden fiscal y administrativo. Por lo demás, subsistía íntegramente, y sin alteración alguna, el Derecho civil de Navarra vigente a la promulgación de la expresada ley (85).

D) EL FUERO REDUCIDO.—Finalmente, en este orden de ideas hay que desechar una última argumentación que, hipotéticamente, podría esgrimirse. Cabría razonar en el sentido de que, aun admitido que sea incorrecta la versión que de FGN 4, 2, 3 dan las distintas

---

y cláusulas que, en la llaneza de lo antiguo, corrían sin reparo y eran permitidas, y que hoy, por la decencia y policía con que se tratan las cosas, podrían parecer aquellas no bien sonantes y aun indecentes, ha parecido conveniente que se quiten todas las que van advertidas y expresadas en el papel adjunto. Y para que pueda hacerse la impresión sin ellas, suplican a V. E. sea servido de mandar dar la providencia que pareciere más conveniente, para que el fuero se imprima sin dichas cláusulas y que se entiendan las leyes, que tratan de su impresión, con esta calidad, que en ello, etc.". El virrey dio el decreto siguiente: "Se haga como el Reyno lo pide, con que lo escrito, en el fuero colacionado, aunque no esté en el impreso, se observe y guarde en la decisión de los pleitos pendientes, y en los demás negocios que se ocurrieren, en la forma que se hubiere usado y acostumbrado." (Yanguas y Miranda, *Diccionario antigüedades*, I, pág. 395.)

(84) Sobre la Ley Paccionada se han publicado recientemente documentados y serios trabajos. Así: Ramón Sainz de Baranda, *La Ley Paccionada de Navarra y la vigencia de las normas forales sobre sucesión intestada*, Zaragoza, 1954, págs. 27-37; Jaime Ignacio del Burgo, *Origen y fundamento del régimen foral de Navarra*, Pamplona, 1968, págs. 427-446, y Rodrigo Rodríguez Garraza, *Navarra de Reino a Provincia (1828-1841)*, Pamplona, 1968, páginas 412-435.

(85) La Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, bajo la rúbrica "administración de justicia", en sus artículos 2.º, 3.º y 4.º dispuso lo siguiente:

Art. 2.º La administración de justicia seguirá en Navarra con arreglo a su legislación especial en los mismos términos que en la actualidad, hasta que, teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias del Reino, se formen los códigos generales que deban regir en la Monarquía.

Art. 3.º La parte orgánica y de procedimiento será en todo conforme con lo establecido o que se establezca para los demás tribunales de la Nación, sujetándose a las variaciones que el Gobierno estime convenientes en lo sucesivo. Pero siempre deberá conservarse la Audiencia en la capital de la provincia.

Art. 4.º El Tribunal Supremo de Justicia tendrá sobre los Tribunales de Navarra, y en los asuntos que en éstos se ventilen, las mismas atribuciones y jurisdicción que ejerce sobre los demás del Reino, según las leyes vigentes o que en adelante se establezcan.

ediciones, es evidente que, sobre esa transcripción equivocada, se ha formado una opinión doctrinal unánime; sería, en fin de cuentas, la invocación de la vieja máxima *error communis facit ius*. Llevada esta idea a sus últimas consecuencias, se deduciría que tal error común fue la base para crear una costumbre, incluso como costumbre contra ley y, como tal, válida en Navarra.

No será difícil demostrar la debilidad de este último posible argumento.

Conviene señalar que tal error doctrinal sólo llegó a ser opinión común en época muy tardía —prácticamente desde mediados del siglo XIX—, y era totalmente desconocido en tiempos anteriores. Clara demostración de cuál era, en el siglo XVI, la interpretación oficial y auténtica del texto del Fuero General que examinamos, lo constituye el Fuero Reducido. Efectuada la unión de los Reinos de Castilla y Navarra, se redactó el que fue llamado Fuero Reducido que, aun terminado y aprobado en 1528 por las Cortes, no llegó a tener la sanción real (86). No obstante, debió ser usado por muchos jueces y abogados, y prueba de ello son las glosas y anotaciones marginales que presentan varios de los códigos manuscritos que se conservan (de dicho Fuero, aún inédito, existen cuatro manuscritos en el Archivo General de Navarra) (87); y, más aún, en 1575 el jurista Juan Martínez de Olano se refiere al Fuero Reducido, y le atribuye valor modificativo respecto a determinadas disposiciones del Fuero General, al que califica de derecho antiguo del Reino de Navarra (88).

---

(86) "Las Cortes de Pamplona, 1528 —escribe Rafael Gibert—, pidieron a la Corona que nombrase personas que, juntamente con las tres elegidas por los tres estados, entendieran en reformar y ordenar los fueros; el encargo era reducir el texto del Fuero general de Navarra, que se consideraba confuso y anticuado, a estilo y lenguaje más usado... El resultado de esta labor fue el fuero reducido, o sea modernizado, aprobado en las Cortes de Sangüesa de 1530, que suplicaron fuerza de fuero para dicho libro. El virrey replicó que en la reducción se habían introducido mudanzas y cosas nuevas, por lo que convenía esperar a la venida del emperador y que entretanto se mandaría guardar los fueros antiguos, seguramente los manuscritos usuales del Fuero General de Navarra" (Rafael Gibert, *Fuero General de Navarra*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, X, págs. 324-325).

Sobre el Fuero Reducido, vid., del mismo autor, *Historia general del Derecho español*, Granada, 1968, págs. 285-286; Yanguas y Miranda, *Diccionario antigüedades*, I, págs. 433-434; Juan Santamaría Ansa, *El Derecho civil de Navarra*, Pamplona, 1955, págs. 26-27; Francisco Salinas Quijada, *Temas de Derecho foral navarro*, Pamplona, 1958, págs. 115-155, y de este último autor, *Derecho civil de Navarra*, I, Pamplona, 1971, págs. 113-120.

(87) La descripción de dichos manuscritos puede verse en Salinas Quijada, *Temas de Derecho foral navarro*, Pamplona, 1958, págs. 118-122.

(88) "Iure antiquo regni Nauarrae fideiussor, aut creditor poterat impedire, ne corpus debitoris traderetur sepulturae, & illud amparare, vt ibi dicunt extra domum, et ecclesiam. capit. 7 incipient. siador, titulo de los siadores. libro. 3. for. Sed non fuit vsu receptum, nec insertum in noua fori reductione" (Juan Martínez de Olano, *Concordia et noua reductio antinomiarum iuris comunis, ac regij Hispaniarum: in qua verae horum iurium differentiae, et quàm plurimum legum regiarum, communiumque intellectus, et recepta praxis*

La importancia del Fuero Reducido, en cuanto al tema, estriba en que nos muestra cuál era la interpretación de FGN 4, 2, 3, y cómo en la práctica este texto era entendido por los juristas navarros. El infanzón o infanzona —según FR 3, 2, 3— “deue tener y guardar biudad y fialdad desta manera, es asauer no casando ni teniendo mançeba, ni haziendo ella maleficio de su persona, *no vendiendo de las heredades del muerto, y venda si tiene necesidad de las propias*”; y añade que “si por ventura el marido, o la muger, que tubiere mançeba, y ella hiziere maleficio de su persona, o bendiere de las heredades del muerto, o permutare, o cambiare, o enajenare... en estos casos sobredichos pierda biudad y fialdad, y el vsufruto” (89).

---

*causarum forensium explicantur. Cui addite sunt differentiae, ac concordiae inter ius regium, et regni Navarrae*, Burgos, 1575, pág. CCXXIX, n. 13).

El texto a que se refiere Martínez de Olano es FGN 3, 17, 7, que coincide esencialmente con F Tudela 44 (manuscrito 11-2-6, 406 de la Academia de la Historia de Madrid, fol. 14).

Sobre esta materia, Hinojosa, *La privación de sepultura a los deudores*, en *Obras*, Madrid, 1948, I, págs. 153-179.

(89) El texto completo de FR 3, 2, 3 es el siguiente:

*Como deue tener fealdad el ynfançon viudo, ó ynfançona viuda.*—Sy el ydalgo, o ynfançon estando casado con muger ynfançona o la ynfançona estando casada con hombre hijodealgo ynfançon muere el della con hijos, o sin hijos, el que biue deue tener las heredades del muerto, y las suyas y el mueble, guardando y teniendo biudad y fialdad y deue pagar las deudas, y deue criar y alimentar, y aconsejar las criaturas procreadas constante matrimonio de entre ellos, y las criaturas del muerto aunque fuessen, o sean de otra madre. o de otro padre, el biudo o biuda que sobrebiue al finado, o a la finada, podrá gozar los vienes del finado, y deue tener y guardar biudad y fialdad desta manera es asauer no casando ni teniendo mançeba, ni haciendo ella maleficio de su persona, no vendiendo de las heredades del muerto, y venda si tiene necesidad de las propias. Iten no permutando ni cambiando ni enagenando y las viñas podando y cauando todos de cauo a cauo arboles y frutales que sean en las viñas \*, o guertas no cortando, y los otros no talando y si casa hubiere, o corral, bodega o çellero, o pajar, o otra cosa que tenga por tal, que la tenga en su estado y no se deshaga, y si por ventura el marido, o la muger que tiene los vienes del defunto en biudedad se casare, o tubiere mançeba, y ella hiziere maleficio de su persona, o bendiere de las heredades del muerto, o permutare, o cambiare, o enajenare, a las viñas no pudiere, o cauare todas cada año de cauo a cauo, y los arboles y frutales que estan en las viñas, o huertas cortare y los otros talare, y los hijos dentre ellos no criare y alimentare, o no aconsejare según la facultad de los vienes, en estos casos sobredichos pierda biudad y fialdad, y el vsufruto. Otrosí si casa hubiere, o corral, o bodega, o çillero, o pajar, o otra cosa que tenga por tal como dicho es el que goza en fealdad las deue tener en su estado y no se deshaga, pero si acaesciere que alguna destas cosas sobredichas, sea casa, bodega, corral, o çillero, o pajar, o otra cosa que tenga por tal, cayere o se deshiciere y no la reparase lo tal caydo y deshecho dentro de año y dia, y pasare el dicho año y dia sin remediar y reparar este tal que goza en biudedad y fialdad, pierda el drecho de biudedad y fialdad, y el vsufruto quando la fialdad y biudedad fuese perdida por estas causas sobredichas, o por alguna o qualquier dellas, las heredades y mueble del muerto deuen boluer a los parientes más çercanos del muerto.

Ms.-6 del Archivo General de Navarra, folios 81 r. y 81 vt.º Este manus-

---

\* (En el manuscrito consta *villas*, que, de acuerdo con otros códices, he corregido por *viñas*; se trata, indudablemente, de un error del copista.)



Aparece claro que, al redactar en el siglo XVI este proyecto de cuerpo legal, se hizo manteniendo estrictamente la prohibición de que el cónyuge viudo enajenase las fincas objeto del usufructo.

En tiempos posteriores se confirma esta misma línea doctrinal o interpretativa del Fuero General. En los autores que, con razón, podríamos llamar clásicos del Derecho navarro no aparece huella alguna de la tesis que más tarde habría de formarse. Así, al tratar del usufructo de fidelidad o viudedad, Martínez de Olano (90), Armendáriz (91) y Peña y Lizaso (92), en modo alguno aluden a la

crito lleva el título de *Fuero Reduzido por mandato de los tres estados deste Reyno de Navarra*; y figura en él la firma del *Licenciado don Domingo de Larraza*.

En los restantes manuscritos de FR que existen en el Archivo General de Navarra, el texto transcrito, 3, 2, 3, no ofrece variantes de interés. Así sucede en los siguientes manuscritos:

I. Manuscrito sin número, en cuya cubierta se lee: *Códice del Fuero llamado Reducido que se intentó poner en ejecución despues de la unión de Navarra con Castilla y no se llevó a efecto porque el Gobierno y los tribunales querian insertar en el las reales ordenes y otras prohibencias que no dimaban de las Cortes*.

Al folio 55 r., figura 3, 2, 3.

II. Manuscrito sin número, en cuyo lomo se lee *Fueros de Navarra*; y en la primera hoja consta lo siguiente: *Códices 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 códices*.

A los folios 36 r. y 36 vt.º figura 3, 2, 3.

III. Manuscrito sin número, en cuya primera hoja se lee: *Códice del fuero Recopilado que se intentó establecer en Navarra y no tuvo efecto, con nombre de Reducido*. En el lomo exterior lleva el siguiente título: *Fuero Recopilado de Navarra*.

A los folios 78 r. y 78 vt.º consta 3, 2, 3. Al margen de éste (en el folio 78 vt.º) hay varias notas en letra de la misma época, y que parecen de propia mano del copista. En una de estas notas se dice lo siguiente: "En el fuero viejo ay un cap.º 5. hoc. tt.º 6, dispone por quales causas se pierde fealdad, que dice ansi: nengun fidalgo non debe vender de las heredades que tiene en fealdad, ni cambiar, ni enpeynar, ni estruynr, ni agenar, ni arboles que sean en las viñas por rayz tajar, ni derrygar, et si ficiere destas cossas et pasare ayno et dia sin enmendad, debe perder las cosas que tiene en fealdad, et ansi es fuero."

Como se aprecia, además del texto mismo de FR, esta nota marginal refuerza el sentido riguroso que se atribuía a la prohibición de vender heredades usufructuadas por el viudo que tenía fealdad.

(90) Este autor, incluso, da por supuesta la prohibición absoluta de enajenar, puesto que afirma como obligación fundamental del cónyuge viudo la de conservar los bienes en el estado que se hallaban al tiempo de fallecer su consorte. Dice así: "etiam soluto matrimonio, si superstes, siue sit maritus, siue uxor, non nubat, & castè vixerit, habet vsufructum honorum defuncti, donec permanserit in viduitate, tenetur tamen debita defuncti soluere, liberos honeste alere, & bona conseruare in eo statuto, & bonitate, qua erant tempore mortis" (Martínez de Olano, *Concordia*, pág. CXXVIII, n.º 97).

(91) *Additiones sive annotationes Licenciati Armendáriz ad suam Recopilationem Legum Regni Nauarrae*, Pamplona, 1617, folios 164 vt.º y 165.

(92) Francisco Ramón de Peña y Lizaso, *Práctica municipal forense de los juicios, y orden de proceder en ellos. Conforme al estilo de los Tribunales Reales de este Reyno de Navarra, y del Eclesiástico del Obispado de Pamplona, con la fórmula de las acciones, y recursos propios de ambos Foros; materia legal que los determina; y una instrucción de Escribanos*. Pamplona,

posibilidad de que el cónyuge viudo, en caso de necesidad y no habiendo hijos del premuerto, pueda enajenar las heredades objeto del usufructo. Hasta Yanguas y Alonso, ningún autor navarro formuló, ni explícita ni implícitamente, la equívoca interpretación de FGN 4, 2, 3.

Relativamente a la consideración aludida de que, en base a la opinión común de los autores mantenida desde mitad del pasado siglo, se haya creado una costumbre y ésta, como tal, es válida en Navarra aun contra el texto auténtico de la ley, no creo sea necesario extenderse mucho. Es un hecho cierto e indiscutible que, en el sistema normativo hoy vigente en Navarra, la costumbre vale según y fuera ley e, incluso, contra ley; y no sólo contra la ley foral sino, con mayor razón, contra el Derecho supletorio de primer grado (el Derecho romano) o el de segundo grado (el Código civil y demás leyes generales) (93). Por otra parte, ningún jurista de este antiguo Reino puede no ya desconocer, sino siquiera subestimar, el papel de protagonista que en la formación del vigente Derecho navarro ha representado la costumbre, singularmente contra ley: la mayoría de las más importantes instituciones jurídicas del Derecho civil de Navarra, actualmente vivo y aplicado, se originó y afirmó por la libertad de pacto (*paramiento fuere vienze*) y por la costumbre, ya al margen de la ley. ya decididamente contra ésta (94). Ahora bien,

---

na, 1781, págs. 118-120. Este autor no sólo no menciona la posibilidad de que el viudo usufructuario enajene los inmuebles usufructuados, sino que, implícitamente, sienta la doctrina contraria, puesto que, al tratar de la obligación de prestar caución, dice que “es también de su obligación el dar fianzas de restituir los bienes raíces, en el estado, que tenían al tiempo, que tomó la posesión de ellos”.

(93) El más completo y documentado estudio sobre la costumbre en el sistema normativo navarro es el de Francisco Salinas Quijada, *La costumbre foral, especialmente en Navarra*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, CXVII, n.º 5 (1968, mayo).

Sin embargo, deseo subrayar juzgo incorrecta la tesis de este autor en cuanto a la costumbre contra ley se refiere. En Navarra, la costumbre vale contra ley foral y, con mayor razón, contra ley común, que no es sino Derecho supletorio de último grado.

(94) Con afán puramente indicativo cabe recordar: 1) frente el sistema establecido en el Fuero General, de sucesión forzosa y limitativo de la facultad de disponer, se fue afirmando una costumbre contraria que, progresivamente, amplió tal margen, hasta llegar a la más absoluta *libertad de disponer por causa de muerte*, que la ley 14 de las Cortes de Pamplona de 1688 (Nov. Rec. 3, 13, 16) sancionó y reconoció tan sólo para los que no tuviesen la condición de labradores, y que la misma costumbre extendió posteriormente a todos los navarros, de cualquier clase o condición; 2) frente al *régimen de bienes en el matrimonio* acogido por FGN (comunidad universal o simple comunidad de muebles y adquisiciones, según hubiese o no hijos), la práctica se orientó, en todo caso, hacia el de conquistas, afirmado por costumbre y admitido después por la ley 34 de las Cortes de Tudela de 1558 (Nov. Rec. 3, 10, 2); 3) asimismo la costumbre generalizó a todos los casos y extendió a todos los navarros el *usufructo de fealdat*, que el FGN reconocía sólo a los infanzones y únicamente en el caso de que el matrimonio se disolviese sin hijos; 4) *multitud de instituciones*, hoy vivas en la práctica jurídica navarra, se han originado, modelado y afirmado por exclusiva obra de la costumbre, al margen o aun en contra del fuero o del Derecho supletorio; así, el testamento

una cosa es costumbre contra ley, y otra, bien distinta, una simple y errónea opinión de autores, contra el texto y el fin de la ley, por muy común o generalizada que tal doctrina sea. No basta que sea una *communis opinio contra legem*, es necesario, además, que tal doctrina haya sido recibida en la práctica y aceptada usualmente como expresión de una convicción jurídica común. La doctrina de autores puede, indudablemente, llegar a influir en la práctica e, incluso, ser decisiva para originar una costumbre; pero, en principio, es sólo eso, una mera interpretación doctrinal. En relación al tema presente, y en cuanto sea de mi conocimiento, no tengo constancia de decisión jurisprudencial alguna que haya sancionado o aceptado como costumbre, ni siquiera como interpretación de FGN 4, 2, 3, que el viudo usufructuario, en caso de necesidad y no existiendo descendencia del cónyuge premuerto, pueda vender las fincas objeto del usufructo. Todavía más: durante largos años de ejercicio profesional como Notario en Pamplona, no sólo no he autorizado una sola escritura de venta en tales condiciones, sino que ni siquiera ha pasado por mis manos un documento alguno en ese sentido, ni tengo la más remota noticia de que tal pretensión haya sido esgrimida por algún navarro que fuese usufructuario de fidelidad (95).

Por todo ello, quien pretenda aducir tal supuesta costumbre tendrá sobre sí la carga de la prueba.

En un orden puramente gramatical o de lectura del texto, la opinión común carece de apoyo alguno; pero es que, como a continuación se verá, menos fundamento tiene aún en relación a los demás elementos que deben ser tenidos en cuenta en la interpretación: el sistemático, el histórico, el comparado y el institucional.

### III. ELEMENTO SISTEMÁTICO.

A) FGN 4, 2, 3 Y SU RELACIÓN CON OTROS TEXTOS DEL MISMO FUERO.—Los autores que interpretaron FGN 4, 2, 3 en la forma que quedó expuesta, padecieron, en relación al sistema jurídico del propio fuero, un triple error: a) todos, sin excepción, se dejaron ofuscar por el aparente sentido literal del texto, según las ediciones publicadas, sin atender a otros pasajes, bien cercanos por cierto, del

---

por delegación o por fiduciario-comisario, los Parientes Mayores, la herencia de confianza, la repetición de matrimonio sin perder el usufructo de viudedad, y un sinnúmero de ricas y variadas instituciones que la vida diaria presenta en las capitulaciones, los contratos sucesorios, los testamentos y demás actos jurídicos contenidos en los protocolos notariales.

(95) Lo que sí conozco, y como Notario he autorizado escrituras en tal sentido, son supuestos de actos de enajenación realizada exclusivamente por un usufructuario que lo era en virtud de título voluntario (no por razón del derecho legal de fidelidad); o sea, casos en que el concedente había autorizado al usufructuario para disponer: es el llamado usufructo de disposición. Pero aquí se trata de una hipótesis totalmente distinta, y que nada tiene que ver con las atribuciones que legalmente corresponden al cónyuge viudo que tiene *fealdat*; en realidad, este llamado usufructo de disposición más bien se encuentra ya vecino de los fideicomisos de residuo.

mismo Fuero General; b) en su mayoría, aceptaron como hecho cierto que FGN regula y sanciona, sin más, la viudedad tal y como hoy está vigente, y tomaron como propias de la fealdat disposiciones que más bien contemplan el supuesto de comunidad conyugal continuada; c) y, por último, todos —con excepción de Lacruz Berdejo— dieron por sobreentendido que el régimen de bienes en el matrimonio, según FGN, era el de conquistas, lo que les impidió comprender el verdadero alcance que, según el propio fuero, tiene la existencia o la falta de hijos a la disolución del matrimonio.

Hagamos un estudio sistemático de FGN, en relación a los tres extremos que han sido apuntados, y veremos cómo resulta confirmada la interpretación que anteriormente hemos dado sobre la base exclusiva del sentido gramatical del texto.

B) LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR EL USUFRUCTUARIO.—Al interpretar FGN 4, 2 3 en relación a la prohibición de disponer el usufructuario, pretendiendo que ésta es absoluta habiendo hijos, pero más limitada caso de no existir hijos —en cuyo supuesto el cónyuge viudo pueda enajenar si tuviere necesidad—, se cae en la impremeditación de no considerar también otros pasajes de FGN bien cercanos a aquél: así, señaladamente, el comienzo del mismo 4, 2, 3, y el siguiente capítulo de igual título y libro. La simple lectura de ambos debió haber hecho meditar a los autores y hacerles comprender que la interpretación que daban de FGN 4, 2, 3 era contradictoria con el resto del mismo capítulo y con el siguiente.

FGN 4, 2, 3, en su comienzo, viene a establecer el contenido esencial del derecho de viudedad, y afirma rigurosamente, sin excepción alguna, la prohibición de enajenar que impone al usufructuario: “Fealdat deve tener desta guisa, non casando, non vendiendo, non camiendo, non ayllenando, las vinas podando et cabando todas de cabo á cabo, árboles fruytales que sean en las vinnas que non taylle. Si por aventura oviese casa ó corral, ó ceyllero, ó payllar, ó otra cosa que aya por tal, que lo mantenga en pie que no se desfaga. Si por aventura qualsequiere destas cosas que de suso son ditas fayllesciere, et passare ayngo et dia sen emendar, pierde por eylo fealdat” (96).

Y FGN 4, 2, 4 confirma la misma expresada doctrina: “*Por quaoles cosas se pierde fealdat.* Ningún fidalgo non deve vender de las heredades que tiene en fealdat, nin camiar, ni empeynar, ni estruir, ni ayllenar, ni árboles que sean en las vinas por rayz tayllar, ni drraygar. Et si fiziere destas cosas et passare ayngo et dia sen emendar, deve perder las cosas que tiene en fealdat” (97).

Este último párrafo contiene, en realidad, dos normas perfectamente diferenciadas y con distinta sanción, que se aprecian si descomponemos el texto en dos partes:

(96) Ilarregui-Lapueta, FGN, pág. 88.

(97) Ilarregui-Lapueta, FGN, pág. 88.

a) “Ningún fidalgo non deve vender de las heredades que tiene en fealdat, nin camiar, ni empeynar, ni estruir, ni ayllenar.”

b) Ningún fidalgo non deve... ni árboles que sean en las vinas por rayz tayllar, ni derrygar. Et si fiziere destas cosas et passare ayno et dia sen emendar, deve perder las cosas que tiene en fealdat.”

Resulta así claro que el plazo de año y día se refiere sólo a los actos respecto a los que existe posibilidad de *emendar* (daños en las viñas u otras plantaciones, debe entenderse), no a los actos que son irreparables, como la venta o enajenación o destrucción de bienes; éstos suponen una conducta dolosa o fraudulenta respecto a la que no cabe reparación; aquéllos, por el contrario, implican una conducta meramente negligente, susceptible de enmienda dentro de dicho plazo. Con buen criterio, Arregui Gil distingue los casos de simple incumplimiento de sus obligaciones por el usufructuario, en los que podrá enmendar dentro de año y día, de los supuestos de extralimitación grave en las facultades que al usufructuario corresponden (como las ventas fraudulentas), en los que, sin más, procede la pérdida del usufructo (98).

Se aprecia así en qué forma son coherentes el contexto de 4, 2, 3 y el de 4, 2, 4, que prohíben terminantemente al usufructuario enajenar fincas y, en consecuencia, sancionan esta conducta con la pérdida de la fealdat. Por el contrario, si se sigue la interpretación común respecto a la pretendida facultad de enajenación por el usufructuario, se incurre en evidente contradicción con el conjunto de las disposiciones del fuero, considerado éste sistemáticamente.

C) VIUDEDAD Y COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA.—Desde Alonso, viene repitiéndose por la doctrina, como algo dogmático e incuestionable, que FGN (4, 2, 3, 4 y 5) consagra formalmente la institución de la fealdat, entendida como derecho legal de viudedad, a favor de los infanzones en todo caso, y con exclusión de los villanos, a quienes no se reconocía tal derecho (99). Esto, desde luego, dista bastante de ser cierto; cuando menos no lo es de modo absoluto. En FGN la situación jurídica del cónyuge viudo viene asegurada fundamentalmente a través de las arras (respecto a la mujer), mediante el usufructo sobre el inmueble donado por los padres a la esposa en consideración al matrimonio (respecto al marido) y, fundamentalmente, por medio de la continuación o prórroga de la comunidad entre el cónyuge viudo y los hijos (en cuanto a ambos cónyuges).

(98) Arregui Gil, *Fidelidad viudal*, pág. 173.

En el mismo sentido viene a manifestarse FR 3, 3, 2. Vid. el texto en la nota 89.

(99) En esta línea cabe citar: Alonso (*Recopilación*, I, págs. 417 y ss.), Lacarra (*Instituciones*, II, pág. 202), Abadía Escolá (*Los derechos del cónyuge viudo en la Legislación foral de Navarra*, Pamplona, 1956, págs. 23-24), Fernández Asiáin (*El usufructo de viudedad, en Estudios de Derecho foral navarro*, Pamplona, 1952, pág. 54), Gutiérrez (*Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Exámen comparado de las Legislaciones especiales*, 2.<sup>a</sup> edic., Madrid, 1878, VI, pág. 289) y Castán Tobeñas (*Derecho civil foral*, 2.<sup>a</sup> edic., Madrid, 1932, pág. 182).

Corresponde a Lacruz Berdejo el mérito de la primacía en realizar, sobre esta materia, un serio estudio de los textos del FGN, lo que le permitió esclarecer el problema y poner al descubierto que la viudedad es, en dicho fuero, una institución incipiente y aún no bien perfilada, y que ni siquiera a los infanzones es de aplicación general, por cuanto exclusivamente viene referida al supuesto de disolución del matrimonio sin descendencia, ya que, en el caso contrario, o sea existiendo hijos del cónyuge difunto y del viudo, lo que se produce es una simple continuación o prórroga del consorcio conyugal entre el sobreviviente y los hijos (100). Esta tesis fue posteriormente aceptada y ratificada por Arregui Gil en su estudio sobre *La fidelidad viudal en el Derecho Privado de Navarra* (101).

Bajo la genérica denominación de *fealdat*, el Fuero General comprende tanto lo que es una verdadera situación de viudedad como lo que, en realidad, constituye una mera continuación de la comunidad conyugal (102); y el propio fuero utiliza la expresión *señores y poderosos* —que en otros fueros significa una auténtica viudedad (103)— en relación al supuesto de prórroga de la comunidad conyugal (104).

Siguiendo esencialmente a Lacruz Berdejo, la ordenación de esta materia en FGN puede sintetizarse así:

a) *Matrimonio de villanos*.—Si se disuelve con descendencia, hay que distinguir si premuere el padre o la madre; en el primer caso, la comunidad se disuelve o, al menos, puede disolverse inmediatamente (105); si es la madre la que muere primero, no teniendo los hijos siete años de edad (es decir, la mayoría según FGN), el padre tiene en su poder a los hijos, o sea subsiste la comunidad, hasta que éstos cumplan dicha edad; y desde que los hijos alcanzan la mayoría, pueden exigir la división y liquidación de la sociedad conyugal (106). En todo caso, tanto si premuere el padre como la madre, existe una diferencia entre los hijos y los nietos; aquéllos pueden instar la división de la comunidad, mientras que éstos no pueden exigirla, y el viudo puede prorrogar indefinidamente la comunidad, mientras

---

(100) Lacruz Berdejo trató ya este tema: *Régimen matrimonial*, págs. 134 y 136; y, posteriormente, en *Cuestiones*, págs. 250-254.

(101) Arregui Gil, *Fidelidad viudal*, págs. 62-65.

(102) FGN 4, 2, 3. Vid. el texto completo en el comienzo de este trabajo.

(103) F Estella II, 11, 11. Vid. texto en nota 256.

(104) FGN 2, 4, 10. Vid. texto en nota 112.

(105) FGN 2, 4, 21: Si el marido muere viviendo la muger et oviendo creaturas que no hayan hedat, los parientes del padre pueden toyller las creaturas et todo lo del padre á criar las criaturas ata que ayan VII aynos conplidos: los VII aynos passados, vayan o quisieren (Larregui-Lapuerta, FGN, pág. 23).

(106) FGN 2, 4, 19: Marido et muyger villanos casados ensenble, si muere la muger creaturas oviendo de hedat, et es á saber, de VII aynos, estas criaturas luego pueden demandar suert de madre; et si creaturas no ovieren, los parientes pueden demandar et cobrar el dreyto de la muyller. Si estas creaturas non ovieren hedat, tenga las creaturas el padre daqui á que hayan hedat las creaturas (Larregui-Lapuerta FGN, pág. 23).

los hijos no decidan disolverla (107). La misma norma se aplica a los hijos naturales respecto a los legítimos: aquéllos no pueden exigir del viudo la división mientras éstos no la pidan (108). El cónyuge viudo viene obligado a liquidar la comunidad si intenta repetir matrimonio: cesa, así, la prórroga del consorcio conyugal (109). Finalmente, si el matrimonio se disuelve sin hijos, ni existe continuación de la comunidad, ni el cónyuge viudo tiene derecho alguno de usufructo sobre los bienes del premuerto, porque “*villano non puede tener fealdat*”, dice el Fuero General (110).

b) *Matrimonio de infanzones*.—La situación es perfectamente clara, y centrada asimismo en la distinción sobre existencia o falta de hijos. Si el matrimonio se disuelve con hijos, el marido (111) continúa el consorcio con ellos, en los términos que señala 4, 2, 3 (112).

(107) FGN 2, 4, 20: Marido et muger villanos casados ensenble, oviendo creaturas, si muere el uno deyllos, las creaturas luego pueden toyller part del muerto al bivo: et si por aventura no oviesen creaturas bivas, et las creaturas oviesen creaturas, los sobrinos non pueden toyller al avuello rem en su vida. Mas si bive alguna creatura, luego puede toyller part, et si tuelle la creatura part, luego deven toyller los sobrinos su part, por que han tanto dreyto como las creaturas en heredades et en muebles (Ilarregui-Lapuerta, FGN, pág. 23).

(108) FGN 2, 4, 22: Si por ventura villano ó villana casados oviesen hijos o fijas de barragana et si muere el padre ó la madre, el qui vivo fincare deve tener sus heredades propias et deysar las heredades del muerto, como dicho es de suso; maguer si ovieren conquista ó ganado heredamientos ningunos, prenga la meatud destos heredamientos el bivo, et del mueble; esto es, porque no han creaturas de pareylla. Si por ventura ovieren creaturas de pareylla et de ganancia, et si los de pareylla non quisieren prender part del muerto, los de ganancia non pueden toyller part; mas quoando los de pareylla tomaren part, los de ganancia deven aver tan buena part como los de pareylla por cabeza en las heredades del parient muerto. Et oviendo creaturas et non creaturas, el parient que finca vivo, prenga su part como fuero manda (Ilarregui-Lapuerta, FGN, págs. 23-24).

(109) FGN 2, 4, 23: Villano biudo si quisiere casar deve dar primero part á las creaturas primeras ante que case; é si por ventura cassase ante que tomen part, pueden demandar las primeras creaturas part en las heredades de la segunda muyller por razon de conquista (Ilarregui-Lapuerta, FGN, pág. 24).

Como observa Lacruz (*Régimen matrimonial*, pág. 135), el fuero se refiere sólo al padre, pero presumiblemente también a la madre.

(110) FGN 4, 2, 5: Nuill villano sis casare con otra villana, ó villana con villano, et sis se muere sen creaturas el uno deyllos, non sea tenido el vivo de tener su heredad, que no es fuero (Ilarregui-Lapuerta, FGN, pág. 89).

En el mismo sentido, FGN 2, 4, 19: et si creaturas no ovieren, los parientes pueden demandar et cobrar el dreyto de la muyllier (Ilarregui-Lapuerta, FGN, pág. 23).

(111) Seguramente, también la mujer, dice Lacruz (*Régimen matrimonial*, pág. 135). Opino en igual sentido, y creo así lo corrobora el inciso final de FGN 4, 2, 3, donde, después de regular la fealdat del infanzón y la forma de liquidar la sociedad conyugal caso de dos o más matrimonios, dice: otrossi, las dueynas si quisieren casar una vez, ó dos, ó tres ó mas devezes, case como sobre scripto es (Ilarregui-Lapuerta, FGN, pág. 89).

(112) FGN 4, 2, 3 ha sido íntegramente transcrito al principio de este estudio, como base o punto de partida, y por ello lo damos aquí por reproducido para evitar duplicidad.

En FGN resulta claro que, habiendo hijos del matrimonio, el cónyuge supérstite no es un verdadero usufructuario, sino un rector o gestor de la comunidad conyugal, que continúa o se prórroga entre el viudo y los hijos.

“No es exacto —dice acertadamente Lacruz— ver configurada en este capítulo la institución de la viudedad, tal como la concebimos hoy. El infanzón que tiene las heredades y los bienes muebles, suyos y de su mujer, y que paga todas las deudas, y que alimenta y educa a sus hijos, es un continuador de la comunidad matrimonial, que luego habrá de dividir por medio con aquéllos cuantos bienes posee. El viudo no es propiamente un usufructuario, sino un consorte administrador con poderes muy amplios, que pierde cuando se desvía en su ejercicio o cuando contrae segundas nupcias” (113). Por el contrario, si el matrimonio de infanzones se disuelve sin descendencia, no hay continuación de la comunidad, sustituida aquí por la viudedad legal, que el fuero reconoce al cónyuge sobreviviente (114) sobre las heredades del premuerto. Nada se dice respecto a los muebles, pero parece que éstos se hallaban excluidos de la viudedad, pues eran objeto de partición al disolverse el matrimonio, consecuencia lógica del sistema de comunidad de muebles y adquisiciones, aplicable en caso de falta de hijos a la extinción del matrimonio (115).

Todo ello evidencia que, aun referida exclusivamente a los infanzones, en el Fuero General no existe la viudedad como institución legal generalizada a todos los supuestos, tal y como hoy la concebimos según se halla vigente en Navarra. La protección del cónyuge viudo se hace efectiva a través de las arras y de la comunidad conyugal continuada; la viudedad, en FGN, aparece con carácter subsidiario, para atender la situación en que, por inexistencia de hijos, el infanzón viudo no era continuador de la comunidad. Lo que sí es cierto es que el Fuero General brinda los elementos jurídicos

---

Lo demuestran así los términos del mismo capítulo 4, 2, 3, que ponen de manifiesto el contenido de las relaciones entre los miembros de esa comunidad continuada y las obligaciones del padre o madre viudo respecto a los hijos.

Además, si se tratare de un verdadero usufructo viudal, su existencia no sería obstáculo para la partición de bienes, sin perjuicio, naturalmente, del mismo usufructo. Por el contrario, la comunidad continuada impide la partición efectiva de los bienes, y así lo dispone FGN 2, 4, 10: Marido et muger yfanzones casados ensemble, si fizieren creaturas doblados, fijos o fijas, viviendo eylllos si muriere una creatura destas, hermano ni hermana non pueden demandar suert daquest qui es muerto, porque eylllos son bivros, et seynores, et poderosos de lures heredades; mas quoando morra el padre ó la madre, si quisieren bien podrán partir todas las heredades del padre ó de la madre por meynos, et itar suert quoyal será la suert del muerto, et quoyal del vivo (Ilarregui-Lapuerta, FGN, pág. 19).

(113) Lacruz, *Régimen matrimonial*, pág. 136.

(114) El mismo texto de FGN 4, 2, 3 es claro: Marido et muyller casados ensemble, no oviedo creaturas, muerta la muyller, el marido puede tener sus heredades: biviendo en fealdat... Quoando moriere el marido, las heredades de la mujer deven al parentesco tornar. Otrossi, las heredades del marido deven tornar al parentesco del marido (Ilarregui-Lapuerta, FGN, páginas 88-89).

(115) Así se deduce de FGN 2, 4, 13, *in fine*: Et si oviere muyller et viniere, podrá tener fealdat, et tener las heredades del marido en fealdat, et cobrar la meatat del mueble; et si deylla oviere creaturas, deven heredar la part de lur padre (Ilarregui-Lapuerta, FGN, pág. 21).



esenciales en base a los cuales la práctica posterior va a elaborar una doctrina general de la viudedad, referida indistintamente a los supuestos de matrimonios de infanzones disueltos con o sin hijos, y que, finalmente, terminará por hacerse extensiva a los villanos (116).

De ahí que constituya grave ausencia de perspectiva histórica examinar los textos de FGN como expresión y regulación de la viudedad tal y como hoy día es institución vigente. La existencia o la carencia de hijos no juegan en FGN como fundamento o *ratio iuris* para, respectivamente, negar o conceder al cónyuge viudo la facultad de, en caso de necesidad, enajenar o gravar las heredades usufructuadas (117). Tal distinción —que al disolverse el matrimonio existan o falten hijos— tiene bien diverso sentido, en cuanto determina, respecto de infanzones y de villanos, la procedencia o no de la comunidad conyugal continuada, y, en cuanto a los infanzones solamente, la concesión o no de un verdadero derecho de viudedad. Pero es que, además, dicha *conditio iuris* de disolverse el matrimonio con descendencia o sin ella, tiene en FGN un papel mucho más trascendente y una mayor importancia jurídica, por cuanto, como seguidamente se verá, determina el régimen de bienes que ha de observarse en el matrimonio.

D) EL RÉGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO.—Según el Derecho que hoy rige en Navarra, los cónyuges, en defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales, quedan sometidos al sistema de conquistas, consistente en una comunidad de adquisiciones a título oneroso, y que guarda cierta semejanza con la sociedad legal de gananciales del

---

(116) “Una evolución posterior, realizada sobre todo no por vía legislativa, sino mediante la *interpretatio* de los textos antiguos, va a dar a la viudedad su configuración actual, ampliándola a todos los bienes; sustituyendo con ella a la comunidad continuada en el caso de no haber hijos, y extendiéndola a los villanos” (Lacruz Berdejo, *Cuestiones*, págs. 253-254).

Por nuestra parte, creemos que causas fundamentales de esta evolución debieron ser:

a) *La afirmación progresiva de la libertad dispositiva mortis causa*, razón y efecto, al propio tiempo, de la debilitación de la idea de comunidad o copropiedad familiar.

b) *La relajación del concepto de consorcio familiar* que, de modo acentuado, condujo a la sustitución de la comunidad continuada por la viudedad legal.

c) *La práctica* creciente y reiterada de *concesión voluntaria de viudedad* que, cada vez en mayor medida, llevó a entender por fealdat sólo la viudedad, y a excluir de tal concepto la situación de comunidad continuada, sin duda mucho más desdibujada en los documentos y fuentes posteriores.

d) *Y la desaparición del sistema matrimonial de comunidad de muebles y adquisiciones*, y su sustitución por el de conquistas, lo que llevaría a excluir de la partición los bienes muebles y a equiparar éstos a los inmuebles, y, de este modo, hacer extensiva la viudedad a toda clase de bienes.

(117) Recuérdese, por vía de ejemplo, la explicación que ofrece Abadía Escolá, quien pretende desentrañar las supuestas motivaciones de FGN 4, 2, 3 para conceder o negar al usufructuario facultad de disposición, según que el matrimonio se disuelva con hijos o sin hijos. Vid. la argumentación de ese autor en la nota 27.

Código civil (118). El régimen de conquistas, incluso con carácter de supletorio (119), no se halla concretamente impuesto por la ley navarra, sino que es producto de una larga evolución consuetudinaria que, de hecho, viene posteriormente admitida por algunas leyes de las Cortes del Reino.

Sin embargo, no deja de ser paradójico que, a partir de Alonso, así los autores navarros como los civilistas en general, han venido afirmando no sólo que el de conquistas es actualmente el régimen legal supletorio, sino, además, que es el sistema histórico o tradicional navarro desde los tiempos más remotos, y que aparece ya establecido o reconocido en el FGN (120). Pues bien, difícil sería formu-

---

(118) La semejanza entre conquistas y gananciales reside sólo en el hecho fundamental de que ambas representan una comunidad restringida de bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio. Por lo demás, entre un sistema y otro existen diferencias muy importantes, que son consecuencia de varios principios o conceptos cardinales de Derecho navarro: la amplitud del principio de libertad de pacto, la permisión de contratación entre cónyuges, la troncalidad en los inmuebles, el régimen de las segundas nupcias y la posibilidad de que las conquistas queden insertas en una sociedad familiar más amplia que la simple entre cónyuges. Para las diferencias que de todo ello se derivan, pueden verse las leyes 82 a 100 de la *Recopilación Privada de 1971* (páginas 44-47 y 162-165).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, durante largos años, ha seguido una tendencia excesivamente asimiladora de las conquistas y los gananciales, y con ello ha dado lugar a varias impropiedades aplicaciones del Código civil, con menoscabo de la verdadera naturaleza del régimen de bienes en el matrimonio según el Derecho foral navarro.

(119) No cabe menos que calificar de disparate la afirmación, que hace Covián, de que la sociedad de conquistas (que, con técnica impropia, él califica de gananciales) "es obligatoria o forzosa en el régimen del matrimonio" (Covián, *Anteproyecto de Apéndice para Navarra*, inédito, copia existente en el Colegio Notarial de Pamplona, págs. 49-50); y así, el artículo 133 de su Anteproyecto, dice: "mediante la sociedad obligatoria de conquistas o gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, los beneficios obtenidos por cualquiera de ellos durante el mismo".

Asombra que una declaración tan peregrina —felizmente no compartida por ningún otro autor— se haga de modo tan ligero, sin ofrecer el menor asomo de fundamentación, y sin pensar siquiera que se halla en contradicción con la práctica y la realidad jurídica de Navarra. En esta región, no sólo en ocasiones se pacta un régimen distinto del de conquistas —actualmente, y con cierta frecuencia el de separación absoluta— sino que, además, los capítulos se otorgan, indistintamente, antes o después del matrimonio, con aceptación del sistema legal supletorio o conviniendo otro distinto, incluso con modificación del régimen vigente con anterioridad.

(120) En este sentido, cabe citar: Alonso (*Recopilación*, I, pág. 155); Morales (*Memoria*, pág. 176); Biblioteca Judicial (*Legislación Foral de España. Derecho civil vigente en Navarra*, I, Madrid, 1888, pág. 132); Gutiérrez (*Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Exámen comparado de las Legislaciones especiales*, 2.<sup>a</sup> edic., VI, págs. 284-285); Moutón Ocampo (*Diccionario del Derecho civil foral copilado y consuetudinario*, Madrid, 1906, III, págs. 247-248); Sánchez Román (*Estudios de Derecho civil*, V-1.<sup>o</sup>, Madrid, 1912 pág. 367); Beneyto Pérez (*Instituciones de Derecho histórico español*, I, Barcelona, 1930, pág. 105), y Arellano Igea (*Las obligaciones, los contratos y la prescripción en el Derecho navarro*, Madrid, 1946, págs. 207-208).

lar una tesis históricamente más falsa y contraria a los textos. Ni en los fueros locales navarros, ni en el Fuero General, se reconoce el de conquistas como régimen de bienes en el matrimonio.

Sería fuera de este lugar hacer una exposición detallada sobre el régimen de bienes en el matrimonio según los distintos Derechos locales de Navarra, pero sí cabe hacer la indicación de que, en términos generales, en ellos encontramos lo que cabría definir como una comunidad de todos los bienes muebles y de las adquisiciones, entendidas éstas en muy amplio sentido, más comprensivo que el de estrictas ganancias. Aun cuando no bien definido, tal sistema lo encontramos en los *Fueros de la Novenera* (121) y, con mayor claridad, en el *Fue-*

---

(121) Los Fueros de la Novenera han sido publicados por el profesor Gunnar Tilander (*Los Fueros de la Novenera*, Upsala, 1951), y Rafael Gibert los ha hecho objeto de un estudio de conjunto en su interesante trabajo *El Derecho Medieval de la Novenera* (AHDE, XXI-XXII, 1951-1952, págs. 1169-1221).

a) A las ganancias o adquisiciones a título oneroso se refieren claramente F Novenera 70 y 207, que las consideran bienes comunes de ambos cónyuges y reconocen a éstos la libre disposición de las mismas:

70. *De casamiento*. Todo hombre o toda muyller que prenga bendiction, si's quisiere fillos de hermanos sean, del día que prengan bendición, si quiera sea iurada con otro, de quoanto que ganen su meatat deue auer de mueble et de heradat (Tilander, *F Novenera*, pág. 58).

207. *De compra que faze hombre con su muyller*. Todo ombre que faga compra con su muyller a bendición, si in óbitu mortis uiene, puede leysar el marido a la muyller su meatat et la muyller al marido otrosí, si quisiere, por uender o por empeynnar o por fer todas sus uoluntades, ferme dando, et mueble a passadas, ferme dando (Tilander, *F Novenera*, pág. 86).

b) A las edificaciones realizadas por el marido en finca privativa de la mujer se refiere el siguiente texto: 122. *De fer casa*. Todo ombre que faga casa en plaça de su muyller, el uarón deue emendar a bien uista de dos bonos ombres o la quarta part de las casas (Tilander, *F Novenera*, pág. 68). En tal caso, el marido tiene derecho a resarcirse del gasto o, en su lugar, derecho a la cuarta parte de las casas construidas; pero este fuero, a diferencia de otros textos medievales castellanos, no decide si la facultad de opción corresponde al marido o a la mujer.

c) El supuesto de enajenación de finca privativa de un cónyuge, y de reinversión del precio con subrogación real, viene considerado por F Novenera 121: *De uéndida de pieça*. Nuill ombre o nuylla muyller que sea casada et uende su pieça et no meta el trigo en casa, et s'il mete en casa, entrambos hi an part, et si no'l mete en casa, puede comprar el marido que no aya part la muyller, et otrosí puede fer la muyller (Tilander, *F Novenera*, pág. 67). La norma parece clara: si el importe obtenido por la enajenación no se introduce en la casa, el cónyuge propietario puede reinvertirlo en otra finca, que quedará subrogada en lugar de la que se vendió; pero, por el contrario, *s'il mete en casa*, se incorpora al patrimonio común y pertenece por mitad a ambos esposos, sin duda porque todos los bienes muebles de marido y mujer se hacen comunes de los dos, como si fuesen bienes ganados.

d) Finalmente, gran interés tiene 221. *De heradat de patrimonio de muyller*. Nuill ombre que muyller aya a bendición, por heradat de patrimonio de su muyller non puede dar ferme, mas por todo mueble si da ferme, uale (Tilander, *F Novenera*, pág. 88). El marido no puede comprometer u obligar las heredades patrimoniales de su mujer, porque son privativas de ésta, pero sí puede *dar ferme* por todo mueble, evidentemente porque los muebles de ambos esposos ingresan en la comunidad conyugal, junto con las adquisiciones a título oneroso.

ro de *Viguera y Val de Funes* (122), así como en las diversas redacciones navarras de la compilación conocida por *Fuero de Jaca* (123) y, finalmente, en la recopilación privada denominada *Fuero de Tu-*

(122) Respecto al Fuero de *Viguera y Val de Funes* seguimos la edición de Ramos Loscertales, *Fuero de Viguera y Val de Funes (edición crítica)*, Salamanca, 1956.

a) En principio, este fuero parece sancionar el sistema de conquistas en su estricto concepto de adquisiciones constante matrimonio y a título oneroso. 404. *De compra de muger menos de su marjdo*. Et la muger sin su marido, et eyll sin eilla, fiziere compras o mejoramiento en su vida, si de mueble o de rayz fuere, non puede el vno al otro apartar de la cosa en vida nj en muert (Ramos Loscertales, *F Viguera*, pág. 75). Es decir, las compras y mejoras, de muebles o de heredad, hechas durante el matrimonio por uno cualquiera de los esposos, se hacen comunes a ambos.

b) Sin embargo, otro texto del mismo fuero determina claramente que todos los bienes muebles quedan comprendidos en la partición, y el cónyuge viudo no puede disponer de ellos sin que previamente se haya realizado la partición con los herederos del cónyuge premuerto. 315. Otrosí, el marido sin otorgamiento de la muger, nj la muger sin otorgamiento del marjdo, las heredades suyas proprias nj de su aulorjo nj moble non puede empeynnar, ni cambiar, nj por ninguna manera agenar, et en todos sus mejoramientos haurá part. Pero el vno empués la muert del otro puede empeynnar sus heredades proprias o de su patrimonio sin partición fecha con los herederos del marido o de la muger; pero non puede del moble o de mejoramiento de heredad sin ninguna partición de herederos fecha (Ramos Loscertales, *F Viguera*, págs. 58-59).

c) Más aún, otro párrafo del mismo fuero da a entender que la comunidad conyugal comprende no sólo los bienes muebles y las adquisiciones a título oneroso hechas constante matrimonio, sino, incluso, las adquisiciones que a título lucrativo cualquiera de los cónyuges haya efectuado después de celebradas las nupcias. 396. *Partición de muger con fijos*. Et si muriere el marjdo o la muger, el que fincare debe partir con los fijos o con parientes del muerto, con carta e firmancas complidas, todos los bienes que en vno ganaron: moble e rayz; pero en la partición habrá cada uno su heredad quita que s'auja antes que casás, o de mejorja habrá el viuo sus paynnos con hun lecho de ropa e sus joyas, e de cada vno manificio et de cada cosa haurá vno de mejorja (Ramos Loscertales, *F Viguera*, pág. 74). De las mismas palabras del fuero resulta que sólo quedan excluidos de partición los inmuebles que ambos cónyuges habían adquirido antes de casarse, pero no los que durante el matrimonio hubieron recibido. La analogía de este texto con otras fuentes más explícitas (luego veremos *F Tudela* y *F Jaca-Pamplona*) induce fuertemente a aceptar dicha interpretación. Vid., en el mismo sentido, Lacruz Berdejo (*Régimen matrimonial*, págs. 80-81). Es verdad que ciertos pasajes de *F Viguera* reconocen la existencia de otros inmuebles propios o privativos de la mujer (vid. 68) o de cualquiera de los cónyuges (vid. 392 y 393), pero se trata de diversas modalidades de bienes que les han sido donados en consideración al matrimonio, no de adquisiciones durante éste.

(123) De las diversas redacciones navarras del Fuero de Jaca vamos a referirnos, esencialmente, a la que Mauricio Molho (*El Fuero de Jaca. Edición crítica*, Zaragoza, 1964) denomina redacción C (o sea, el Ms.-13271 de la Biblioteca Nacional de Madrid), así como a unas adiciones o interpolaciones al texto de las redacciones E<sup>1</sup> y E<sup>2</sup> (que son, respectivamente, los manuscritos 944 y 943 de la Biblioteca de Palacio, de Madrid).

a) A las conquistas, como adquisiciones a título oneroso durante el matrimonio, se refieren varios textos del *F Jaca*: "mas si por abentura ensenble apres les vodes han comprat alguna heredad o conquerit, sa mjtat ne deu aber la mullier" (29, Molho, *F Jaca*, pág. 318); "deu lo payre partir lealmente totes les coses muebles τ non muebles que el τ so mulier aujen d'ensenble" (37, Molho, pág. 324). Y al referirse al cónyuge viudo que quiere repetir nupcias y no

*dela* o de *Sobrarbe-Tudela* (124). Si acaso, y aun con grandes dudas y reservas, podría aventurarse la hipótesis de que el *Fuero de Estella* acoge el estricto sistema de conquistas; pero existen argumen-

realiza previamente la partición con los hijos del primer matrimonio, dice: "per for les filiz alcançaran part en quant que auran conquerit τ goaynnat lo payre o la mayre, moble o hereditat, per ço car quant deuja τ podia non parti ab eys" (36, Molho, pág. 324).

b) Pero también los bienes muebles de ambos esposos ingresaban en el patrimonio consorcial y quedaban sujetos a partición por mitad. Así, al referirse a los derechos de ventajas de la mujer infanzona respecto a determinados bienes muebles, F Jaca dice que "dels altres cosses que remayndran prenga tota la mjat" (30, Molho, pág. 320). Esta misma idea de que los bienes muebles se hacen comunes desde la celebración de las nupcias, determina que el padre carezca de poder de disposición por sí solo para donar dichos bienes a alguno de los hijos: "mas, de son aber moble, pot mjllorar l'un filiz o filla, o de vna tierra, ab consentiment de la mayre τ ab uoluntat" (56, Molho, página 338).

c) F Jaca pone de manifiesto un concepto muy amplio de lo que entiende por conquistas que ingresan en el patrimonio de la sociedad conyugal, puesto que incluye en éste las donaciones que, después de celebrado el matrimonio, uno de los cónyuges recibe de su padre o madre u otros parientes. Así aparece en dos adiciones a los manuscritos de las redacciones E<sup>1</sup> y E<sup>2</sup>, cuya letra es del siglo XVI, pero de manos distintas de las que copiaron la totalidad de dichos códices (Molho, pág. 629):

350. De *hereditat donada a marit o a muller despuis que casatz son*. Si nuill homme a muller a benición τ si lo paire o la mayre o nengun dels parenz, despuis que la muller a pris a benición, li dan ninguna hereditat, tan grant part i a la muller com son marit, per For de Jaca, com si l'auien de conquesta, e altresí aya lo marit si dan res a la muller com al marit, per aquel sobrescript judici (redacción E<sup>1</sup>).

350. De *conquesta de marit τ de muller*. Et si nuill omne a muller a benicion et si lo payre o la maire del omne que a la muiller a beneicion o ninguns dels parenz, depuis que la muiller a prisa a beneycion, li dan nninguna hereditat, tan grant part hi a la muiller com son marit per For de Jaca, atant grant part hi a com si la aguisen de conquesta; et altresí si res li dan a la muiller com al marit, per aquel sobrescript iudici (redacción E<sup>2</sup>).

Estos textos faltan en las restantes redacciones aragonesas y navarras del F Jaca, excepto en la redacción navarra B (Ms. JJ. NN. Archivo Nacional de París), en el que figura en forma más compendiada: 262. *De marit e muiller*. Si nengun omne a muiller a binicion τ despuis que a la muiller lo payre o la mayre li dan alguna hereditat al marit, tan gran part aya la muyller com lo marit, τ altresí lo marit com la muyller (Molho, pág. 274). Posiblemente sea también una adición posterior al modelo originario que el copista tuviera, pues figura al final del manuscrito como párrafo penúltimo.

(124) De la recopilación privada conocida por Fuero de Tudela existen tres manuscritos distintos: 11-2-6, 406 de la Academia de la Historia, de Madrid; 7068 de la Biblioteca Ureña de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, y Thott 458 de la Biblioteca Real de Copenhague. Todos ellos se encuentran inéditos. El profesor Lacarra prepara actualmente una edición crítica. Lacruz Berdejo ha transcrito uno de los manuscritos, bajo el título *Fuero de Tudela. Introducción, transcripción con arreglo al Ms. 11-2-6, 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 y a la que me remito. Deseo agradecer públicamente al profesor Lacruz su amabilidad al proporcionarme este valioso instrumento de trabajo. Recientemente, el profesor Lacarra ha dado a conocer un texto, conservado en el manuscrito 17653 de la Biblioteca Nacional, de Madrid, muy relacionado con el F Tudela y con fuentes jurídicas aragonesas (*Un nuevo texto foral navarro-aragonés*, en *Homenaje a Francisco Ynduráin*, Zaragoza, 1972, págs. 175-199).

tos que más bien inclinan a asimilarlo a los demás fueros locales navarros (125).

Mayor significado tiene la peculiaridad que, en contraste con las demás fuentes jurídicas navarras y aragonesas de la época, presen-

a) En términos bien claros, F Tudela considera comprendidos en el patrimonio de la comunidad y, en consecuencia, sujetos a partición, todos los bienes muebles que ambos cónyuges poseen, incluso con anterioridad a la celebración del matrimonio: "que pues al día que casan es por medio quanto moble an no es dreito que el vno ende aya mas que el otro" (127, folio 42 del manuscrito); otro texto dice: "et si ouiere muller e viniere, podra i tener viudedat e auer la meitat del moble" (35, folio 12); y en otro párrafo se contempla el supuesto de que "si el padre, teniendo biudedat en alguna eredit de conquista, ante que aynan partido con sus fiios mueble e eredit uende aquella" (108, folio 39 vt.º). En iguales términos se expresa el texto foral navarro-aragonés contenido en el Ms.-17653 de la Biblioteca Nacional. Así, el párrafo 11 declara: "et es fuero que quoanto ouiere de moble marido e muyller que y deven seer por medio" (Lacarra, *Nuevo texto*, pág. 182); y el párrafo 19 determina: "e si ouiere muyller, e y viniere podrá y tener so viuditat et aver la meitat del moble" (Lacarra, *Nuevo texto*, pág. 186).

b) Resulta, pues, perfectamente claro que, según F Tudela, el consorcio conyugal comprende no sólo las heredades conquistadas, sino, además, cualesquiera bienes muebles de ambos cónyuges, sea cual fuere el título de adquisición; y hay que añadir que dicho fuero tiene un concepto expansivo de bienes muebles, puesto que atribuye tal carácter a los frutos ya manifiestos, los que, con técnica jurídica romana y moderna, serían calificados de inmuebles por incorporación. El párrafo 128 F Tudela, bajo la rúbrica "*De partir fruto*", dice: "Si marido o muller ante que casen an heredit propria o laurandola entranbos muere el vno dellos, si al día que fuere muerto parece fruto en aquella heredit aquel es dito moble, por que del moble dentrobos se labro, e deue uenir a particion con parientes mas non con los fillos, porque a los parientes nunca daran a partir mas de vna uez adelante, mas deue tornar aquella heredit al parentesco mas proximo quando el vno o el otro perdieren viudedat" (fol. 42 vt.º).

c) Las mismas palabras con que empieza F Tudela 128 (*si marido o muller ante que casen an heredit propria*) parecen presuponer que sólo son privativas de los cónyuges las heredades que éstos habían adquirido en estado de solteros y que, por el contrario, quedan comprendidas en el patrimonio de la comunidad las adquisiciones de inmuebles que, por cualquier título, incluso lucrativo, cada uno de ellos realice después de casados.

En tal sentido aduce Lacruz Berdejo un texto de otro manuscrito de F Tudela, el párrafo 268 del Ms. de la Facultad de Derecho: "Si alguna muyller ouire algunas heredades ante que case con su marido, damos por fuero et por juycio (que) por nuylla deuda que su marido faga ni malleua, y ella no es en esta deuda, que non puedan ser destreytas aquellas sus propias heredades. Otrosi el marido." Lacruz Berdejo comenta a este respecto: "Al eximirse de la responsabilidad por deudas del marido las heredades de que es propietaria la mujer antes del matrimonio parece que las adquiridas posteriormente están sujetas a dicha responsabilidad. Y esto, sin duda, porque son comunes. Si no, se daría la contradicción de que estos bienes privativos estarían sujetos a responsabilidad por las deudas del marido, siendo así que no lo está la mitad que corresponde a la mujer en los bienes comunes, y —contra lo que ocurre en Aragón— tanto en los inmuebles como en los muebles" (*Régimen matrimonial*, pág. 81).

(125) Para el Fuero de Estella utilizamos la más reciente edición de José María Lacarra, con la colaboración de Angel J. Martín Duque (*Fueros de Navarra. I. Fueros derivados de Jaca, I. Estella-San Sebastián*, Pamplona, 1969).

a) F Estella II, 11, 1, consagra claramente la doctrina de partición por mitad de las conquistas realizadas durante el matrimonio: "si maritus illi moritur, et habet inde filios, et postea uult ducere alium maritum, mulier

ta FGN, donde el régimen matrimonial de bienes se halla determinado en función de la existencia o carencia de hijos, lo cual, como seguidamente se verá, viene a confirmar la interpretación que hemos dado al párrafo 4, 2, 3 del repetido fuero.

Frente a la infundada y ligera afirmación hecha por Alonso, y rutinariamente mantenida luego por los autores, fue Lacruz Berdejo (en su ya citado estudio sobre *El régimen matrimonial de los Fueros*

---

illa debet partire totuum quantum examplauit cum suo marito primo, cum filiis, aure et honore, per medietatem" (Lacarra-Martín Duque, *F Estella*, página 100).

b) Ahora bien, al lado de este régimen de conquistas, y al igual que ocurre en otras fuentes del Derecho local de Navarra, F Estella parece considerar como bienes privativos sólo las heredades que los cónyuges adquieren antes de contraer matrimonio, y, por el contrario, incluir en el patrimonio consorcial todas las adquisiciones, constante matrimonio, realizadas por cualquier título oneroso o lucrativo. Así cabe deducirlo de II, 11, 2: "Et si mulier habet hereditatem aliam, aut de patrimonio aut de alio modo, antequam duxisset maritum, non dabit inde porcionem filiis" (Lacarra-Martín Duque, *F Estella*, página 100). Las palabras *antequam duxisset maritum* parecen circunscribir el concepto de bienes privativos a los inmuebles adquiridos con anterioridad a la celebración de las nupcias.

c) Finalmente, respecto al problema de si los bienes muebles de los cónyuges se hacen o no comunes a ambos, una solución afirmativa puede deducirse de II, 11, 12: "Et si mulier habet filiastrum, et filiastrum non diuiserunt cum illorum patre partem illorum matris, habebunt filiastrum illi in honore et in aere de illorum matre, in quantum examplauit cum illorum patrem antequam duxisset istam aliam uxorem; sed in partem patris, quantum mulier uoluerit stare in uidiuitate, non habebunt partem in illo honore; sed illum aere mobile diuidetur" (Lacarra-Martín Duque, *F Estella*, pág. 102). En efecto, si el usufructo vidual no se extiende a los bienes muebles, y éstos han de dividirse, es porque respecto a ellos se ha producido comunicación. Confirma esta creencia el hecho de que F Estella II, 11, 2 (transcrito en esta nota, al apartado b) precedente) sólo considera privativas las heredades, no el *aere mobile*. En el propio sentido, Lacruz Berdejo (*Régimen matrimonial*, páginas 67-70).

Por lo demás, tal interpretación viene poderosamente avalada por los siguientes datos:

1.º De una parte, que en Logroño, comarca muy cercana a Estella, y cuyo Derecho está muy relacionado con el de dicha ciudad navarra, encontramos igualmente la comunicación de los bienes muebles que los esposos tenían al tiempo de contraer matrimonio. El *Libro de los Fueros de Castiella* dice así: *Título del omne que casa o de la muger como a la meatud de lo que ouyere el uno del otro*. Esto es por fuero de Logronno: que el día que fuere el omne con su muger casado aura la meatud de todo el mueble, el marido dela muger, e la muger del marido. et toda cosa que ouyesse cada vno dellos fecha por su cabo cada vno ante que cassasen, ambos ados lo abrian de pechar por medio. Et despues que fuessen cassados otrosy" (Galo Sánchez, *Libro de los Fueros de Castiella*. Barcelona, 1924, págs. 156-157).

2.º Y, de otro lado, por el hecho de que en época muy posterior (siglos xv y xvi), los protocolos notariales acreditan documentalmente la permanencia del régimen de comunidad de muebles y adquisiciones en comarcas navarras regidas por F Estella [vid. tales documentos, más adelante, en la nota (140)]. Así ocurre en Puente la Reina, villa a unos veinte kilómetros de Estella y a la que en 1122 se concedió el fuero de esta última ciudad (Lacarra-Martín Duque, *F Estella*, pág. 27; y Lacarra, *Notas para la formación de las familias de fueros navarros*, AHDE, X, 1933, págs. 203-272, en especial págs. 221, 257-258).

de Aragón) (126) quien, por primera vez, supo plantear el tema y, sobre los mismos textos de FGN, demostrar que la composición del patrimonio consorcial se determina a la disolución del matrimonio sobre la base de distinguir que haya o no hijos comunes de los esposos: 1) si, muriendo uno de los cónyuges, quedan hijos suyos y del supérstite, han de dividirse todos los bienes de ambos, adquiridos por cualquier título, antes o después del matrimonio (sistema de *comunidad universal o absoluta*): 2) si, por el contrario, no hubiese hijos, sólo son comunes los muebles y las conquistas (sistema de *comunidad relativa o limitada*, bien que bastante más amplia que la de gananciales). La normativa de FGN, según ya Lacruz apuntó, se asemeja a la del Derecho vizcaíno. Con respecto al *Fuero de Vizcaya de 1527* la única variante, en el supuesto de disolverse el matrimonio sin hijos, es que el Derecho vizcaíno considera comunes sólo las conquistas, no los muebles (127). En cambio, la identidad es absoluta

(126) ADA, III (1946), págs. 84-89.

(127) Fuero de Vizcaya de 1527, 20, 1: *Que los bienes de el Marido, y Muger se comuniquen muriendo con hijos: Y como se han de partir no los teniendo*. Primeramente, dixerón: Que avian de Fuero, y establecian por Ley, que casados marido, y muger legitimamente, si huvieren hijos, o decendientes legítimos de en vno, y quedaren de aquel Matrimonio vivos (siendo suelto el Matrimonio) todos sus bienes de ambos, y dos, muebles, y rayzes así en posesion como en propiedad (aunque el marido aya muchos bienes, y la muger no nada, ó la muger muchos, y el marido no nada) sean comunes á medias; y aya entre ellos hermandad, y compañía de todos sus bienes. Y en caso que el Matrimonio se disuelva sin hijos, ni decendientes (por ser toda la raiz de Vizcaya troncal) que si en el tal Matrimonio ambos marido, y muger, ó alguno de ellos truxiere en dote, ó donación bienes rayces; los tales se buelvan, y queden con el que los truxo: Y si alguno dellos vino á casa, y caseria del otro con dote, ó donación de mueble, y semoviente; que suelto el tal Matrimonio sin hijos, el tal, ó sus herederos, ó sucesores, salgan con lo que truxo, y con la meytad de los mejoramientos y multiplicado constante Matrimonio (*Fueros 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 Predecesores*, impreso en Bilbao: por Antonio de Zafra, s. a., fol. 111).

20, 8: *De lo que se há de hazer quanto compran bienes, que proceden de parte del marido ó de la muger, no aviendo hijos*. Otrosí, dixerón: Que avian de Fuero, y establecian por Ley, porque caeae que entre marido, y muger, constante Matrimonio, se hazen compras de heredades, ó edificios, ó mejoramientos en tierra, y heredad que proviene de el marido, o de la muger: Y suelto el Matrimonio sin hijos, ó decendientes, ay debate entre los profincos, sobre quales llevarán estos bienes. Por ende ordenavan, y ordenaron, que los mejoramientos hechos en tierra, y heredad, que proviene de el marido, ó si la tal compra venia de su tronco; que en tal caso (muerto el marido) los herederos, y profincos suyos lo hereden, pagando a la muger, ó á sus sucesores la meytad de el justo precio de tal compra, ó mejoramiento: Y si la tal compra, ó mejoramiento provenía de la muger, ó su tronco, lo hereden sus profincos, y sucesores, pagando al marido, ó á sus sucesores también la meytad de el justo precio dello: Con que el marido, ó muger, y cualquiera dellos, que vivo quedare en su vida, pueda gozar, y posseer libremente la meytad. Y en fin de sus dias, se haga, y cumpla lo que de suso está declarado (*Fveros*, cit., fol. 115).

Jado y Ventades (*Derecho civil de Vizcaya*, 2.<sup>a</sup> edic., Bilbao, 1923, páginas 516-517) parece interpretar el Fuero de 1527 en el sentido de que, en todo caso, es decir haya o no descendientes del matrimonio, la comunicación se



entre FGN y el *Fuero Viejo de Vizcaya de 1452*, pues éste, en el caso de no existir descendencia a la disolución del matrimonio, hace extensiva la comunidad no sólo a los bienes conquistados, sino también a los bienes muebles (128). Es evidente que la idea central o inspira-

produce respecto a los bienes muebles. Sin embargo, el texto de las leyes que acabamos de transcribir es suficientemente claro, y no deja lugar a dudas en el sentido de que, disuelto el matrimonio sin descendencia de los cónyuges, corresponden a éstos (o a sus herederos) todos los bienes que respectivamente aportaron, muebles o inmuebles, y que sólo se hacen comunes los mejoramientos y multiplicado *costante matrimonio*. Sin duda, desde el Fuero Viejo de 1452 hasta el Fuero de 1527, se produjo en Vizcaya una evolución paralela a la de Navarra, favorable a excluir del consorcio conyugal los bienes de naturaleza mueble propios o privativos de cada uno de los esposos.

(128) En el Derecho de Vizcaya anterior al Fuero de 1527, la ordenación del régimen de bienes para el matrimonio ofrece ciertas diferencias respecto a dicho fuero, y con variantes comarcales. Conviene distinguir a estos efectos el Fuero Viejo de Vizcaya, el Fuero del Duranguesado y el Fuero de las Encartaciones.

1. *El Fuero Viejo de Vizcaya de 1452* (que regía en toda la tierra llana o de infanzonado, con exclusión de la Merindad de Durango y de las Encartaciones), ofrece una reglamentación sustancialmente coincidente con la que luego se mantiene, y generaliza para toda Vizcaya, en el Fuero de 1527, bien que con algún importante matiz diferencial. He utilizado el texto de Labayru y Goicoechea, *Historia General del Señorío de Bizcaya. Biblioteca de la Gran Enciclopedia Vasca*, III, Bilbao, 1968, págs. 145-214).

a) La comunicación universal de bienes muebles y raíces viene establecida con carácter general, sin distinguir que haya o que no existan hijos al disolverse el matrimonio, en los siguientes textos:

*Título de las arras*, ley 1: Otro si dijeron que abian de fuero é uso en Vizcaia que cuando un ome casare con una mujer ó la muger con el Ome que los bienes muebles y raizes de ambos á dos aya de por medio á medias asi la Propiedad como el usu fruto, aunque al tiempo que asi se casasen ayan tenido muchos vienes, y la Mujer no aya vienes algunos ó la Mujer a muchos y el Marido no ninguno (Labayru, cit., pág. 171).

*Título de las ganancias del Marido é de la Mujer*, ley 1: Otro si dijeron que siempre auian por uso é costumbre é por fuero que quando qualquier Ome con la Muxer ó la Mujer con el Ome casa á ley segun Santa Madre Iglesia Manda, que todos los bienes muebles é raices que el Marido ó la Mujer obiesen fuesen comunes á medias, aunque el Marido obiese muchos vienes, é la Mujer no nada, la Mujer muchos y el Marido no nada, y que asi hordenauan é hordenan que baliere segun fama que obiere usado y acostumbrado como en esta ley se contiene (Labayru, cit., pág. 175).

b) Sin embargo, otro párrafo se ocupa del supuesto de que el enlace matrimonial haya quedado disuelto sin hijos, y para tal caso excluye de la comunidad los bienes raíces propios de los cónyuges, con lo que el patrimonio consorcial queda reducido a los muebles y mejoramientos.

Así se deduce de la ley 5 del *Título de las ganancias del Marido é de la Mujer*: Otro si acaesze á las vezes que el Marido é la Muxer de consumo fazen algunos mejoramientos y edificios é compras de las heredades en tierra y heredad del Marido ó en tierra ó heredad de la Mujer, en los quales bienes el dicho de la compra al Marido Por Parentesco Que porque finque sin parte de la Mujer o la Mujer sin parte del Marido, ó muriendo el Marido ó la Mujer ambos á dos sin aver fijos de consumo en esto entre los herederos de ellos ó entre el que bibo quedare con los herederos del Muerto questiones o debates é pleitos sobre ello e por ende Por quitar los Pleitos é questiones que podian recrezer en tal caso, dijeron que abian de fuero y de costumbre y que hordenaban y establecian, que si los tales Mejoramientos fueron fechos en tierra y heredad que viene de parte del Marido ó si el Derecho de la compra que asi fizieren de consumo al Marido ó la Mujer ó los herederos

dora del sistema es la misma en FGN y en los Fueros de Vizcaya, pues se basa en el hecho esencial de que el matrimonio se disuelva

del Marido paguen á los herederos de la Mujer la mitad del justo prezio de los tales mejoramientos é compras, é ansi pagando todos los tales mejoramientos é compras serán para los herederos del Marido, é si los tales mejoramientos é compras fuesen fechos en lo que viene de parte de la Mujer los tales mexoramientos é compras sean de los herederos de ella en la forma susodicha, pagando el dicho Prezio á los herederos del Marido. Y si la Mujer tubiese \* é quedare bibo el Marido todos los tales bienes sean del Marido Pagando los herederos de la Mujer el prescio susodicho. Si los tales mejoramientos é compras fueren fechas en heredades que bienen de parte del Marido, é si el Marido muere é la Muxer quedare biba la Mujer puede haver é tener en su vida La su mitad de los tales bienes aunque sean de partes del Marido, y despues de muerta ella sea fecha partizion de los tales vienes entre los herederos del Marido y la Muxer segun susodicho es, á esto que es dicho de los bienes é mejoramientos é compras que fizieron en lo del Marido sea en lo de la Mujer; é por aquella forma comunmente entre el Marido é la Muxer e sus herederos (Labayru, cit., págs. 176-177).

\* (Sin duda se trata de un error de transcripción, y en lugar de *tubiese* es *muriese*; así se deduce de la continuación del propio texto.)

c) Finalmente, del supuesto de comunidad conyugal continuada entre el padre o madre viudo y los hijos se ocupa la ley 2 del *Título de las particiones*: "Otro Si el Padre ó la Madre que bibo quedare antes que faga particion con sus hijos hiciere algunas ganancias, y así como fue en ganancias fuesen deudas é los tales hijos quisieren gozar de tal Mexoramiento que sean tenidos de Pagar la mitad de las tales deudas y en escojencia sea de los hijos de pagar la mitad de las tales deudas y auer la mitad de las tales ganancias ó dejar las ganancias y no pagar las deudas (Labayru, cit., pág. 179).

II. El *Fuero del Duranguésado* (cuya fecha exacta se desconoce) establecía la comunicación entre marido y mujer, sin distinción alguna de que al disolverse el matrimonio hubiese o no hijos de los cónyuges, y limitada exclusivamente a los bienes muebles y a las ganancias realizadas. Dice así: "Iten si morier el marido ó la muger que el que fincare vivo que haya poder de tener en su poder la mitad de todos los bienes así muebles como raíces que fueron de este tal mayor grado para facer de ello lo que haya menester empero que non haya poder de enagenar la raíz. Iten cualquier que viniere baron ó muger que venier por casamiento é hober fijos que tronco deban heredar é non hober que le non puedan toller la su mitad en toda la su vida si quier vivir y estar en la dicha casería sobre los dichos bienes que hoberon marido y muger de consuno e cuando morier que le entierren é fagan sus enterrorios y cumplimiento segun sobre dicho es é si por mejoría que vea ó por su lozanía quisiera ir del tal lugar que pueda poner en el tal lugar casero sino hober fijos y si fijos hober que non pueda poner ninguno en renta ni en otra manera que sea é lleve su mitad de lo que ganaran marido y muger á donde quisieren pero que no le entre en los bienes á labrar ni reparar nin facer otro edificio alguno salbo en lo que hober ganado marido y muger en uno (tomo el texto de Labayru, *Historia General del Señorío de Bizcaya*, cit., II, pág. 776).

Muerto el marido o la mujer —comenta Jado y Ventades (*Derecho civil de Vizcaya*, cit., pág. 515)—, el sobreviviente conservaba en su poder la mitad de todos los bienes de su consorte, muebles y raíces, debiendo volver la raíz al tronco: *non aya poder de enagenar la raíz*. Tenía, pues, el usufructo de la mitad de la raíz, y en pleno dominio la mitad de los bienes muebles, ya que, en cuanto a éstos, no le imponía restricción alguna, no se le prohibía disponer.

En el Fuero del Duranguésado, el hecho de que hubiese hijos o de que éstos faltasen al disolverse el matrimonio influía sólo en cuanto que, en el primer supuesto el viudo no podía arrendar la casería perteneciente al difunto, mientras que, no habiendo hijos, podía arrendar a un casero.

con hijos o sin hijos, lo que actúa como *conditio iuris* determinante del régimen jurídico aplicable en uno u otro caso.

III. El *Fuero de las Encartaciones* (edición de F. de la Quadra Salcedo, *Fuero de las M. N. y L. Encartaciones*, Bilbao, 1916) ordena asimismo la comunicación de bienes, sin condicionarla a la existencia o falta de hijos.

El Fuero de 1394 (denominado *Fuero de Abellaneda*) regula la comunidad de marido y mujer respecto a los bienes muebles ganados durante el matrimonio y deudas contraídas en el mismo: 43. Item si el marido morier ó la muger morier que los bienes muebles que el marido y la muger obieren, que fueren ganados durante el matrimonio que muerto uno de ellos que se partan de por medio. 44. Otrosí toda partida que fue fecha durante el matrimonio entre el marido y la muger que muerto uno de ellos que se pague de por medio (De la Quadra Salcedo, cit., pág. 103).

El Fuero de las Encartaciones de 1503 contiene una reglamentación más detallada y, a la vez, más compleja. Dentro del denominado *Fuero de Albedrio* comprende las siguientes disposiciones:

2, 1: *De las pagas de las deudas de entre marido y mujer.* Item hemos de fuero uso y costumbre que cualquiera muger que casare con su marido ó el marido con la muger que si deuda obiere de ellos antes que contraian el matrimonio, que no sea tenido el varon de pagar parte alguna de deuda que la muger primero debiese ni la muger sea tenida de pagar deuda alguna que antes que casare el marido debia, empero toda deuda que durante el matrimonio y estando casados en uno fecieren sean tenidos de la pagar por meitad el marido é la muger cada uno su meitad salbo si la tal deuda fuere fecha por juego ó por fiaduria o por maleficio ó por otro mal recado en donde notoriamente el marido es de malos recados que en tal caso el uno no sea obligado de pagar la deuda del otro empero todas las otras deudas que fueren fechas durante el matrimonio las paguen a medias marido y muger y esto se entienda ansi en mercaderías como en otra cualquier manera de deuda que para el matrimonio de ambos á dos marido y muger fuere fecha.

2, 2: *De los bienes de marido y muger como se han de partir.* Item si el marido moriere ó la muger que los bienes muebles que el marido y la muger hobieren que sean partidos entre el que vivo quedare é los herederos del muerto por medio y cada uno de ellos haya su mitad é ansi el marido é la muger sean ameteros en todos los bienes muebles del dia que en uno casaren adelante empero en los bienes raices si la raiz del marido vale mucho é la raiz de la muger poco ó por el contrario la raiz de la muger vale mucho é la raiz del marido vale poco que se aprovechen de ello comunmente, pero que despues de vida de cualquier de ellos que el que fincare vivo que se vaya con su tronco enteramente salvo si el marido ó la muger se adotaren por carta y por fiadores en todos sus bienes muebles é raices que entonces que sea ameteros en todos sus bienes muebles é raices é en sus ganancias segun é por la forma que se ametaren é en razon de esto en la tierra de Samorrostro é Galdames é Sopuerta y Carranza é Trucios han el fuero de vecino que es que aunque marido y muger no se hayan fecho ameteros que el que vibo queda goza por su vida el usufruto á que llaman las buenas é la mitad de la raiz y tronco siquiera haya hijos del muerto é siquiera no los haya é despues de sus dias de el vuelba la tal raiz al tronco é al que ansi sale al tronco se le han de pagar la mitad de los edificios é mejoramientos que durante el matrimonio se hicieron en el tal tronco.

2, 3: *De las ganancias que se hacen en la raiz del uno.* Otrosí hemos de fuero uso y costumbre que cualquier home que hiciera ganancia de raiz ó rama ó edificio en la raiz de su muger é la muger en la del marido ó ambos á dos estando casados juntos en uno si no fuere menester la tal ganancia muerto el uno de ellos quede con aquel cuya era la raiz y tronco donde se fizo la tal ganancia pagando el que vivo quedare á sus herederos la mitad de lo que se apreciare por hombres buenos la tal ganancia que fué fecha en la heredad del tronco del otro.

2,4: *Cuando la cosa se dice raiz.* Otrosí hemos de fuero uso y costumbre

Los textos de FGN son muy claros y precisos, y su lectura detenida es más que suficiente para la comprensión del sistema que establece (129).

en las Encartaciones que la casa o torre que fuere alta de catorce codos aforados medidos de la mas alta tierra fasta la lata de la mas baja gotera del tellado de la casa o Torre, que la tal caso que ansi tobiere en la dha altura catorce codos aforados que se diga ó juzgue raiz y es habida por raiz é quede por raiz en todas las cosas empero si la tal casa é Torre fuere mas baja de los catorce codos aforados de sola lata de la gotera del tejado fasta la tierra que en tal caso la tal casa é torre se diga mueble é sea habida y juzgada por mueble é asi para en partida de marido y muger como en todas las otras cosas.

(De la Quadra Salcedo, cit., págs. 188-193).

De dichos textos parece deducirse lo siguiente:

a) En una parte de las Encartaciones (que, según Jado y Ventades, comprende la tierra de Salcedo o Zalla, Gueñes, Gordejuela y Arcentales), por fuero existía una comunidad de ganancias y de todos los bienes muebles, incluso de los que marido y mujer tenían al tiempo de contraer matrimonio. Esto, naturalmente, sin perjuicio de lo que hubieren convenido, es decir "si el marido ó la muger se adotaren por carta y por fiadores en todos sus bienes muebles é raíces", pues en tal caso eran "ameteros en todos sus bienes muebles é raíces é en sus ganancias según é por la forma que se ameteren".

En todo caso, el Fuero de las Encartaciones (2, 4) revela un concepto muy amplio de bienes muebles, al comprender entre éstos, "asi para en partida de marido y muger como en todas las otras cosas", la casa o torre que fuere más baja de catorce codos. (Sobre esta ley llamó ya la atención Luis G. de Valdeavellano, *Bienes muebles e inmuebles en el derecho español medieval*, en Cuadernos de Historia de España, XI, 1949, pág. 117, y nota 46.)

b) Pero en otra parte de las Encartaciones (que comprendía la tierra de Somorrostro, Galdames, Sopena, Carranza y Trucíos) regía el llamado *fuero de vecino*, según el cual, aunque marido y mujer no se hubieren hecho *ameteros*, y tanto si hubiera hijos como si no los hubiese, el viudo tenía el usufructo vitalicio de los muebles y ganancias y, además, el usufructo de la mitad de la raíz, si bien ésta ha de volver luego al tronco. Es decir, hay una especial comunicación de muebles y adquisiciones, en favor del cónyuge sobreviviente, unida a un usufructo vitalicio sobre la mitad de la raíz troncal del predifunto.

(129) Se refieren a esta materia los siguientes pasajes de FGN:

2, 4, 21: *Cómo deven partir las creaturas con la madre villana viuda, et qui las deve criar ata que ayan hedat*. Si el marido muere viviendo la muger et oviendo creaturas que no hayan hedat, los parientes del padre pueden toyller las creaturas et todo lo del padre á criar las criaturas ata que ayan VII aynos conplidos: los VII aynos passados, vayan o quisieren; et la particion deve ser atal, que la meatat de todas las heredades del padre deven prender et de la madre estas creaturas, eylla prendiendo unos vestidos pora si, et lo al partan por meyo. Quaal que muere senes creaturas, las heredades del muerto deven tornar á su natura (Ilarregui-Lapuerta, FGN, pág. 23). Con razón señala Lacruz (*Régimen matrimonial*, pág. 85) que este texto resulta más explícito y expresivo según la redacción del manuscrito de Estocolmo: Como quando villanos casados oviendo fijos de ganancia muere el uno, deve criar ata que ayan hedat... et la particion deve ser atal, que la meatat de todas las heredades del padre deven prender et de la madre estas creaturas, eylla prendiendo unos vestidos pora si; et lo al deste marido e desta muyjer, heredad o mueble, partan lo por meyo. Quaal que muere senes creaturas, las heredades del muerto deven tornar a su natura.

2, 4, 22: *Cómo quando villanos casados oviendo fijos de ganancia muere el uno, el otro parte con eyllas, et los de pareyella cómo*. Si por ventura villano ó villana casados ovieren fijos ó fijas de barragana et si muere el padre ó la madre, el qui vivo fincare deve tener sus heredades propias et

Una importante salvedad hay que hacer respecto al régimen normal establecido en FGN: cuando, aun habiendo hijos, el matrimonio se disuelve por divorcio o separación de los cónyuges, no rige la comunidad universal, sino sólo una comunidad limitada a los muebles y las adquisiciones (130). Excepción perfectamente lógica en este caso,

---

deyssar las heredades del muerto, como dicho es de suso; maguer si ovieren conquista ó ganado heredamientos ningunos, prenga la meatat destos heredamientos el bivo, et del mueble; esto es, porque no han creaturas de pareylla. Si por ventura ovieren creaturas de pareylla et de ganancia, et si los de pareylla non quisieren prender part del muerto, los de ganancia nos pueden toyller part; mas ququando los de pareylla tomaren part, los de ganancia deven aver tan buena part como los de pareylla por cabeza en las heredades del parient muerto. Et oviendo creaturas et non creaturas, el parient que finca vivo, prenga su part como fuero manda (Ilarregui-Lapuerta, FGN, págs. 23-24).

2, 4, 23: *Villano biudo cómo deve dar part á las creaturas ante que case et si non faz que pena ha.* Villano biudo si quisiere casar deve dar primero part á las creaturas primeras ante que case; é si por ventura cassase ante que tomen part, pueden demandar las primeras creaturas part en las heredades de la segunda muyller por razon de conquista (Ilarregui-Lapuerta, FGN, pág. 24).

3, 20, 8: Si algun fidalgo moriere sines estin et deyssare creaturas de pareylla ó de barragana, las creaturas de pareylla deven aver las arras sines las creaturas de barragana... Non probando que sean arras deven prender la meatad de todas las heredades de lur padre et madre por voz de suert de madre; et de las otras heredades que fincan en voz de padre, deven, otrosi, prender la meatat, porque son de pareylla, et las otras heredades que fincan encara, las creaturas de pareylla et las de baragana deven partir comunamente (Ilarregui-Lapuerta, FGN, pág. 81).

4, 3, 9, con respecto a la responsabilidad del padre por delito, deja a salvo los derechos de los hijos en razón de herencia de su madre, en estos términos: "et si arras no oviere la muyller, sus creaturas prengan la meatat de todas las heredades del marido et de la muyller et compras: las otras meyas de las heredades deve emparar el Rey" (Ilarregui-Lapuerta, FGN, págs. 91-92).

(130) FGN 4, 1, 1: Et si los podieren abenir bien; et si nó pártanlos en esta manera: el marido que aya sus heredades et eylla las suyas, et si ovieren alguna hereditat conrada ó ganada, que partan por meynos; et el mueble et las deudas, otrosi, que partan por medio (Ilarregui-Lapuerta, FGN, pág. 85).

No carece de interés la exacta coincidencia de esta solución con la de algunas fuentes del Derecho francés medieval, como las *Coutumes de Beauvaisis*: Quant mariages est departis entre homme et fame pour resnable cause tesmoignee par sainte Eglise, l'en doit savoir que, s'il firent aquestes ou tans qu'il furent ensemble, chascuns en doit porter la moitié; et s'il ont meubles, chascuns en doit porter la moitié; et des eritages chascuns en porte le sien (Philipp de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, edic. por Am. Salmon, reimpresión de la edición original de 1900, París, 1970, II, pág. 338, núm. 1.639).

Contrasta esta norma —de FGN y Coutumes de Beauvaisis— con la solución adoptada, en el Derecho castellano, por los fueros de la familia Cuenca-Teruel, en los que, conforme al sistema de gananciales, sólo éstos son objeto de partición en caso de separación conyugal. Así Fuero de Cuenca 210 (= X, 8): *De separatione uxoris et mariti.* Cum maritis et uxor aliqua occasione abinuicem uoluerint separari, diluidant equaliter inter se quecumque simul adquisierint, et non aliud; et diuidant laborem, quem ambo in radice alterius fecerint. Et postquam unus eorum, qui in uita fuerint separati, decesserit, ille qui superuixerit, nichil de bonis eius accipiat, set heredes defuncti accipiant omnia bona sua et diuidant inter se (Ureña y Smenjaud, *Fuero de Cuenca*, Madrid, 1935, pág. 264). Respecto a los textos concordantes

puesto que, a pesar de existir hijos a la disolución de las nupcias, no debe producirse comunicación de los inmuebles privativos de los cónyuges, ya que ambos viven; y, por ello, aun cuando haya cesado la sociedad conyugal, procede tan sólo la liquidación de los bienes que forman el patrimonio consorcial formado hasta entonces. Se trata de una norma especial, dictada para un supuesto singular, que deja a salvo la ordenación establecida con carácter de generalidad.

Visto cuál es, en FGN, el verdadero régimen de bienes en el matrimonio, cabe preguntarse cómo es que, con rara unanimidad, los autores han afirmado que dicho fuero establece el de conquistas o gananciales. Lacruz piensa que la confusión no es de hoy (131), y que, cuando la ley 34 de las Cortes de Tudela de 1558 regula la participación de los hijos de primer matrimonio en las conquistas del segundo (132), rige ya en Navarra el sistema de comunidad de adquisiciones por título oneroso constante matrimonio, y se consideran ya bienes privativos de los cónyuges los aportados de cualquier especie —por consiguiente también los muebles— y los adquiridos por título lucrativo.

Sin embargo, y por las razones que ahora indicaremos, no compartimos plenamente tal opinión, en cuanto a que, en la expresada fecha (año 1558), imperase y estuviese generalizado el régimen de conquistas.

Cierto es que, en su obra publicada en 1575, Martínez de Olano afirma que en el reino de Navarra, al igual que en el de Castilla, y por contraposición al Derecho romano, son comunes a los cónyuges las adquisiciones que éstos hagan por título oneroso (133); lo cual,

---

tes de otros fueros del mismo grupo, vid. el documentado estudio de Martínez Gijón, *El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca*, AHDE, XXIX (1959), páginas 45-152, en especial págs. 73-74.

En igual línea que F Cuenca se manifiesta F Soria, 341: S; el marido o la mugier por alguna ocasion se ouieren a partir, partan entressi equal mjentre quanto en vno ganaron et non al; et partan toda la buena que amos en uno fizieron en la rayz del otro. Et depues que el uno daquellos que en vida fueron partidos finire, el que uisquiere non aya nnguna cosa del muerto. Et si unjdat ouieron fecho, non vala (Galo. Sánchez, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919, pág. 126).

(131) Lacruz, *Régimen matrimonial*, págs. 87-88.

(132) Nov. Rec. 3, 10, 2: *Casando padre, o madre segunda vez sin hacer particion de bienes con los hijos del primer Matrimonio, se comuniquen con estos lo conquistado en el segundo. Casando padre, ó madre segunda vez sin hacer particion de bienes con las criaturas del primer Matrimonio, que lo conquistado, y amejorado durante el segundo Matrimonio se comuniquen con las criaturas de el primero, y que se repartan en tres partes iguales. La una para el que casó segunda vez: la otra para las criaturas del primero Matrimonio: y la tercera para aquel, ó aquella, que casó con el que dexó de hacer la dicha partición con sus criaturas de el primer Matrimonio. Decreto: A lo qual respondémos, que se haga como el Reino lo pide* (Elizondo, *Nov. Rec.*, II, pág. 602).

(133) "Ex his colige etiam antinomiam, quòd iure communi bona constante matrimonio multiplicata pertinent marito, & non vxori, & si quid vxor acquirebat ex eis, dicebatur, titulo lucratiuo acquirere. Iure regio sunt communia, & acquirunt titulo oneroso. Idem cauetur iure regni Nauarrae titulo 4

en todo caso, es verdad, pero advertamos que dicho autor no entra en más pormenores. Tampoco cabe desconocer la opinión de Armendáriz (al que el propio Lacruz se refiere en apoyo de su opinión), ya que dicho autor navarro, al escribir en 1617 los comentarios a su propia recopilación, bajo la rúbrica “*de lucris constante matrimonio factis*” declara: “*in hoc nostro Regno Nauarrae dantur lucra inter virum & uxorem*”; y cita como fundamento legal FGN 4, 1, 1 (134), que transcribe en su parte correspondiente (135). Ahora bien, a esta cita de Armendáriz cabe argumentar en el mismo sentido que a la de Martínez de Olano y, además, no debe olvidarse que el texto aducido por aquél (FGN 4, 1, 1) se refiere, según antes vimos, a un supuesto excepcional —el de separación conyugal— y, además, que dicho párrafo sujeta a partición no sólo las conquistas, sino también los bienes muebles de ambos cónyuges.

Parece cierto, y así lo acreditan los protocolos notariales, que la práctica jurídica navarra durante el siglo XVI acusa una marcada tendencia a pactar en los capítulos matrimoniales el régimen de conquistas (136), y que, incluso, muchos documentos lo presuponen como

---

de las conquistas. lib. 3. fori” (Martínez de Olano, *Concordia*, pág. CLXXXII, núm. 28).

Hay que advertir que esta referencia última no es al Fuero General (cuyo tít. 4 del lib. 3 trata “de cenas, de pechas et de los solariegos”), sino a los mismos título y libro del Fuero Reducido, cuya rúbrica es “de las conquistas y ganancias de entre marido y myger”, lo cual significa que Martínez de Olano se basa en dicho texto recopilado, aun no sancionado legalmente.

(134) Armendáriz, *Additiones*, fol. 159, núm. 4.

(135) Vid. el texto en nota 130, al principio.

(136) A título meramente enunciativo o de ejemplo cabe reseñar los siguientes documentos del Archivo de Protocolos de Pamplona:

I. Contrato matrimonial de Martín de Berasáin y Juana González otorgado el 6 de diciembre de 1489 ante Martín Brun, notario de Puente la Reina. “Otrossi es en convenio entre las dichas partes que si de la dicha Johana Gonçaliz deuenia ante que del dicho Martin de Berassayn su dicho esposo e marido, en tal caso el dicho Martin de Berassayn terna accion de demandar, recibir e cobrar la part e meatat de la conquista que entre los dichos esposo y esposa durant su matrimonio faran assi de la dicha part e meatat de la dicha casa pertenescent a las dichas creaturas de Johan d’Andia qui fue, como de la dicha su part del huerto como de quoalessquiere otras conquistas que junta o diuisamente entre los dichos esposo y esposa durant su matrimonio faran e assi bien su part e meatat de la fragoa e obra que faran en la dicha casa” (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

II. Contrato matrimonial de Martín de Oronoz y María Larrea, vecinos de Leiza, otorgado el 11 agosto 1535 ante Juan de Leiza, escribano real de Leiza. “Otrossi, que las conquistas que hizieren los dichos Martin de Oronoz y Maria conjuges durante su matrimonio ayan de ser y sean a medias conforme al fuero y leyes deste reyno de Nabarra, y asi mismo cada uno dellos pueda e aya de gozar en fealdat conforme al dicho fuero” (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

III. Contrato matrimonial de Martín de Riezu y María Francés, vecinos de Puente la Reina, otorgado el 11 enero 1557 ante el Notario de dicha villa, Pedro de Jacua. “Otrossi passo de conbenio entre las dichas partes que las conquistas y mejoramientos que entre los dichos desposados se hiziere aya de ser y sea a medias” (*APP*, núm. 742, año 1557, doc. 4).

IV. Contrato matrimonial de Juan de Luzuriaga y Catalina de Arbizu, vecinos de Puente la Reina, otorgado el 19 octubre 1557 ante Pedro de Jacua,

legal o consuetudinario (137). Pero eso no nos permite afirmar, al menos con seguridad, que por conquistas haya de entenderse exclusivamente las adquisiciones constante matrimonio y por título onero-

---

notario de dicha villa. "Iten que las conquistas y amejoramientos que durante matrimonio hizieren entre las dichas partes sean comunes a medias" (*APP*, núm. 742, año 1557, doc. 3)

V. Contrato matrimonial de Juan de Lumbier, vecino de Pamplona, y Angela de Artazu, vecina de Estella, otorgado el 18 agosto 1557 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina. "Iten fue tratado y conbenido entre las dichas [partes] que las dichas conquistas y amejoramientos que durante el dicho matrimonio hizieren entre las dichas partes sean comunes a medias" (*APP*, núm. 742, año 1557, doc. 1).

VI. Contrato matrimonial entre Martín Pérez, vecino de Obanos, y Graciana de Sansomáin, vecina de Barásoain, otorgado el 30 junio 1558 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina. "Otrossi fue tratado y conbenido entre las dichas partes, que todas las conquistas y amejoramientos que durante el dicho matrimonio hizieren entre los dichos desposados, ayan de ser comunes a medias tanto para el vno como para el otro" (*APP*, núm. 742, año 1558, doc. 1).

VII. Contrato matrimonial de Juanes de Luzuriaga y Violante Azcona, vecinos de Puente la Reina, otorgado el 5 noviembre 1561 ante el notario de dicha villa Pedro de Jacua. "Otrossi fue tratado y conbenido entre las dichas partes que las conquistas y amejoramientos que los dichos desposados hizieren durante matrimonio sean comunes a medias tanto para el uno como para el otro, las quales dichas conquistas quisieron las hobiesen de heredar los hijos del presente matrimonio, quando aquéllos quedasen, sin llegar a la dicha edad de los dichos doze y quatorze años, y se quisiere casar el sobreviviente de cada uno dellos como dicho es" (*APP*, núm. 742, año 1561, doc. 3).

VIII. Contrato matrimonial de Joanes de Macaya, vecino de Macaya, y María de Mañeru, vecina de Mañeru, otorgado el 18 julio 1568 ante el notario de Puente la Reina Pedro de Jacua. "Iten fue tratado y conbenido entre las dichas partes que las conquistas y amejoramientos que durante matrimonio hizieren entre los desposados sean comunes a medias tanto para el vno como para el otro" (*APP*, núm. 742, año 1568, doc. 2).

IX. Contrato matrimonial de Joan de Vera y Juana de Ollo, vecinos de Puente la Reina, otorgado el 18 septiembre 1569 ante el notario de la misma villa Pedro de Jacua. "Iten fue tratado y conbenido entre las dichas partes que las conquistas y amejoramientos que hizieren entre los dos desposados durante el presente matrimonio sean comunes y a medias tanto para el uno como para el otro" (*APP*, núm. 742, año 1569, doc. 1).

X. Contrato matrimonial de Sancho de Garisoain, vecino de Echauri, y Catalina de Olondáin, vecina de Legarda, otorgado el 17 abril 1570 ante el notario de Puente la Reina Pedro de Jacua. "Iten fue tratado y conbenido entre las dichas partes que las conquistas y amejoramientos que durante matrimonio hizieren sean comunes a medias tanto para el uno como para el otro" (*APP*, núm. 742, año 1570, doc. 1).

(137) Así aparece en los siguientes:

I. Contrato matrimonial de Miguel de Larráinzar y Juana de Lizarazu, vecinos de Puente la Reina, otorgado el 22 febrero 1545 ante Sebastián Brun, notario de la misma villa de Puente la Reina. "Otrossi fue tratado entre las dichas partes que si Dios Nuestro Señor hordenaba debenir de la dicha Johana de Liçaraçu sposa sin aber creatura, o creaturas desde presente matrimonio, en tal caso la dicha Johana de Liçaraçu pueda hordenar en y sobre los vienes de la dicha donacion para su anima o para lo que fuere serbida la suma de trenta y dos ducados de cada çinquenta tarjas por ducado y la parte de las mejoras que hiziere durante el dicho matrimonio, con el dicho Miguel de Larrainçar su sposo y marido, y todos los otros vienes de la dicha donacion ayan de bolber y vuelban a los donantes, para los hobientes



so ni, menos aún, que en tal época sea éste el sistema generalizado a toda Navarra e impuesto por costumbre y, finalmente, sancionado por la ley. Consideremos los diferentes aspectos:

causa por ellos, es a saber Johan de Liçaraçu mayor de dias, donado, y enpues de sus dias a Johan de Liçaraçu su hijo" (*APP*, núm. 743, año 1545, doc. 1).

II. Convenio entre Juan de Andoño y Juan de Senosiáin, vecinos de Puente la Reina, otorgado el 18 diciembre 1577 ante Juan de Riezu, notario de Puente la Reina. "Dixieron que Maria de Andoño defunta ermana que fue del dicho Joan de Andoño y mujer del dicho Joanes de Senosiayn, al tiempo que hizo y hordenó su hultimo testamento dexó por heredero de sus bienes para después de los dias del dicho Joanes de Senosiayn, de una biña situada en el termino ... y otra biña de tres peonadas ..., y mas tiene drecho y acion el dicho Joan de Andoño en las obras y mejoras que hizieron durante su matrimonio en la casa donde vive el dicho Joanes de Senosiayn y en otros bienes de conquistas echas entre los dichos Joanes de Senosiayn y su dicha mujer, y que agora a interbencion de personas de bien se an concertado y conbenido en la manera siguiente ..." (*APP*, *M. Duque y G.<sup>o</sup> Larragueta*).

III. Contrato matrimonial de Juan de Raxa, vecino de Pamplona, y Ana Ros, vecina de Viana, otorgado el 19 diciembre 1556 ante el notario de Puente la Reina Pedro de Jacua. "Iten fue tratado e conbenido entre las dichas partes que si Dios hordenase que la dicha Ana Ros muera dexando hijos del dicho matrimonio, que en tal caso herede sus dotte, arras y mejoras la cratura del dicho matrimonio que eredare la casa y erencio del dicho Joan de Raxa, y a falta de hijo varon la hija como se a dicho en el capitulo precedente en la subcession de los bienes paternos lo mesmo se goarde en los bienes y erencia della.

"Iten fue tratado y conbenido entre las dichas partes que si Dios hordenare que muerto el dicho Joan de Raxa, la dicha Ana Ros se quiere casar segunda vez aviendo creaturas del dicho matrimonio, que en tal caso pueda sacar las dos partes de su dicha dotte, y lo demás con las arras y mejoras y conquistas echas durante el dicho matrimonio quede para los hijos del dicho matrimonio para el hijo que como dicho es eredare la casa del dicho Joan de Raxa" (*APP*, núm. 742, año 1556, doc. 2).

IV. Escritura de convenio entre Pedro de Iriarte y su esposa Pascuala Gómez, de una parte, y los hermanos Don Martín, Don Miguel, Don Martín (*sic*) y Juanes de Iriarte, de la otra, como herederos de su finada hermana María Iriarte, esposa que fue de Juan de Oteiza e hija de dichos Pedro de Iriarte y Pascuala Gómez. Se otorgó el 27 febrero 1570 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina. "Iten fue capitulado, asentado y conbenido entre las dichas partes y los dichos Pedro de Yriarte y Pascuala Gomez su muger, y los dichos don Martin de Yriarte y sus dichos hermanos, todos juntamente y cada uno dellos por si ut insolidum uno, uvieron aber cobrado, tomado y rrecibido los dichos veynte ducados de oro viejos y trece rrobos de trigo de poder dicho Joanes de Oteyça que estaba presente y por delante, para en cumplimiento y fin de pago de todo lo que ellos y cada uno dellos podran pedir y demandar por la dicha rrazon de la dicha torna dotte y por toda la meytad de las conquistas y amejoramientos que durante el matrimonio hizieron entre los dichos Joannes de Oteyça y la dicha María de Yriarte su dicha muger defunta, por la dicha su meytad y porcion de aquellos, asi en la parte y mytad dellos bienes terribles conquistados como en la parte y mytad de los bienes muebles conquistados durante el dicho matrimonio, y dieron por quito y libre dellos al dicho Joannes de Oteyça con pacto de no los pidir agora ny en ningun tiempo, antes segun digeron certificarlo de todo su buen derecho en la mejor vso, forma y manera que podran y debran..." (*APP*, núm. 742, año 1570, doc. 1).

V. Contrato matrimonial del señor Gaspar de Redín, vecino de Estella, y Lucía Jiménez, vecina de Puente la Reina, otorgado el 16 septiembre 1548

a) De una parte, en cuanto a la *extensión del concepto de conquistas*, encontramos algún documento que refleja una idea muy amplia de ellas, como comprensivas de todas las adquisiciones durante el matrimonio, y de las que excluye sólo los bienes que los cónyuges tienen antes de casarse (138); y, todavía en 1528, el Fuero Reducido califica de conquistas los bienes donados a uno cualquiera de los cónyuges por su padre, madre u otro cualquier pariente (139).

b) De otro lado, en orden a la *situación jurídica de los bienes muebles de los cónyuges*, no está perfectamente establecida su inclusión o exclusión del patrimonio consorcial. Durante los siglos xv y xvi, al menos en algunas comarcas navarras, hay capítulos matrimoniales en que expresamente se pacta como régimen de bienes el de

---

ante el notario de Puente la Reina Pedro de Jacua. "Otrossi fue tratado y conbenido entre las dichas partes que, en quanto a las mejoras y conquistas que se hizieren del dicho matrimonio se goarde por entranbas partes la ley del Rreyno que sean comunes" (APP, núm. 742, año 1548, doc. 1).

VI. Contrato matrimonial de Pedro de Urquizu y Catalina Remírez de Undiano, vecinos de Undiano, otorgado el 29 de julio de 1549 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina. "Iten fue tratado e conbenido entre las dichas partes que las conquistas y amejoramientos que durante matrimonio hizieren entre los dichos Pedro de Urquizu y la dicha Catalina Rremirez su muger, que las tales conquistas y amejoramientos sean y ayan de ser comunes a medias conforme al fuero estilo y platica del Rreyno de Nauarra" (APP, núm. 742, año 1549, doc. 1).

(138) Así puede deducirse de los siguientes documentos. El primero de ellos parece circunscribir el concepto de bienes privativos a los que los esposos tienen al tiempo de otorgar los capítulos matrimoniales; y en cuanto al segundo, refleja un amplio concepto de conquistas que viene a englobar no sólo las adquisiciones conjuntas de los cónyuges, sino las que cada uno de éstos pudiere hacer por sí.

Contrato matrimonial de Martín de Loza, vecino de Loza, y María de Andueza, vecina de Puente la Reina, otorgado el 8 de mayo de 1502 ante Martín Brun, notario de Puente la Reina. "Otrossi fue tratado, acordado, concludyo e firmado entre las dichas partes que si caso acaescia se disoluiese el dicho matrimonio dentre los dichos Martin de Loça e Maria de Andueça su dicha muger, en tal caso cada uno quedara con lo suyo assi de bienes muebles como terribles que cada una de las partes al presente tiene, e las conquistas e amejoramientos que fizieren durant su matrimonio partiran a medias por ygoal" (APP, núm. 741, año 1502, doc. 2).

Contrato matrimonial de Gonzalo de Mendía, vecino de Obanos, y Violante de Baigorri, vecina de Puente la Reina, otorgado el 9 junio 1524 ante Martín Brun, notario de Puente la Reina. "Otrossi es en conbenio entre las dichas partes que todas e qualesquiere conquistas de vienes terribles y muebles que durant su matrimonio junta e diuissamente conquistasen sea de ambos dos sposo y sposa comunes tanto del vno como del otro exceptando el cubaje antigo" (APP, núm. 741, año 1524, doc. 1).

(139) FR 3, 4, 1: *Cómo si al marido o a la muger, constante matrimonio se haze donación, la cosa donada es dicha conquista*. Donación hecha al marido, o a la muger, constante el matrimonio, a qualquiera dellos por el padre, o por la madre, o por otro pariente del o della, tanta parte tiene el vno como el otro en aquella cosa que dada por donación a qualquiera dellos, porque segun fuero se dize conquista como si tubieren ellos adquiriendo o comprando por su yndustria aquella (Archivo General de Navarra, Ms.-6, folios 85 r. y 85 vt.º).

Parece que FR recibió esta norma a través de F Jaca. Vid. los textos correlativos de este último en nota 123.

comunidad de adquisiciones y de todos los bienes muebles (140), alternando, a veces en el mismo lugar y ante el propio notario, con otros documentos en que se concierta el simple régimen de conquistas (141). Ello pone de manifiesto una práctica jurídica vacilante y aun no bien decidida.

---

(140) Así se pacta en un número, ciertamente no muy grande, de capítulos matrimoniales:

I. Contrato matrimonial de Lope de Larraona y María de Labayen, vecinos de Obanos, otorgado el 27 abril 1506 ante Martín Brun, notario de Puente la Reina. "Otrossi es en conbenio que todas e qualesquiere conquistas de vienes terribles que durant su matrimonio los dichos esposo y esposa fizieren y los vienes muebles que al fin de quoaquiere dellos oujeren sean de ambos dos vnidos" (*APP*, núm. 741, año 1506, doc. 1).

II. Contrato matrimonial de Miguel de Echarren y María Vélaz, vecinos de Puente la Reina, otorgado el 11 abril 1513 ante el notario de dicha villa Martín Brun. "Otrossi es en conbenio entre las dichas partes que todas e qualesquiere conquistas de vienes terribles que entre los dichos esposo y esposa durant su matrimonio fizieren e los vienes muebles que al fin de qualquiere dellos fezieren sean de ambos entre esposo y esposa comunes exceptando las archas (?) de cubage antigo" (*APP*, núm. 741, año 1513, doc. 3).

III. Contrato matrimonial de Anso Juan Pérez y Gracia de Irunyela, vecinos de Guirguillano, otorgado el 13 de octubre de 1522 ante Martín Brum, notario de Puente la Reina.—"Otrossi es en conbenio entre las dichas partes que todas e quoaquiere conquistas de vienes terribles que entre los dichos esposo y esposa durant su matrimonio junta o dibissament fizieren e los bienes muebles que al fin de qualquiere dellos hobiesen sean de ambos dos esposo y esposa comunes" (*APP* núm. 741, año 1522, doc. 1).

IV. Contrato matrimonial de Juan Martínez y Pascoala Pascoal, vecinos de Cirauqui, otorgado el 21 enero 1573 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina.—"Iten fue tratado y conbenido entre las dichas partes que los bienes muebles que al presente tienen los dichos desposados y a los tiempos abenir ternan, ansí durante los dias de la dicha Joana Caborari como despues, y los amejoramientos que hizieren, sean comunes y a medias tanto para el vno como para el otro, entre los dichos desposados" (*APP*, núm. 742, año 1573 doc. 1).

(141) Vid. los documentos reseñados en la nota 136.

(142) A título indicativo cabe señalar los siguientes documentos, existentes en el Archivo de Protocolos de Pamplona:

I. Contrato matrimonial de Martín de Zugarramurdi, vecino de Zugarramurdi, y María de Goyeneche, vecina de Cuaztoy, otorgado el 5 mayo 1516 ante Juan de Elizondo, notario de Elizondo.—"Otrossi yo el dicho Johancheto de Goyeneche otorgo e vengo de cognoscido e de manifesto que he fecho donacion e cession por via de casamiento como por he con tenor de las presentes fago desde dia e ora de oy de la sobredicha mi casa de Goyeneche y de todas sus tierras, heredamientos, drechos e pertenencias ad aquella dentro y fuera pertenescientes e pertenescer podintes e debientes, a saber es, a vos la dicha Maria de Goyeneche mi fija con vos ensemble e por causa vuestra al dicho Martin de Çugarramurdi vuestro esposo e marido e mi yerno qui estades presentes e por delant, para vos e para vuestra genolla e generacion procreados o engendrados entre los dos. E con la dicha casa ensemble bien así vos firmo e cedo quoaquiere otras casas, casales, huertos, pieças, mançanales, castannales, falguerales, vordas e otras quoaquiere pieças de tierras o heredades e hostellamenta de casa e otros quoaquiere drechos ecclesiasticos e seglares a la dicha casa pertenescientes, francos e quitos, a fazer dellos en ellos vos y vuestra genolla generacion vuestras propias voluntades segund fuero usso e costumbre de la tierra de Vaztan..." (*APP- M. Duque y G. Larraqueta*).

II. Contrato matrimonial de Joanes de Urroz, vecino de Urroz, y Quiteria

c) Y, finalmente, respecto a la *subsistencia o desaparición*, en esa misma época, *del sistema matrimonial peculiar del FGN*, conviene poner de relieve que, en algunas zonas del Norte de Navarra —lo que hoy denominamos *La Montaña*—, los protocolos ofrecen es-

de Ezaburu, vecina de Ezaburu, otorgado el 1 octubre 1520 ante Pablo de Esáiz, notario de Santesteban.—“Ytem fue acordado... que el dicho Michel aya de hazer y aga donacion... atendido y considerado el parentesco tan único ... que tiene con el dicho Joanes. ... cincuenta florines... de su libera y agradable voluntad en fauor d'este matrimonio y para sostener las cargas de aquel fizo donacion y cession entre vivos y luego de presente pura e inreocable por ingratitud ni por otra causa alguna valedera, desde agora para siempre jamas, al dicho Joanes... y a la dicha Quiteria... su esposa... y a la creatura o creaturas que Dios les diere dentre los dichos procreados, es a saber de su media casa que el tiene y le pertenece... situada en el dicho lugar de Urroz, afrontada... de las pieças de tierra, huertas, castañales, mançanales, felguerales, miesporales y de todos los drechos, acciones y possessiones que la dicha casa tiene... Y el dicho Michel... donante por las presente quiso aber tener aqui por designadas...

Ytem mas fue acordado... que para en todo caso de restitucion del dote arriba especificado, aya de quedar... obligada la dicha media casa, pieças... E si el dicho casamiento... se dissolbiere, lo que Dios no mande por muerte del dicho Joanes o de... su muger y no quedare ningun heredero... de matrimonio, en tal caso sean restituydos los dichos cincuenta florines de dote a la dicha Quiteria... o a su hordinacion o debidos herederos” (*APP- M. Duque y G. Larragueta*).

III. Contrato matrimonial y quitamiento de dote de Johanot de Oyarra, vecino de Garzáin, y María de Goyeneche, vecina de Aríztegui, otorgado el 5 agosto 1532 ante Juan de Elizondo, notario de Elizondo.—“Otrossi el dicho Pereton de Aniz sennor de la dicha casa de Goyeneche, de su cierta sciencia e saber certificado de todo su buen drecho en la mejor via, forma e manera que de drecho e de fecho fazer podia, firmo e fizo donación e cession por via de casamiento de la dicha su casa e de todas sus vordas, tierras y heredamientos drechos e pertenencias, assi mojonadas como comunedos, dentro y de fuera a la dicha su casa y a ellos pertenescientes a la dicha María de Goyeneche su fija e con ella ensemble y por causa suya al dicho Johanot de Oyarra su esposo, e mando y a toda su genolla y herederos e posteridad, para fazer en vida y en muert a todas sus propias voluntades, exceptando que reserbo para durant sus dias e de la dicha Quiteria su muger la meatat assi de la dicha su casa como de todo lo resto segund la costumbre de la tierra de Vaztan, e bien assi reserbo para las otras sus creaturas su vezindat e hijosdalgo tanto quanto el fuero manda y es la dicha costumbre de la dicha tierra de Vaztan, ... Esso mismo reserbo si caso contescia que moriesse la dicha Maria su hija o el dicho Johanot su yerno e se dissolbia el dicho matrimonio a menos que quedasen creaturas de su genolla, que en tal caso reserbo la dicha donacion de la dicha su casa y de sus pertenencias por su mano y de la dicha su muger, para dar a quien por bien tobieren... (*APP- M. Duque y G. Larragueta*).

IV. Contrato matrimonial de Pedro de Landa, vecino de Aríztegui, y María Juan de Ohárriz, vecina de Ciga, otorgado el 18 octubre 1537 ante Juan de Elizondo, notario de Elizondo.—“Otrossi yo el dicho Machinto de Landa otorgo e vengo de conocido y de manifiesto que he fecho donacion e cession por via de casamiento como por e con tenor de las presentes fago deste dia e ora de oy en adelante de la sobredicha mi casa de Landa y de todas sus tierras y heredades assi mojonadas como comunedos a la dicha mi casa pertenescientes y pertenescer podientes y debientes, a saber es a vos el dicho Petri de Landa mi fijo y con vos ensemble y por causa vuestra a la dicha Maria Juan de Ohárriz vuestra esposa y muger e mi nuera que presentes estais y por delante, para vos y para vuestra genolla generacion procreados o engendrados entre vosotros los dos. E con la dicha casa en-

crituras de capitulaciones que, de hecho, representan una persistencia y tácita aceptación del régimen del FGN, ya que la donación matrimonial o *propter nuptias* por los padres de uno de los esposos se hace conjuntamente al hijo o hija y al cónyuge de éste, y para los descen-

senble vos firmo e cedo quoalessquiere vorda y quoalessquiere heredades y ostillamenta de casa y otros quoalessquiere drechos ecclesiasticos e seglares a la dicha mi casa de Landa pertenescentes, francos e quitos, a fazer dellos y en ellos vos y vuestra genolla generacion vuestras propias voluntades..." (APP- M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta).

V. Contrato matrimonial de Martín de Caldarnaga, vecino de Echaide, y Domench de Arrart, vecina de Garzáin, otorgado el 12 de marzo de 1547 ante Juan de Elizondo, notario de Elizondo.—"Otrossi yo la dicha Catelina de Caldarnaga ottorga y vengo de conocido y de manifiesto que he fecho donacion y cession por via de casamiento como por e con tenor de las presentes fago d'este dia e ora de oy en adelante, de la sobre dicha mi casa de Caldarnaga y de todas sus tierras y heredamientos, drechos y pertenencias ... a vos el dicho Martin de Caldarnaga, mi fijo, y con vos ensenble y por causa vuestra a la dicha Domench de Arrart vuestra mujer y mi nuera, para vosotros y para vuestra genolla generacion procreados o engendrados entre vos ... durante vuestro matrimonio. E con la casa ensenble vien assi vos firmo y cedo quoalessquiere casas, huerta, pieças, mançanales, castañales, falguerales, assi mojonados como comunedos y otros quoalessquiere drechos ... con la ostellamenta de casa que tengo, a fazer d'ellos y en ellos ... vuestras propias voluntades. Fincando todavia en salbo para mi la dicha Catelina ... durante mis dichos dias la mitad de la dicha mi casa y la mitad del ussofructo e las onores de la dicha mi casa, e bienes ... a la dicha mi casa pertenescentes..." (APP- M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta).

VI. Contrato matrimonial de Pedro de Oyarguen, vecino de Garzáin, y María Perurena, vecina de Ohárriz, otorgado el 22 de mayo de 1548 ante Juan de Elizondo, notario de Elizondo.—"Los quoaless dichos trezientos y diez florines de la dicha moneda de dote, yo, el dicho Miguel Perurena, sennor de la dicha casa de Perurena, asegura y asiento a vos el dicho Pedro de Oyarguen sobre la dicha mi casa de Perurena ..., en tal manera que si caso contescia que el matrimonio dentre vos el dicho Pedro de Oyarguen mi dicho yerno e de la dicha Maria Perurena mi dicha fija y vuestra esposa y muger se dissolbiese no quedando creaturas y herederos de vuestra genolla de entranbos dos durante vuestra union, o de que ouidos creaturas, o creatura fallescian y morian las tales creaturas, lo que Dios no lo mande, en tal caso, yo, el dicho Miguel de Perurena, sennor de la dicha casa de Perurena, prometo y he en conbenio de tornar, restituыр, satisfazer y pagar los dichos trecientos y diez florines de la dicha moneda de dote en la forma e pagos que yo he recebido a vos el dicho Pedro de Oyarguen mi dicho yerno y a vuestros debidos herederos, mostrador de las presentes por vos, y assi luego como el dicho caso de restitution seria contescido.

"Otrossi yo el dicho Miguel Perurena, sennor e propietario de la dicha casa de Perurena, ottorgo e vengo de conocido y de manifiesto que he fecho donacion y cession por via de casamiento como, por e con tenor de las presentes fago deste dia e ora de oy en adelante, de la sobredicha mi casa de Perurena y de todas sus tierras y heredamientos, drechos y pertenencias ad adquella y a mi por razón della pertenescentes, a saber a vos la dicha Maria Perurena mi fija y con vos ensenble y por causa vuestra al dicho Pedro de Oyarguen vuestro esposo y marido, que estais presentes y por delant, para vosotros y para vuestra genolla generacion procreados y engendrados entre vosotros los dichos Pedro de Oyarguen y Maria Perurena mis fija e yerno, durante vuestro matrimonio. E con la dicha casa ensenble y juntamente vos firmo y cedo quoalessquiere casas, casales, huertos, pieças, mançanales, castañales, vordas, falguerales, asi mojonados como comunedos y otros quoalessquiera drechos a la dicha mi casa de Perurena y por razon della a mi pertenescentes, con la ostellamenta de casa que al presente tengo,

dientes de ambos; y sólo para el supuesto de falta de descendencia se previene un sistema de conquistas y se pacta la reversión de los bienes donados —respecto *al de casa*— y de la dotación —pertene-

a fazer dellos y en ellos vosotros y vuestra genolla generacion vuestras propias voluntades ... E bien asi si Dios hordenare de morir del dicho Pedro de Oyarguen mi dicho yerno a menos de tener creaturas o creatura de legitimo matrimonio, en tal caso reserbo para mi mano y hordinacion la dicha mi casa de Perurena con todas sus pertenencias paraazer a mi propia voluntad y para en favor de quien quisiere ...” (*APP- M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

VII. Contrato matrimonial de Beltrán de Echeverri y María de Irigoyengaray, vecina de Ciga, otorgado el 6 de julio de 1550 ante Juan de Elizondo, notario de Elizondo.—“E bien assi es en conbenio entre las dichas partes que el dicho Guilen sea tenido y obligado que cada y quando el dicho Veltran diere y pagare e conpliere el dicho dote y las otras cosas ... que el dicho Guilen y su muger sean tenidos y obligados de fazer donacion y cession, conforme al usso y costumbre de la tierra de Baztan, a la dicha su hija e yerno y a su genolla y herederos de la dicha su (*roto*)... y de todas sus pertenencias, como se acostumbra en la dicha tierra, sin exceptar [cosa] alguna sino la vezindat para las hermandades” (*APP- M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

VIII. Contrato matrimonial de Catalina Sanz, vecina de Aycanoa, e Iñigo (*Eneco*) Juanchetorena, vecino de Aniz, otorgado el 25 de enero de 1552 ante Juan de Elizondo, notario de Elizondo.—“Los quoaales dichos dozientos y setenta florines ... nosotros ... Pero Sanz de Arizcun e Mariato... aseguramos y asentamos a vos el dicho Eneco... en e sobre la dicha nuestra casa de Sagardibelz... E sobre todas sus tierras, heredades, drechos y pertenencias... En tal manera que si caso contescia que el matrimonio d'entre vos... se dissolbiesse no quedando creaturas y herederos de vuestra genolla de entranbos dos durante vuestro matrimonio, o de que ouidos fijos y herederos falliescian y morian las tales creaturas, lo que Dios no lo mande, en tal caso nosotros, Pero Sanz de Arizcun e Mariato... prometemos e habemos en convenio de tornar, restituыр, satisfazer y pagar los dichos dozientos florines (*sic*)... de dote en la forma e pagos que habemos recibido, a vos el dicho Eneco... o a vuestro mandamiento, herederos y mostrador d'esta present carta por vos, assi y luego como el dicho caso de restitution seria contescido.

“Otrossi nosotros los dichos Pero Sanz... e Mariato... ottorgamos e venimos de conocido e de manifesto que habemos fecho donacion y cession por via de casamiento, como por e con tenor de las presentes habemos fecho d'este dia e ora de oy en adelante de la sobre dicha nuestra casa de Sagardibelz y de todas sus tierras, vorda, heredades ... pertenecientes. A saber es, avos la dicha Catelina y con vos ensenble y por causa vuestra al dicho Eneco ... para vosotros y para vuestra genolla generacion procreados o engendrados entre vos... durante vuestro matrimonio. E con la dicha casa ensenble vien assi vos firmamos e cedimos quoaalesquiera otras casas, casales, huerto, pieças, vordas, mançanales, castanales, asi mojonados como comunedos y otros quoaalesquiere drechos ... a la dicha casa ... pertenescientes, con la ostellamenta de casa que al presente la tenemos, a fazer d'ellos y en ellos ... vuestras propias voluntades, ... E bien assi si por caso ... Dios ordenare de morir del dicho Eneco ... nuestro yerno, a menos que tobiesse herederos de la dicha Catelina nuestra fija, que en tal caso reserbamos la dicha casa de Sagardibelz con todas sus pertenencias a nuestra mano y ordinacion non obstante ni enbargante la presente donacion para hazer a nuestra propia voluntad de aquella ...” (*APP- M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

IX. Contrato matrimonial de Juanot de Echeverri y Catalina de Berriozar, otorgado el 1 de abril de 1555 ante Juan de Elizondo, notario de Elizondo.—“Otrossi es convenido... que cada y quando fueren en perfecta hedat y cunplido Juanot, fijo de la dicha Graciana de Echeberri, y Catalina,

ciente *al que viene de fuera de casa*— (142). Y esto, interesa señalar, no aparece como pactos o convenios especiales e insólitos, sino, antes bien, como simple trasunto del sistema usual y conocido; inclusive, en algún documento, se dice que es “*donación y cesión conforme al uso y costumbre de la tierra de Baztán*” (143). Más significativo aún es que haya documentos en los que, expresamente, se pacta entre

---

fija del dicho Juanes de Verriocarr, que se ayan de casar a ley de matrimonio y sean marido e muger y ayan de heredar y hereden la casa y heredades y todo lo pertenesciente al dicho Juanes de Verriocarr y a su dicha casa, reserbando para los sus creaturas lo que los parientes conocieren...” (*APP- M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

X. Contrato matrimonial de Juan de Erasun y María Esteban de Arano, otorgado en Goizueta el 10 de febrero de 1578 ante Martín Pérez de Cenoz, notario de Villava.—“... por una parte Juan de Alduncin alcalde al presente en la dicha villa y Juan Veltran de Alsua, maçero de herrerías, vecinos de la dicha villa, cabeçaleros y testamentarios del ultimo testamento de Gracia de Ybero, cuya fue la torre y media herreria de Ybero defunta y procuradores de hazer eleccion de su heredera, y por la otra Pedro de Herasun y su hijo Juan de Herasun cuyos son Asura y el palacio de Herasun en razon del santo matrimonio que se espera celebrar entre el dicho Juan de Herasun y Maria Esteban de Arano, donzella nieta de la dicha testadora y eleta heredera della por los dichos cabeçaleros, acordaron y concluyeron los capitulos matrimoniales siguientes: ... Iten los dichos Juan de Alduncin y Juan Beltran de Alsua cabeçaleros de la dicha aguela de la esposa propusieron que por el poder que la dicha su principal les dexo por su testamento hizieron eleccion de heredera de la dicha deffunta en la dicha Maria Esteban de Arano esposa para la dicha torre y mitad de herreria de Ybero y sus pertenencias dellos que fueron propios de la dicha defunta y este presente matrimonio se concluye con boluntad, consentimiento, determinacion de los dichos cabeçaleros, por lo quoyal loando ratificando la dicha eleccion en quanto es necesario dixieron que la otorgaban y hazian de nuebo en favor de la dicha esposa y de este su matrimonio para que suceda en el dicho herencio y sea heredera unica de la dicha su aguela y sus dichos torre y media herreria de Ybero y sus molino, ... y todas las demas pertenencias y drechos ... Asi fue capitulado que estos vienes de la esposa y dote infrascrito del esposo sean habidos para en favor deste matrimonio proter nucas y los dichos cabeçaleros queden obligados a hazer consentir y loar esto a la dicha esposa que es ausenta, so la pena avaxo referida.

“Iten los dichos Pedro de Herasun y su hijo Juan de Herasun esposo, cada uno por su mitad prometieron y se obligaron con sus personas y bienes de dar y pagar a la dicha Maria Esteban de Arano esposa y su torre y mitad de de herreria de Ybero o su mandamiento por dote del dicho esposo y en favor desde presente matrimonio entranbos dos por mitad la cantidad de seyscientos ducados ...

“Iten fue capitulado e concluydo entre las dichas partes que las creatura o creaturas deste matrimonio ayan de suceder y heredar para despues de los esposos la dicha torre y media herreria de Ybero y todas sus pertenencias por el horden que los dichos esposos les dieren.

“Iten para en caso de disolucion deste matrimonio sin creaturas, a cada una de las partes balga su drecho, en salbo, y las conquistas por mitad. Si se disolbiere por el esposo en este caso de sin creaturas señalo el a la esposa por su mejoramiento sobre el dicho dote la cantidad de cien ducados y si caso se disolbiese por la esposa en este mismo caso ella quede obligada y sus bienes de dar al esposo cinquenta ducados” (*APP- Martín Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

(143) Confróntese el texto del documento transcrito al apartado VII de la nota precedente.

ambos cónyuges un régimen de comunidad universal, al que se denomina *hermandad* (144).

Sólo el estudio sistemático de un gran número de documentos de la época permitiría llegar a conclusiones más firmes en orden a la evolución histórica en Navarra del régimen matrimonial de bienes, hasta desembocar en el hoy vigente de conquistas, entendidas éstas como simple comunidad restringida de las adquisiciones hechas a título oneroso durante el matrimonio. Ello, por lo demás, excedería de los fines concretos de este estudio.

Como hipótesis provisional, sujeta a posible revisión en futuras investigaciones, cabe suponer *una línea evolutiva tendente a reducir cada vez más el ámbito de la comunidad conyugal*: primeramente, quedarían excluidos del patrimonio consorcial los bienes muebles propiedad de cada uno de los cónyuges; y, tal vez de modo paralelo, se vendría a prescindir de la distinción entre existencia y falta de hijos, dejando de lado en el primer caso la comunidad universal, para generalizar, a cualquier supuesto, la simple comunidad de adquisicio-

---

(144) Contrato matrimonial de Juan de Elzaburu, vecino de Elzaburu, y Juana de Juarbe, vecina de Beunzarrea, otorgado el 10 de octubre de 1536 ante Martín Pérez de Cenoz, notario público de Villava.—“Iten fue firmado y concludo entre las dichas partes que el dicho Joannes de Eçaburu y Joana de Xuarbe su esposa y muger los dos junctamente ayan e ygoalmente ayan de suceder y heredar y hereden dende agora para siempre jamas a perpetuo en vida y en muerte, la casa de Xuarbe llamada Maytena de Xuarbe, toda enteramente con todas sus heredades y possessions, drechos y acciones a la dicha casa pertenescientes y pertenescer podientes y debientes y con todo verde y seco a la dicha casa pertenescientes, la qual dicha casa sesta situada en el dicho lugar de Xuarbe y se afuerta de la una parte con la hera de la dicha casa y de la otra parte con la huerta de la dicha casa y de la otra parte delante con la calle publica y sus heredades y possessions designadas y afrontadas con sus debidas afrontaciones, las quales quisieron las aber por puestas aqui, designadas y afrontadas y nombradas assi como si cada cosa o parte dello fuesse aqui dichas y repetidas y especificadas, designadas y nombradas de una en una, conforme al contracto matrimonial que se hizo entre el dicho Joanot de Xuarbe y Joana de Xuarbe su muger qui fueron defunctos y conforme al testamento que hordeno el dicho Joanot padre de la dicha Joanna, y la dicha Joanna con licencia y expreso consentimiento del dicho Joannes de Eçaburu su marido dende agora y por siempre jamas a perpetuo hizo hermandad al dicho su marido de todo lo susodicho y assi el dicho Joannes de Eçaburu le otorgo la dicha licencia y acepto la dicha hermandad a la dicha su esposa y muger...

“Iten fue firmado y concludo entre las dichas partes que las creatura o creaturas que Dios les dara a los dichos conjuges casados constante su matrimonio ayan de suceder y heredar los tales bienes de los dichos Joannes de Eçaburu y de la dicha Joana su esposa y muger; y en caso de que abiendo creatura o creaturas vibientes deste matrimonio faltasse de alguno de los dichos conjuges casados que en tal caso el sobreviviente dellos sea senyor y mayor en la dicha casa y bienes en su vida y se pueda casar a la dicha casa con alguna creatura que Dios les dara, y en caso de que faltasse de qualquiere de los dichos casados sin tener creatura o creaturas vibientes deste su matrimonio que en tal caso a cada uno dellos se le balga su drecho y action, y en tal caso faltando del dicho Joannes de Eçaburu antes que de la dicha Joanna su esposa y muger que pueda tornar a su libera voluntad de los dichos dozientos y veynte florines de su docte...” (APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta).



nes; el último paso sería, muy posiblemente, la reducción del concepto de conquistas, al excluir de éstas las adquisiciones que cualquiera de los cónyuges realizase a título lucrativo. Tenemos así, ya configurado, el actual régimen de bienes en el matrimonio según el Derecho navarro vigente: las *conquistas*, como comunidad de adquisiciones realizadas por título oneroso, en el estricto sentido de *mejoras y amejoramientos*, expresiones cada vez más difundidas en los documentos, junto al término clásico y más técnico de conquistas que el FGN utiliza.

Me atrevo a adelantar la explicación de que, en este fenómeno histórico de profunda transformación del Derecho navarro, un importante papel debieron desempeñar dos factores:

a) Uno, el *progresivo desarrollo de la libertad de testar*, que en 1686 llega (145) al reconocimiento más amplio de dicha libertad dispositiva *mortis causa*, incluso a favor de extraños; lo que, indudablemente, haría peligrosa la comunicación universal de bienes, pues el efecto automático de ésta podría provocar, contra la voluntad del cónyuge premuerto, que los bienes llegasen a salir del círculo familiar; riesgo que, por el contrario, no pudo producir la comunidad universal de bienes mientras, según el sistema de sucesión forzosa del FGN, el patrimonio habría de ir necesariamente a los hijos.

b) Y otro, la *influencia del Derecho castellano*, evidentemente más intensa cada vez desde la unión de los reinos de Navarra y Castilla; dicha influencia determinaría una progresiva aproximación del régimen navarro de conquistas al de gananciales de Castilla, más limitado o reducido que aquél. La penetración, en el régimen de conquistas, de las ideas del Derecho castellano se acusa en los autores (146), en los prácticos (147), en los documentos (148) y en los formularios notariales (149).

---

(145) Ley 14 de las Cortes de Pamplona de 1686 (Nov. Rec., 3, 13, 16; Elizondo, *Nov. Rec.*, II, págs. 639-640).

(146) Martínez de Olano (*Concordia*, pág. CXXIII núms. 96 y 98) y Armentáriz (*Additiones*, folios 159 a 164 vt.<sup>o</sup>), al tratar de las conquistas o lucros constante matrimonio, hacen frecuentes citas de los autores de Derecho castellano.

(147) En algunos de los manuscritos del Fuero Reducido (así, Ms.-6 del Archivo General de Navarra, folio 85 vt.<sup>o</sup>) hay anotaciones marginales con referencia a doctrina de autores castellanos respecto a lucros comunes durante matrimonio.

(148) A partir de comienzos del siglo xvii, encontramos documentos en los que, indistintamente, se habla de *conquistas* y *gananciales*, sin duda por influencia de la terminología propia del Derecho de Castilla. Así, por ejemplo, el contrato matrimonial de Carlos Orendáin y Juana de Lezáun, vecinos de Puente la Reina, otorgado el 12 de febrero de 1624 ante Juan de Bernedo, escribano de Puente la Reina: "Ittem se assento por conbenio que en caso que no aya hijos del dicho matrimonio puedan y tengan libre facultad los conyayentes de disponer en vida y en muerte asi de los vienes dotales como de los gananciales sin ninguna limitacion sino que se execute aquello que dispusieren y tubieren voluntad; y habiendo hijos sean forçosos y legitimos herederos del dote del padre o madre que muriere tan solamente y que el

Ahora bien, este sistema de conquistas, que actualmente rige en Navarra, es algo bien distinto de la ordenación del régimen de bienes según el FGN, en el que se atiende, como hecho decisivo o fundamental, a la existencia o a la carencia de hijos en el momento de disolverse el matrimonio por muerte de uno de los esposos. Lo cual, conviene advertirlo, no constituye algo insólito que permita calificar de excepcional o exclusivo el sistema del FGN, pues tal hecho (que del matrimonio haya hijos o no los haya) condiciona asimismo el régimen de bienes en el *Fuero de Vizcaya* (150), en los *Fueros de*

---

sobreviviente pueda disponer a su voluntad de su dote arras y conquistas, casando y no casando.

"Item que en casso que no aya hijos del dicho matrimonio y vno de los dichos contraentes muere abyntestato que el sobreviviente de aquel mismo ynstante quede sucesor y dueño de los dichos vienes dotales y gananciales sin que en la propiedad ni posesion dellos se le pueda poner ningun estrano" (*APP*, año 1624, doc. 1).

(149) Esto se acusa, más intensamente, en los siguientes formularios notariales navarros, todos ellos inéditos, existentes en mi biblioteca particular:

I. Formulario que debió pertenecer a un notario de Peralta, redactado a final del siglo xvii; desde luego es posterior a la Recopilación de Chavier, que cita frecuentemente, y anterior a la Recopilación de Elizondo, que desconoce. En la página 359, al tratar de la cláusula sobre conquistas en capítulos matrimoniales, ofrece la siguiente redacción:

"It. se capitula de conformidad que las conquistas que se hicieren constante dicho matrimonio sean comunes y a medias de los dichos futuros esposos, conforme a fuero y leyes de este Reyno, y drecho común."

Aunque la expresión *drecho común* puede hacer pensar en el Derecho romano —como primer supletorio en Navarra—, sin embargo en esta materia de sociedad conyugal es evidente que constituye una referencia a la ordenación de gananciales según el Derecho de Castilla. Lo confirma así el hecho de que el mismo formulario recoge soluciones del Derecho castellano, aun sin indicar la procedencia: así, por ejemplo, en la página 27, al tratar del testamento por delegación, transcribe el contenido íntegro de la Ley 33 de Toro, sin mencionar la fuente, y como si fuese Derecho vigente en Navarra.

II. Formulario notarial que se titula *Libro de Notas*; por su contenido parece también del final del siglo xvii. En su folio 183 vt.º contiene la cláusula de conquistas, en términos casi idénticos al anterior formulario:

"Item se capitula, que todas las conquistas que se hicieren durante este Matrimonio hayan de ser comunes y a medias, conforme a fuero y Leyes de este Reyno y drecho Comun."

III. Formulario en cuya cubierta se lee *Libro de notas de Josef Francisco de Echeniche*; en el lomo, un tanto borroso, puede leerse: *Es de Josef Francisco Echeniche, escribano en la villa de Zubiri, 1781*. Al folio 212 vt.º, en el modelo o fórmula de capitulaciones matrimoniales, dice:

"10. Item fueron conformes las partes que las mejoras, y conquistas que se hicieren durante este Matrimonio, sean y partan conforme al fuero y leyes de este Reyno y en su defecto a lo que dispone el drecho Comun, y que lo mismo se practique en lo demas que en estos contratos no se hubiere expresamente declarado."

(150) El Derecho de Vizcaya constituye sin duda, juntamente con el Fuero General de Navarra, la expresión más clara de este sistema que hace depender el régimen de bienes de la circunstancia de que, al disolverse el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, existan hijos o falten éstos.

Respecto al Fuero Viejo de Vizcaya de 1452, los textos han sido transcritos en la nota 128.

En cuanto al Fuero de Vizcaya de 1527, vid. los textos en la nota 127.

El sistema tradicional del Derecho vizcaíno ha sido recogido y formulado,

*Oviedo y Avilés* (151) y en alguna de las *recopilaciones privadas aragonesas* (152); y huellas o vestigios de tal sistema se encuentran tam-

---

con mayor o menor acierto, en la vigente Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Alava de 30 de julio de 1959 (arts. 41-50).

Sobre el régimen matrimonial en Vizcaya, según el Fuero de 1527 y la vigente Compilación, vid.: Angulo Laguna (*Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, págs. 213-256); Jado y Ventades (*Derecho civil de Vizcaya*, 2.ª edic., Bilbao, 1923, págs. 452-566); y, sobre todo, los siguientes estudios de Adrián Calaya Ibarra: *Vizcaya y su Fuero Civil*. Pamplona, 1965, págs. 289-306; *El régimen de bienes en el matrimonio vizcaíno*, en Estudios de Deusto, XIV, 1966, enero-abril, fasc. 27, págs. 9-41; y *El Derecho foral de Vizcaya en la actualidad. Edición separada de la Gran Enciclopedia Vasca*, Bilbao, 1970, págs. 71-88.

(151) Fuero de Avilés 25, al regular las arras ofrecidas por el marido a su mujer, dice al final: "Des que filio aver, las arras mortas et partiant zo que Deus los der." Y coincidente, dice Fuero de Oviedo 25: "desque filo ouier, las arras son muertas, partan ço que dios lles dier" (Fernández-Guerra y Orbe, *El Fuero de Avilés*, Madrid, 1865, pág. 126).

Hinojosa (*El elemento germánico en el Derecho español*, en *Obras*, Madrid, 1955, II, pág. 415, nota 16) interpretó estos fueros en el sentido de que, en virtud del nacimiento de un hijo, se origina comunidad de bienes entre los cónyuges.

Resulta aquí evidente que arras y comunidad de bienes son incompatibles y que la aplicación de aquéllas o de ésta se halla alternativamente determinada por la *conditio iuris* de que no haya hijos o de que, por el contrario, exista descendencia. En principio, la situación jurídica de la mujer viene asegurada a través de las arras; pero, desde el nacimiento de un hijo, queda sin efecto la constitución de las arras y, en su lugar, se produce la comunicación de bienes; existiendo uno o más hijos, la situación jurídica de la esposa viene garantizada a través de su participación en la comunidad conyugal. Cabe plantear un interrogante: ¿qué clase de comunidad se origina por el nacimiento de un hijo? Los Fueros de Avilés y Oviedo utilizan una expresión muy amplia (*partan ço que dios lles dier*), por lo que tal vez no fuese aventurado sostener que la comunicación es universal y extensiva a toda clase de bienes.

En los Fueros de Avilés y de Oviedo, análogamente al Fuero General de Navarra y al Fuero de Vizcaya, el régimen de bienes está determinado en función de que existan hijos del matrimonio, pero con una importante diferencia: en aquéllos, basta el nacimiento de un hijo; en éstos, por el contrario, no es suficiente que haya habido descendencia, y se precisa que ésta viva al disolverse el matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges.

(152) Ramos Lorcerales (*Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media*, AHDE, V, 1928, págs. 389-407) publicó una recopilación privada, obra de un jurista de Huesca, manuscrito del siglo XIII. El párrafo 10 de dicha recopilación, al tratar de las arras de la mujer de condición villana, dice al final: "Et in qualicumque hora habuerit prolem tantummodo ut lucem uideat iam dicta mulier perdit suas dotes. In aliis causis que habuerint accipiat sicut in aliis causis que fuerint" (Ramos Lorcerales, cit., pág. 393). Este pasaje refleja un sistema según el cual, al menos respecto a los villanos, la existencia de la comunidad conyugal de bienes se hace depender del simple nacimiento de un hijo, aun cuando posteriormente fallezca. La analogía casi literal, de esta recopilación con los Fueros de Avilés y de Oviedo, es manifiesta; y suscita la misma pregunta acerca de si la comunidad sería absoluta o sólo de las adquisiciones. La expresión *in aliis causis* permite quizá sostener la hipótesis de la comunicación universal; creencia que puede verse robustecida por el hecho de tratarse de una recopilación del Derecho alto-aragonés y, por ello, congruente con el Derecho de la Montaña navarra que, muy posiblemente, es el que de modo primordial recoge FGN.

bién en la recopilación denominada *Fuero de Jaca* (153), y en determinadas fuentes del Derecho medieval de Castilla, concretamente en los fueros que, en un sentido muy amplio, constituyen la llamada

(153) La recopilación denominada *Fuero de Jaca*, en cualquiera de sus versiones aragonesas y navarras, presenta algunos textos, sin duda recogidos de redacciones privadas más antiguas, que parecen haber sufrido una reelaboración, mediante añadidos e interpolaciones, posiblemente para adaptar la ordenación anterior (basada en la diferencia entre existencia y carencia de hijos) a la nueva regulación (que prescinde de tal distinción). Pero, en las redacciones que conocemos quedan huellas o vestigios que denotan la existencia de un régimen jurídico anterior distinto. Utilizaremos la redacción navarra que Molho denomina redacción E (Ms.-944 de la Biblioteca de Palacio, Madrid), y una adición al mismo.

a) 38. *De non uendre heredit sen sa muyller.* Nuill infançon ni altre omne, puys que aya muyller, ela biuent, sens lo mandament et la uoluntad de la muyller no pot uendre ni empeynnar nin cambiar nin donar ni alienar heredit ninguna que a els pertanesca, ⁊ aquo es si uol aya creatura o no aya. Aquest medeys for es de la muyller (Molho, *F Jaca*, pág. 525). Se establece aquí la necesidad de intervención conjunta de marido y mujer para enajenar las heredades que a *els pertanesca*; no es una referencia a los inmuebles conquistados sino, en general, a las heredades que pertenezcan a los esposos. Esta exigencia tiene sentido sólo en un sistema de comunidad universal, no en la simple de muebles y adquisiciones. Pienso que la redacción privada que, en este punto, tuvo como modelo el autor de *F Jaca*, esta exigencia de actuación en mancomún de los cónyuges la refería a los supuestos de comunicación total de bienes, que se producía sólo habiendo hijos, no a falta de éstos; una reducción del ámbito del consorcio, circunscrito posteriormente a los muebles y adquisiciones, y el que la comunidad no dependiese ya de la existencia de hijos, llevó al redactor a cambiar el final del texto, y así, la referencia última que presumiblemente contendría la fuente anterior, se cambió por la de *aya creatura o no aya*, sin duda un añadido o interpolación posterior, que cobra sentido únicamente como corrección de una solución jurídica anterior divergente.

b) Por el contrario, ninguna corrección llevó a cabo el redactor de *F Jaca*, respecto al párrafo 61, que trata del padre infanzón que hace donación a alguno de sus hijos, y dice: "mas de son auer moble pot millorar l'un filtz o filla, o de una terra, ab consentiment de la mayre et ab uoluntat, o de una uinna o de unes cases soles" (Molho, *F Jaca*, pág. 533). Esta exigencia del consentimiento de la mujer, para que el marido infanzón pueda hacer a los hijos donación de inmuebles propios suyos, sólo tiene sentido en un sistema matrimonial de bienes en que se produce la comunicación universal de bienes muebles e inmuebles. En este punto, el redactor de *F Jaca* no fue consecuente, y dejó sin retocar el texto para su adaptación al sistema de comunidad limitada a muebles y conquistas.

c) Un párrafo de *F Jaca*, al regular la capacidad procesal de la mujer respecto a sus heredades propias, da a entender que, no habiendo hijos del matrimonio, dicha capacidad se halla inalterada. Pero, acto seguido, el mismo texto tiene una continuación que desvirtúa totalmente las consecuencias que cabría extraer de la primera parte. Es el párrafo 41: "*Que demanda per sa muyller.* Si algun omne casat mena ad altre omne pris deuant la iusticia et per razon de sa muyller li demanda alguna heredit que ten, si aquel que demanda no a filtz o filla de sa muyller, lo qui ten la heredit, per for, non li complira dreyt de la heredit que demanda entroa que sa muyller deuant la iusticia et deuant altres omes bons li donga son logar et son poder sobre la heredit que damanda. Et yssament si lo marit ha enfantz d'ela, si ela deuant la iusticia non li dona son logar et son poder, lo marit non pot demandar la heredit que el cuyda que pertaynga a sa muyller" (Molho, *F Jaca*, pág. 526). Lacruz Berdejo (*Régimen matrimonial*, págs. 62-63) piensa, y comparto su opinión, que desde *et yssament si lo marit ha enfantz d'ela* ha sido añadido

*familia Cuenca-Teruel* (154). Asimismo, ya el simple hecho del nacimiento de un hijo aunque posteriormente fallezca, ya por el contra-

posteriormente, y que no existía en la norma primitiva, ya que priva de sentido a todo lo anterior. Para dicho autor, esto es un indicio de una fase evolutiva precedente en que la comunidad no se inicia hasta el nacimiento del primer hijo del matrimonio. Por mi parte, entiendo que este nacimiento del primer hijo determinaba —al igual que en FGN la existencia de hijos a la disolución del matrimonio— una comunidad universal de bienes; y, por el contrario, ante el no nacimiento de hijos, una comunidad de muebles y adquisiciones. Con esta interpretación cobra luz y sentido la parte primera de F Jaca 41: mientras no hay hijos, no se origina comunicación de bienes y, en consecuencia, la mujer conserva capacidad para actuar en juicio respecto a sus heredades propias. La adición posterior (*et yssament si lo marit ha enfantz d'la*) es lógica consecuencia de un cambio sobrevenido cuando el régimen de bienes no se hace depender del nacimiento del primer hijo, y este hecho no provoca ya una comunicación de todos los bienes; pero al cambiar la norma no se invierte su redacción, sino que, simplemente, se le añade un nuevo párrafo que destruye el sentido del texto precedente.

d) Finalmente, cabe mencionar F Jaca 349, que es una interpolación al mismo manuscrito de letra del siglo XVI, pero de mano distinta. Dice así:

*De heredit que da marit a muller.* Si null home pren muller a benicion  $\tau$  a nenguna heredit en sa conquesta  $\tau$  diçen les parentz de la muller: "Non te darem esta muller ab aquest auer si tu non das aquesta heredit que ven de ta conquesta a ta muiller, enfant o no enfant auen", et el passa del segle  $\tau$  a enfantz d'esta muller, ia no partiran les enfantz d'aquel homme si la muller altre marit pren.  $\tau$  direi vos per que: dira ela: "quar la heredit es mia, enfant o no enfant, com prouarei con leyls testimonis, per for de Jaca" (Molho, *F Jaca*, pág. 629).

El inciso *enfant o no enfant auent*, que se repite, representa claramente una corrección de un sistema anterior en que la condición jurídica de la heredit donada vendría determinada por la existencia o la carencia de hijos, en el sentido, presumiblemente, de que en el primer supuesto se hacía común y sólo en el segundo sería propiedad privativa de la mujer.

e) Lacruz considera también indicios semejantes acerca de originarse la comunidad por el nacimiento de un hijo, las disposiciones de F Jaca que determinan la extinción o pérdida de las arras por cumplirse tal evento. Vid. F Jaca, 35 y 36 (Molho, *cit.*, pág. 524).

Como afirma el propio Lacruz (*Régimen matrimonial*, pág. 62), los indicios serían en tal caso supervivencias de una regulación más antigua, que el transcurso del tiempo no ha podido borrar, y que ahora, perdida su primitiva misión, carecen de objeto definido.

(154) Los fueros del grupo Cuenca-Teruel, al menos algunos de ellos, contienen asimismo huellas o vestigios de redacciones anteriores en las cuales el régimen de bienes en el matrimonio se haría depender de que, a su disolución por muerte de uno de los cónyuges, hubiese o no hijos. El cotejo de los diferentes textos pone en evidencia las reelaboraciones que los autores de los fueros realizaron con las redacciones preexistentes. Más aún, creo que esto viene a confirmar la interesante hipótesis de Martínez Gijón de que, con anterioridad a la redacción de F Cuenca, han existido otras redacciones más simples, menos elaboradas, cuya forma primitiva no es posible reconstruir, pero que han servido de fuente al conjunto de los fueros pertenecientes a lugares enclavados en la Extremadura del reino. Esta tesis la sostuvo ya en su estudio sobre *El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca* (AHDE, XXIX, 1959, páginas 45-151 especialmente, págs. 129-145) y nuevamente la ha expuesto, en forma más sintética, en un reciente trabajo titulado *La familia del Fuero de Cuenca. Estado de una investigación científica* (en *Atti del Secondo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto. La Critica del Testo*, Florencia, 1971, I, págs. 415-439).

rio la subsistencia de uno o más hijos en el momento de disolverse el matrimonio por defunción de uno de los esposos, aparecen en dife-

Los fueros de la familia Cuenca-Teruel se ocupan del supuesto de que, durante el matrimonio, se hubiesen realizado plantaciones o nuevas edificaciones en suelo propiedad del marido o la mujer. De esta materia me ocupé hace ya tiempo (en un trabajo bajo el título *Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges*, Revista Derecho Privado, XXXIV, núm. 396, 1950, marzo, págs. 193-224); y posteriormente ha sido tratada por Martínez Gijón en los estudios citados. Entonces expuse sólo las distintas soluciones que al efecto ofrecían los fueros, y no puse atención en un extremo marcadamente significativo en relación al tema que ahora tratamos; un grupo muy numeroso de fueros centra el problema sobre el supuesto de que marido y mujer sean *maneros* o estériles, es decir, que el matrimonio se disuelva sin hijos, mientras que, por el contrario, otros fueros prescinden de considerar tal circunstancia y regulan la materia en términos generales. Parten del supuesto de mañería o carencia de hijos, los textos siguientes: Cuenca (224 = X, 21, edición Ureña, pág. 278), Iznatoraf (198, Ureña, cit., pág. 279), Teruel, texto latino (330, edic. Aznar Navarro, pág. 188) y texto romance (437, edic. Gorosch, pág. 279), Zorita de los Canes (205, edic. Ureña, págs. 125-126), Baeza (202, edic. Roudil, págs. 95-96), Alcaraz (III, 95, edic. Roudil, pág. 192), Alarcón (189, edic. Roudil, pág. 192), Béjar (254, edic. Martín Lázaro, páginas 43-44) y, finalmente, el formulario de fueros que contiene el Ms.-español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París (78, edic. Roudil, Vox Románica, 1963, 22, núm. 1, págs. 149-150).

Por el contrario, formulan la norma en términos genéricos, respecto a la disolución del matrimonio, los fueros siguientes: Brihuega (298, edic. J. Catalina García), Fuentes de Alcarria (194, edic. Vázquez de Parga, pág. 391), Usagre (88, edic. Ureña, págs. 32-33), Coria (80, edic. Maldonado, pág. 33), Alcalá de Henares (279, edic. Galo Sánchez, pág. 231) y Soria (337, edic. Galo Sánchez, pág. 122).

Por vía de ejemplo comparemos ahora los textos correspondientes a un par de fueros representativos de cada uno de estos grupos:

F Cuenca, 224 (= X, 21): *De sterilibus que insimul cambium uel comparacionem fecerint*. Si uir et uxor steriles fuerint, et insimul cambium aut comparacionem fecerint in radice alterius, siue domos, aut molendinos, aut alium laborem, aut plantacionem fecerint, pariter diduidant illud, cum fuerit necesse, tam in uita quam in morte. Cum alter eorum decesserit, uiuus habeat mediaetatem predicti laboris, et propinquiores consanguinei defuncti aliam mediaetatem: alia radix redeat ad radicem (Ureña, *Fuero de Cuenca*, Madrid, 1935, pág. 278).

F Zorita de los Canes, 205: *Delos maneros que en uno cambio oconpra fizieren*. Qvando el uaron et la muger maneros fueren et alguna plantación de uinnas ode casas en uno fizieren, si quiere sea en rayz del uaron, siquiere enla dela muger, quando alguno dellos muriere, aquel que fincare aya la meatad dela laour o el quarto dela rayz, et del molino aya la meatad dela laour, et aquesto sea en escogencia del querelloso (Ureña, *El Fuero de Zorita de los Canes*, Madrid, 1911, págs. 125-126).

F Brihuega, 298: Todo omne que uinnas pusiere o casas fiziere en heredad de su mugier, aya hi el quarto o la meytad de la fechura, cual mas quisiere; Otro si sea en la heredad del marido (J. Catalina García, *El Fuero de Brihuega*, Madrid, 1887; tomo el texto de Martínez Gijón, cit., pág. 133).

F Alcalá de Henares, 279: *Qui vinnas pusiere o casas fiziere en heredade*. Qui vinnas pusiere o casas ficiere en heredat de su mugier haia hy el quarto, e las .III.<sup>as</sup> partes sean del dueno de la heredat; et otro si sea del heredat del marido. Si hy pusieren vinnas o ficiere casas del duenno de la heredat, donde viniere la raiz haia hy las tres partes, et el otro el quarto (Galo Sánchez, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919, pág. 321).

La referencia a la inexistencia de hijos ("si uir et uxor steriles fuerint", dice F Cuenca: "quando el uaron et la muger maneros fueren", dice F Zorita), y

rentes ordenamientos jurídicos como los factores determinantes del régimen de bienes aplicable o, más sencillamente, de la situación

su ausencia en otros textos no ha pasado desapercibida a Martínez Gijón, quien trata de explicarla en los términos siguientes: "Entre Brihuega y Zorita de los Canes apenas sí existe diferencia, si se prescinde del requisito de que los cónyuges sean *maneros*, que, a nuestro juicio, supone una glosa o adición posterior sin ninguna relación con el contenido del texto ("*El régimen económico, cit.*, pág. 134). Y más adelante, escribe: "De otro lado, la ley del Fuero de Cuenca comienza con las palabras que siguen: *Si uir et uxor steriles fuerint*, bajo la rúbrica *De sterilibus que insimul cambium uel comparationem fecerint*, que hace pensar si esa forma de dividir lo edificado o plantado sólo procedería entre cónyuges sin descendencia. Creemos que se debe rechazar esta posibilidad para el supuesto que ahora contemplamos y reservarla sólo para el caso de permutas o cambios de bienes propios. Pero el texto del Fuero de Zorita de los Canes se rubrica de la misma manera que Cuenca y comienza con las mismas palabras, si bien suprime lo referente a cambios o permutas para ocuparse a renglón seguido del régimen de plantaciones y edificaciones que regula de forma distinta a Cuenca. En este punto concreto el redactor del Fuero de Zorita de los Canes ha tenido a la vista el texto de Cuenca —quizá también otras redacciones: en el Fuero de Soria los cambios o permutas no son gananciales— y ha copiado la rúbrica y las primeras palabras del texto, pero no el contenido de éste" (*El régimen económico, cit.*, pág. 136).

A mi juicio, la interpretación de dicho problema es la siguiente:

1.º Los autores, así de F Cuenca como de F Zorita de los Canes, tuvieron a la vista unas redacciones, correspondientes a un Derecho anterior en las que —presumiblemente— se establecía un régimen de bienes distinto según que del matrimonio hubiese hijos o que, por el contrario, faltase descendencia: en el primer caso, comunidad universal; en el segundo, simple comunidad de gananciales. Dichas hipotéticas redacciones —al igual que sucede en el Fuero de Vizcaya de 1452 y el de 1527 (vid. los textos en las notas 127 y 128)— se preocupaban de regular el supuesto de edificación sólo en el caso de que los cónyuges fuesen *maneros* o *steriles*, precisamente porque sólo aquí surgía el problema, en razón de la reversión troncal de los bienes a favor de los herederos del cónyuge propietario del solar objeto de la construcción; por el contrario, la cuestión carecía por completo de importancia cuando, por existir hijos, se había producido una comunicación universal y no entraba en juego el principio de troncalidad.

2.º F Cuenca representa un cambio respecto a la regulación del régimen matrimonial en la redacción precedente que su autor tuvo a la vista: prescinde de la circunstancia de haber o no hijos, elimina para el primer supuesto la norma que establecía la comunicación universal, generaliza para todos los casos el sistema de gananciales, y conserva, por su vigencia e interés práctico, la regulación del problema de edificación sobre solar privativo de uno de los esposos; pero, por un descuido, el redactor olvida eliminar el supuesto de hecho que encabezaba la norma (*si uir et uxor steriles fuerint*), antes lleno de significado y ahora carente de sentido. Dicho condicionamiento no es —contra la opinión de Martínez Gijón— una glosa o adición posterior sin ninguna relación con el contenido del texto, sino antes al contrario, un residuo de un texto más antiguo, no eliminado por el redactor de F Cuenca, y que ha quedado sin valor jurídico; no es un añadido o interpolación posterior, sino un resto inerte de una redacción precedente. No parece lógico que el copista añadiese una frase sin sentido; sí por el contrario, es natural que olvidase corregir el texto originario.

3.º Confirma esta interpretación el hecho, puesto de relieve por Martínez Gijón (*El régimen económico*, págs. 73-74), de que el texto Cuenca-Teruel se ocupa de los gananciales partiendo de un supuesto que, como afirma dicho autor, debía ser poco frecuente, el de que los cónyuges quisieren separarse (210 = X, 8; vid. el texto en la nota 130 de este trabajo). "Es más normal

jurídica del cónyuge supérstite. Esto se aprecia en numerosos sistemas legales de la Edad Media (155) correspondientes a regiones o

escribe Martínez Gijón (*El régimen económico, cit.*, pág. 74)—, más real, en este orden de cosas, la forma de contemplar el problema del Fuero de Brihuega: *a la fin del uno partan la por medio*, es decir, que la división de gananciales tuviese lugar a la muerte de uno de los cónyuges, o disponer, como hacen los Fueros de Cáceres y Usagre, que la mujer o el marido adquieren la mitad de los bienes comprados en el momento en que la compra se ha efectuado". Y más adelante (*cit.*, pág. 130) vuelve sobre este punto, y añade: "Insisto en que el supuesto —la separación matrimonial— no debía de ser muy frecuente a fines del siglo XII y principios del XIII. Esta forma de plantear las cosas supone que el redactor de Cuenca tiene a la vista un caso o texto distinto."

4.º El dato que se acaba de apuntar, que podría parecer sorprendente en F Cuenca, resulta por el contrario perfectamente lógico si se admite nuestra hipótesis de que, en la redacción anterior que el autor de dicho fuero tuvo a la vista, el régimen de gananciales sólo tenía aplicación disolviéndose el matrimonio sin hijos (224 = X, 20) o, aun existiendo hijos, en el supuesto de la separación de los cónyuges (210 = X, 8). Es decir, algo análogo a lo que establecía el Fuero General de Navarra, y que anteriormente ha sido expuesto con detalle. Vid. los textos correspondientes en las notas 129 y 130 de este estudio.

5.º El autor de F Cuenca eliminó el régimen de comunidad universal, y aceptó, para todo supuesto —hubiera hijos o no los hubiese— el de gananciales; pero no formuló debidamente, y en términos generales, el sistema de gananciales que, en la redacción anterior, tenía aplicación más limitada sólo a supuestos concretos. La correcta articulación del sistema de gananciales fue obra de los fueros posteriores, que supieron conceptualizar ya los gananciales como el régimen propio o normal del matrimonio. F Cuenca representa, en este aspecto, un giro o modificación respecto a un Derecho anterior, pero que no sabe realizar plenamente.

6.º Me atrevo a suponer que la redacción privada que conocería el autor de F Cuenca era, en materia referente a régimen matrimonial de bienes, muy análoga a alguna de las que utilizó el autor de la primera versión del Fuero General de Navarra, o quizá, incluso, de las que usaron los autores del Fuero Viejo de Vizcaya.

7.º En todo caso, creo que estas consideraciones vienen a abonar la sugestiva tesis de Martínez Gijón, en el sentido de que el jurista autor del F Cuenca no es del todo original, sino que se sirve y elabora el Derecho que encuentra en la región vecina y que en esos momentos forma la Extremadura del reino de Castilla. La teoría de dicho autor brinda amplias perspectivas, y pienso que merece ser tenida en cuenta para ulteriores investigaciones.

(155) El nacimiento de un hijo o, según otros ordenamientos jurídicos, la existencia o no de hijos al tiempo de fallecer uno de los cónyuges, es un hecho que tiene marcada significación, no ya, como es lógico, en el destino sucesorio del patrimonio, sino, incluso, en la determinación del régimen matrimonial de bienes, entendido éste en su más amplio sentido. En un orden muy vago de conceptos, puede afirmarse con carácter de generalidad que la existencia de hijos implica un reforzamiento del vínculo conyugal con sus naturales consecuencias económicas: ampliación e intensificación de la comunidad, mayor confusión de los patrimonios propios de los cónyuges, y favor hacia las situaciones de comunidad continuada o de unidad de administración en el cónyuge sobreviviente. Efectivamente, en el caso normal de un matrimonio con descendencia, no es muy importante precisar la naturaleza de los bienes que son comunes en disfrute entre los esposos; todos estos bienes, muebles o inmuebles, patrimoniales o adquiridos, están destinados finalmente a llegar a ser de los hijos, y el objetivo principal es que no salgan de la familia. Por el contrario, en ausencia de hijos, la cuestión deviene más delicada, pues los bienes propios deberán volver a los respectivos parientes troncales, e incluso



lugares bien distanciados geográficamente: la mayor parte de los *estatutos medievales de las ciudades sicilianas* (156), las *costumbres*

surgirá el problema del destino ulterior de los bienes adquiridos o conquistados por los cónyuges.

En un intento de síntesis, y dejando siempre a salvo la extraordinaria variedad que en este punto ofrecen los Derechos medievales, cabría apuntar el siguiente cuadro:

a) El nacimiento de un hijo, aun cuando posteriormente llegue a fallecer, origina la comunidad de bienes en el matrimonio; y, con frecuencia, y como efecto correlativo, la extinción de la promesa o constitución de arras, o la extinción del deber de restitución de la dote aportada.

b) La existencia, o la no existencia de hijos, en el momento de disolución del matrimonio por muerte de cualquiera de los esposos, determina *a posteriori* el régimen de bienes en el matrimonio, así como la prórroga de la comunidad conyugal como consorcio continuado entre el viudo y los hijos, y la situación jurídica del cónyuge superviviente como gestor de dicha comunidad o como usufructuario del patrimonio familiar, al menos mientras guarde viudedad.

c) La existencia de hijos implica, en líneas generales, un reforzamiento de la comunidad conyugal que, unas veces, se traduce en la intervención conjunta de ambos cónyuges en la gestión del patrimonio, y otras, por el contrario, en una ampliación de los poderes de gestión y representación del marido, incluso respecto a los bienes propios de la mujer.

De la influencia del nacimiento de un hijo respecto al régimen matrimonial de bienes, hace ya tiempo se ocupó Brunner, *Die Geburt eines lebenden Kindes und das eheliche Vermögensrecht*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, XVI (1895), págs. 63-108; y posteriormente lo ha hecho J. van Kuyk, *Het schreind kind*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, II (1920), págs. 278-297. Mi desconocimiento de la lengua holandesa me ha impedido utilizar este último estudio.

(156) Dentro de la limitada difusión que en la Italia medieval tuvo el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio, en su modalidad más extrema de comunidad universal lo encontramos en Sicilia y, precisamente, condicionado al nacimiento de un hijo.

La Costumbre de Mesina, I, dice: "Viri et uxoris bona omnia, a quacumque parte proveniant, natis filiis, confunduntur, et unum corpus efficiuntur. Saepius enim scriptum est, et in toto regno consuevit, quod ex quacumque causa viro vel uxori aliqua bona provenerint, natis filiis, communia sunt inter eos." En el mismo sentido la Costumbre de Trapani, I; la de Noti, I; la de Pactar 13; la de Agrigento, 1 y 2; la de Vizzini, 16; y la de Catania, III, 1. Tomo las citas de Pertile, *Storia del Diritto italiano della caduta dell'Impero romano alla codificazione*, 2.<sup>a</sup> edic., III, *Storia del Diritto privato*, Turín 1894, pág. 355, nota 19.

Sólo más tarde y, según Besta (*La famiglia nella Storia del Diritto italiano*, Milán 1962, pág. 167), por la influencia directa del Derecho franco-normando, al nacimiento de hijos se añadió como fuente de la comunidad la cohabitación por un año (Palermo), o por un año, un mes y un día (Caltagirone, Corleone, Piazza). Así, el Estatuto de Palermo (c. 43) decía: "Bona viri et uxoris, tam quae tempore consumati matrimonii, quam et quae postmodum per eos acquisita sunt —elapso anno a tempore consumati matrimonii vel nati filiis, confunduntur, etc." (tomo el texto de Pertile, *cit.*, pág. 355, nota 19). Es decir, la comunidad universal se produce, indistintamente, o bien por el transcurso del año a contar de la consumación del matrimonio o bien, antes, si tuviese lugar el nacimiento de un hijo.

Las fuentes sicilianas —dice Chevrier— señalan muy bien el antagonismo entre la dote y la comunidad de todos los bienes. Si el matrimonio alcanza su fin, es decir si nacen hijos de él y sobreviven a su disolución, la dote desaparece, absorbida por la masa común. En el caso contrario, debe ser restituida por los herederos del predifunto a los parientes de la línea de que proviene (Chevrier, *La communauté universelle entre époux dans la Coutume de la ville*

de comarcas o ciudades del *Norte y del Oeste y Sudoeste de Francia* (157) o de las ciudades de los *Países Bajos* septentrionales y me-

*d'Auxerre*, en *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, V, 1938, pág. 133, nota 1; y pág. 137, nota 3).

El problema de los orígenes de este régimen matrimonial en el Derecho siciliano ha sido estudiado por Cicaglione, *Ancora della origine della comunione dei beni fra coniungi in Sicilia ed in altri paesi bizantini*, en *Archivio storico* por la Sicilia orientale, IX, 1912, págs. 302-323; trabajo que no me ha sido posible consultar.

(157) En el Derecho francés medieval encontramos manifestaciones de la influencia que, ya el hecho del nacimiento de un hijo ya el de su existencia en el momento de la disolución del matrimonio, tiene en los efectos y alcance del régimen de bienes.

I. Según la antigua *Coutume* de Bayona (siglo XIII), la comunidad de bienes entre los esposos no se constituía sino desde el nacimiento del primer hijo. Villet (*Histoire du Droit français*, 2.<sup>a</sup> edic., París 1893, pág. 780, y nota 7) así lo afirma, con referencia a Vinson, *La réforme économique*, II-6.<sup>o</sup>, Rouen et Paris, pág. 575. No he podido confrontar la cita. En cualquier caso, esta situación viene ya modificada en la *Coutume* de Bayona de 1514, que prescinde de la circunstancia del nacimiento de hijos, y establece la comunidad conyugal desde el momento de la bendición nupcial; así, en 9, 24, dice: "Conjoints par mariage dès la benediction nuptiale receue en face de sainte mere Eglise, sont communs en tous acquests, tant meubles qu'inmeubles, faits durant & constant leur mariage" (Ch. A. Bourdot de Richebourg, *Nouveau Coutumier Général ou Corps des Coutumes générales et particulieres de France*, París 1724, IV, pág. 953.)

II. La *Ancien Coutumier* de Picardía (c. XV) establece la incompatibilidad entre el régimen de comunidad de bienes y la dote de la mujer. Desde el nacimiento de un hijo (*quant il y avoit eu enfant plourant*), aunque fallezca antes que la madre, se extingue para el marido el deber de restituir la dote; sin duda porque entonces se ha originado la comunicación de bienes: "Et le dis Jehans se opposoit au contraire en disant que la coustume de Pontieu estoit tel que rapport n'i apartenoit quant il y avoit eu enfant plourant, il n'ia point de raport comment que li enfes ne vive mie après le mort de le mère: che fu rendu en le dite court et par droit l'an mil CCC XX" (Marnier, *Ancien Coutumier inéditi de Picardie*, París 1840, pág. 15.)

III. El Derecho de las regiones del Oeste de Francia (Normandía, Touraine, Anjou, Poictou), en el siglo XIII, atribuye al cónyuge sobreviviente un derecho de usufructo vidual sobre la mitad que en las conquistas pertenece al difunto, es decir que la totalidad de los bienes conquistados quedan en las manos de aquél. Pero tal derecho de viudedad viene supeditado a que se pueda constatar que un hijo nació vivo (*quem natum vivum fuisse constiterit*). Vid. los textos que cita Jean Yver, *Les caractères originaux du groupe de Coutumes de l'Ouest de la France*, en *Revue Historique de Droit français et étranger*, 4.<sup>a</sup> serie, XXX, 1952, págs. 73-74, nota 2.

IV. En la villa de Auxerre, todavía en los siglos XV y XVI, encontramos contratos matrimoniales en los que la comunidad universal entre cónyuges se condiciona expresamente a que, al fallecimiento de uno, existan hijos del matrimonio. Vid. los documentos que cita Chevrier, *La communauté universelle entre époux dans la Coutume de la Ville d'Auxerre*, en *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, V, 1938, pág. 138, nota 1. Para dicho autor, esto representa un recuerdo muy alterado de la época en que la comunidad comenzaba con el nacimiento de un hijo. La misma práctica se encuentra, aún más tardíamente (en el siglo XVII), en los contratos matrimoniales de Nivernais, en la zona colindante con el Auxerrois (Cfr. Jean Lucien Gay, *Les effets pécuniaires du mariage en Nivernais du XIV<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle*, París 1953, págs. 170-171).

ridionales (158), y las fuentes jurídicas de diferentes lugares de las regiones de habla alemana (159).

V. Según el Derecho de la Ciudad de Verdún, habiendo hijos del matrimonio, la madre puede, después de la muerte del marido, retener todas las adquisiciones comunes a ambos. Meijers y Salverda de Grave, *Le Livre des Droits de Verdum*, Haarlem 1940, pág. XXVII. Vid. los siguientes textos de dicho *Livre des Droits*: 2, 27 (pág. 3); II, X (pág. 36); II, XXV (pág. 43); II, LXIV (pág. 59); II, LXXX (pág. 65); II, CXI (págs. 78-79), y II, CLXXXVII (pág. 104).

VI. El régimen matrimonial en Cambrai es una mezcla de diferentes sistemas. Se puede afirmar, en general, que es una comunidad por mitad de los muebles y adquisiciones, modificada sin embargo por una especie de donación mutua o comunidad universal, si hay hijos del matrimonio. Así lo define Meijers, *Le Droit Coutumier de Cambrai*, II, Haarlem 1955, pág. XXXIV.

Compruébense los siguientes textos que componen el Derecho medieval de Cambrai, publicados por Meijers y De Blécourt, *Le Droit Coutumier de Cambrai*, I, Haarlem 1932; II (*Enquêtes de la maison de la paix*, siglo XIII), núm. 24 (pág. 24); III (*Les coutumes des francs hommes*, siglo XIII), núm. 21 (páginas 39-40); IV (*Recueil de Simeon de Hennin*, 1383-1414), núm. 20 (páginas 62-63); V (*Recueil de Jehan de Barbaise*, 1379-1432), núms. 18, 19 y 20 (página 78); y IX (*Recueil d'Antoine Rogier*, 1499-1533) núm. 39 (págs. 129-130).

VII. Incluso, un texto tan tardío como el proyecto de reforma de la Coutume de Vaudémont (terminado en 1605, y que no llegó a ser sancionado), no deja de ofrecer huellas sobre el influjo del nacimiento de hijos en cuanto a la extensión de la comunidad conyugal. En todo caso, es decir haya o no hijos, los cónyuges son comunes y participan por igual en las adquisiciones y conquistas de inmuebles (6, 1); pero en cuanto a los bienes muebles el régimen jurídico es distinto:

6, 4: Sont aussy lesdicts conjointz communs en tous meubles et choses de ceste nature, à ceste restriction que sy de leur mariage sont provenus un ou plusieurs enfans, et procrééz au monde avec vie quoyque depuis décédez, le marit, en cas de dissolution dudit mariage, emporte à son prouffit tous lesdicts meubles; s'ilz n'ont ehu enfans ou cas que (a) produictz au monde sans vie, il n'emporte en ce cas que la moictié desdits meubles.

6, 5: La femme ou ses héritiers, en tous cas, soit de procréation d'enfans ou non, prend la moictié ausdits meubles.

(*La Coutume de Vaudémont, Publications du Centre Lorrain d'Histoire du Droit*, Nancy 1970, págs. 121-123.)

Como se ve, si del matrimonio nacen hijos, aunque después fallezcan, el marido sobreviviente adquiere todos los bienes muebles; si, por el contrario, no hay hijos o si éstos nacen sin vida, el marido tiene derecho sólo a la mitad de tales bienes; la mujer supérstite (o sus herederos), en todo caso, es decir haya o no haya hijos del matrimonio, tiene derecho a la mitad de los bienes muebles.

(158) En varias costumbres de la región de Flandes asimismo encontramos manifestaciones de las consecuencias que, ya el simple nacimiento de un hijo, ya la subsistencia de hijos a la disolución del matrimonio, tienen respecto al régimen de bienes y la situación jurídica del cónyuge supérstite.

I. El *Livre Roisin de Lille* (siglo XIII), 121, establece lo siguiente: "Et se li hom et li femme raviestissent lis uns l'autre, ou il ont hoirs un ou pluseurs ensanle de leu car, vivans ou vivant, ou si li hoir ou li hoirs estoient mort ou môrs, pruec qu'il ait li hoirs eut vie et baptesme, tout li yretage qu'il aroient ensanle dedens le loy de ceste ville, ausi bien chil qui venroient de par le costé del hommer, que chil qu'il aquerroient ensanle, et tout li meuble catel qu'il aroient ensanle li hom et li femme, demeurent dou tout, sans nul parchofnier, au darrain vivant, sauf chou que li raviestissemens soit aprouvés et connus devant eschevins, ou qu'il aient eut hoir ensanle de leur car, qui vie ait eut et baptesme, si que dit est. Et tout autretel est-il que devant est dite, de la femme bourgoise que del homme borgois" (R. Monier, *Le Livre Roisin*.

Por ello, al estudiar los textos de FGN, no cabe hacerlo con los esquemas conceptuales del actual régimen de conquistas, ahora vigente en Navarra; ello representa un total desenfoque, una carencia

*Coutumier lillois de la fin du XIII<sup>e</sup> siècle publié avec une introduction et un glossaire*, París y Lille, 1932, pág. 79).

Posteriormente, las *Costumes et usages de Lille*, de 1533 (5, 17) disponen: "Si deux conjointcs par mariage, bourgeois de ladite ville, avoient eu enfant durant ledit mariage, radvestissement de sang entrevient entre les dictcs conjointcs, par lequel tous les biens meubles, cateux & heritages qu'ils auroient & acquierre pourroient, reputez por meubles, où qu'ils soient, demeurent & appartiennent au survivant" (Ch. A. Bourdot de Richebourg, *Nouveau Coutumier Général ou Corps des Coutumes générales et particulieres de France*, París 1724, II, pág. 339).

II. Uno de los ordenamientos más interesantes a este respecto es el Derecho de Saint-Amand, hoy día Saint-Amand-Les Eaux, departamento del Norte, en Francia, aunque históricamente pueda considerarse dentro del Derecho del Sur de Flandes. Los textos del Derecho medieval de Saint-Amand fueron publicados por Meijers y Salverda de Grave, *Des Lois et Coutumes de Saint-Amand*, Haarlem 1934; y, posteriormente, Meijers hizo un estudio sobre sus instituciones, publicado, bajo el título *Les institutions municipales et le Droit coutumier de Saint-Amand en Pèvèle au Moyen Age*, en *Etudes d'Histoire du Droit*, I, Leyde 1956, págs. 87-151.

El régimen matrimonial de Saint-Amand viene caracterizado por una comunidad en mano común de todos los bienes de los esposos, así muebles como inmuebles, comunidad que se forma de pleno derecho desde que un hijo ha nacido del matrimonio. A falta de hijos, se produce una simple comunidad de muebles y adquisiciones, unida a un derecho de usufructo vitalicio del cónyuge sobreviviente sobre las heredades del premuerto (Meijers, *cit.*, págs. 105-116). No puedo menos que poner de manifiesto la extraordinaria semejanza de este régimen jurídico con el que establecen el Fuero General de Navarra y el Fuero Viejo de Vizcaya.

Compruébese los siguientes textos que constituyen el Derecho medieval de Saint-Amand, publicados por Meijers y Salverda de Grave: I (Primera parte, siglos XII-XIII), núms. XX, 1 (págs. 67 y 69); XX, 8 (pág. 71); XII, 17 (pág. 73); XXI, 19 y 20 (pág. 79); XXII, 30 (pág. 83); XXXI, 6 (pág. 129); y el que publican como XII (del año 1550), núms. 9 y 12 (pág. 235).

III. Según varias costumbres de Flandes, el nacimiento de un hijo acrece considerablemente los poderes del marido sobre los bienes propios de los cónyuges, y ello porque este nacimiento descarta o, al menos, debilita considerablemente el derecho virtual de los parientes próximos sobre los bienes de los esposos: así, en Nivelles, Binche, Hainaut, Lessines. Vid. la cita de los correspondientes textos legales en Golding, *Le Droit des gens mariés à Nivelles (14<sup>e</sup>-15<sup>e</sup> siècles)*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XL, 1-2, 1972, página 96.

Igualmente en el Derecho de Utrecht. Vid. Jan Willem Bosch, *Le statut de la femme dans les anciens Pays-Bas Septentrionaux, en Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des institutions, XII-La femme*, 2.<sup>a</sup> parte, Bruselas 1962, págs. 333-334.

(159) En las regiones de habla alemana, numerosos ordenamientos jurídicos atribuyen gran importancia al nacimiento de un hijo en cuanto a la determinación y efectos del régimen matrimonial de bienes:

I. Según el Derecho territorial y el Derecho de las ciudades, en Westfalia, en los matrimonios estériles o sin hijos el régimen es el de separación de bienes; pero con el nacimiento de un hijo se produce, en general, la comunidad de bienes (Brunner, *Die Geburt*, ZSS, págs. 71-72).

II. En el Derecho de las ciudades de Soest-Lübeck, asimismo se sigue el régimen de separación para los matrimonios que carecen de hijos; mas con el nacimiento de un hijo se impone *ipso iure* una comunidad de bienes, que dura sólo mientras está con vida un hijo nacido del matrimonio. La facultad

de sentido histórico, que incapacita al intérprete para entender y comprender el FGN. No es válido interpretar el viejo fuero medieval navarro, del siglo XIII, con el sistema de conceptos propios del Derecho que hoy rige en Navarra; el resultado será no sólo desdichadamente antihistórico, sino, además, perturbador a fines de aplicación del Derecho vigente. Si nos hemos detenido, sin duda con exceso, en estudiar el régimen matrimonial en los fueros navarros, ha sido con el afán de dejar al descubierto el serio error padecido por aquellos autores que pretenden encontrar reconocida en FGN 4, 2, 3 la facultad del cónyuge viudo usufructuario de fealdat para, en caso de necesidad y no habiendo hijos del cónyuge premuerto, vender o gravar las heredades usufructuadas. Al partir, como hecho sabido o sobreentendido, de que el régimen de bienes en FGN es, en todo caso, el de conquistas, no alcanzaron a ver el más profundo significado que en dicho fuero tiene la existencia o la falta de hijos, como *conditio iuris* decisiva para la aplicación de distinto régimen de bienes: en el primer caso (habiendo hijos), el de *comunidad universal y absoluta*; en el segundo (no existiendo descendencia), el de simple *comunidad relativa*, limitada a los muebles y conquistas. El desconocimiento de este juego alternativo hizo que los autores desenfocasen la cuestión y que atribuyesen un falso y trivial cometido a la condición de falta o de existencia de hijos; y, para darle algún sentido, supusieron —más bien inventaron— que constituía el fundamento o causa para reconocer o negar al usufructuario la posibilidad de enajenar.

Por el contrario, a la luz de estas ideas, la interpretación del repetido párrafo 4, 2, 3 de FGN es de sorprendente sencillez. Distingamos ahora los dos supuestos:

a) *Habiendo hijos*: el cónyuge sobreviviente que tiene fealdat (entendida en este caso como prórroga o continuación de la comunidad con los hijos) no puede enajenar, ni las heredades propias ni las del esposo difunto, mientras no haga partición de bienes con los hijos, puesto que se ha producido una comunicación universal de todos los bienes; fallecido uno de los cónyuges, y hasta tanto se practique la liquidación del consorcio, el supérstite carece de facultades dispositivas.

---

de disposición del marido no era, por ello, afectada de variaciones (Brunner, *Die Geburt*, ZSS, pág. 72).

III. Conforme a los Derechos locales de Silesia y Lausitz, por el nacimiento de un hijo tenía lugar una comunidad de bienes (Brunner, *Die Geburt*, ZSS, pág. 74).

IV. En el Derecho de Goslar y en el de las ciudades de Turingia se establecía, para los matrimonios estériles, una comunidad de bienes muebles y de ganancias; pero con el nacimiento de un hijo la comunidad de bienes se hacía extensiva a todos los inmuebles. Muertos los hijos antes de la disolución del matrimonio, entonces el sobreviviente tomaba todo el patrimonio, con inclusión de los inmuebles del cónyuge difunto (Brunner, *Die Geburt*, ZSS, pág. 75).

b) *No habiendo hijos*: en este supuesto, como, al disolverse el matrimonio, no se ha producido comunicación universal de bienes, sino tan sólo una simple sociedad de muebles y conquistas, el cónyuge viudo conserva íntegramente la propiedad de sus heredades privativas y, por ello, puede disponer de éstas, aun sin formalizar previamente la liquidación y partición de la sociedad conyugal. Explica el fuero: *esto puede fer porque no ha creaturas* (159 bis) o, dicho de otro modo, esto puede hacer porque, al no existir hijos, no se ha producido comunicación de las heredades privativas de los cónyuges y, en consecuencia, el fuero permite al viudo disponer por sí solo de sus propias heredades; pero no le reconoce análogas facultades respecto a las heredades del cónyuge premuerto; pues el marido que vive en fealdat "*non deve uender, nin cambiar, nin ayllennar, ni empeynnar las heredades de la muger; mas si ouiere mester de las sus heredades, venda*" (160).

El Fuero General resulta, así, perfectamente claro y coherente. El sentido literal de 4, 2, 3, correctamente fijado su texto, armoniza con el conjunto del fuero, considerado éste sistemáticamente, y con un estudio institucional de la viudedad, de la comunidad conyugal continuada y del régimen de bienes en el matrimonio, según la ordenación que el propio fuero establece. Un examen de los precedentes históricos de la viudedad (documentos de aplicación del Derecho), del régimen de la misma en los fueros locales navarros, y de su evolución a través de los documentos posteriores al FGN, vendrán a confirmar la tesis que se viene desarrollando en este trabajo.

#### IV. ELEMENTO HISTÓRICO.

A) ORIGEN DE LA VIUEDAD.—Se apuntaba anteriormente que, al considerar FGN 4, 2, 3, los autores en nada habían tenido en cuenta la valiosa ayuda que podría haber representado el examen de los elementos históricos que constituyen el origen de la viudedad, así como la evolución de ésta hasta convertirse en una institución legal. Dicho de otro modo: no habían fijado su atención en los antecedentes más remotos, ni tampoco en los más inmediatos representados por los documentos de aplicación del Derecho, ni, finalmente, en otras fuentes jurídicas navarras relacionadas con el Fuero General.

Sobre el origen histórico de la viudedad legal navarra y aragonesa, y en feliz contraposición a las triviales hipótesis de algunos

---

(159 bis) Esta expresión de FGN 4, 2, 3 coincide con otra análoga (*esto es, porque no han creaturas de pareylla*) que el propio fuero (2, 44, 22) emplea para explicar la diferencia del régimen matrimonial según que haya o no haya hijos legítimos de los cónyuges; lo que refuerza la idea de que este mismo significado es el que tiene en 4, 2, 3. El texto de FGN 2, 4, 22 ha sido transcrito en la nota 129.

(160) Damos la redacción del texto según Ilarregui-Lapueta, pero debidamente rectificada al subsanar la omisión del adjetivo posesivo *sus*, antes de *heredades*. Recuérdese aquí cuanto con detalle se expuso en este mismo capítulo, II-B).

autores (161) que, en ocasiones, rayan en lo pintoresco (162), contamos hoy día con serios y documentados estudios de investigación, que han venido a situar debidamente la cuestión y poner de manifiesto que la viudedad aragonesa y navarra, al menos como institución legal, no es anterior al siglo XIII. En esta línea cabe mencionar los excelentes trabajos de Lacruz Berdejo (163) y Sancho Rebullida (164), entre los foralistas aragoneses, y de Arregui Gil (165), entre los navarros.

Resulta aquí imposible, no ya una exposición completa sobre el origen de la viudedad, sino siquiera un esbozo de sus líneas fundamentales (166). Para los fines de este trabajo será suficiente ver cómo,

(161) Fernández Asiáin, *Estudios de Derecho foral navarro*, cit., págs. 53-55; Abadía Escolá, *Los derechos del cónyuge viudo en la legislación foral de Navarra*, cit., pág. 7.

(162) Como ejemplo de pintoresquismo histórico-jurídico cabe recordar aquí la hipótesis del autor aragonés Del Plano, y que Sancho Rebullida (*Viudedad*, pág. 17) sintetiza de este modo: "De la práctica medieval de retirar a las mujeres a un Monasterio, al tiempo de partir para la guerra, constatada por Briz Martínez, como medio de asegurarles el alimento caso de enviudar, deduce Del Plano el origen de este derecho (la viudedad), añadiendo y puntualizando que no se halla en las leyes romanas, pues "lo que aparece de ellas es como la semilla de que después en muchas legislaciones brotó lo que se llamó dotalicio, esto es, el usufructo de los fundos que se obligaban a la restitución de la dote".

A continuación, Sancho Rebullida (cit., págs. 17-18), discretamente, y sin hacer comentarios —por lo demás innecesarios—, nos ofrece un regocijante muestrario de otras curiosas hipótesis. "Sin embargo —escribe dicho foralista— la mayoría de los autores se conforman con afirmaciones de este alcance: así, para Franco y López, tuvo su origen en la Edad Media, época de espíritu caballeresco y de galantería y, por consiguiente, de enaltecimiento de la mujer, tanto como se la había rebajado y deprimido no sólo en los tiempos de la dominación romana, sino durante la antigüedad pagana; Moner lo atribuye "a los tiempos de la reconquista, en que, así los hombres como las mujeres, pelearon como buenos en la defensa de la patria". Y Lozano dice: "tiene su origen la viudedad en el siglo XII, y nació entre las continuas revueltas y luchas intestinas que se sucedieron en el expresado siglo: el continuo trasplante de hombres, debido a las necesidades guerreras, llevó aparejado el consiguiente abandono de las mujeres, quienes en muchos casos eran depositadas en los conventos para tenerlas más a cubierto de las asechanzas de los tiempos; y para no dejarlas abandonadas a sus propias fuerzas, muy especialmente cuando los reveses de la suerte las separaban para siempre de sus maridos, se pensó en concederles algo que les sirviera de sostén en su ulterior peregrinación sobre la vida, y de lenitivo a la pena de verse privadas de su compañero: de aquí nació la viudedad que, en resumen, no tiene otro objeto que la sustentación de las mujeres cuyos maridos fallecieran en campaña: empezó, pues, por ser un verdadero acto de previsión reclamado por la turbulencia de los tiempos".

(163) Lacruz Berdejo, *Régimen matrimonial*, págs. 124-135; y *Cuestiones*, págs. 250-254.

(164) Sancho Rebullida, *Viudedad*, págs. 17-34. Una breve y precisa exposición del origen histórico de la viudedad navarra y aragonesa puede verse en Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, *Derecho de Familia*, Barcelona 1966, págs. 289-290.

(165) Arregui Gil, *Fidelidad viudal*, págs. 39-65.

(166) Un serio estudio sobre el origen y evolución histórica de la viudedad navarra precisaría de una minuciosa consulta y análisis de gran número de documentos inéditos.

en los supuestos de viudedad otorgada a título voluntario, el cónyuge superviviente que goza del usufructo no tiene facultades de disposición.

B) EL DERECHO ROMANO.—Esmein (167) y Emilio Costa (168) pusieron de relieve que en el mismo Derecho romano clásico, entre los medios jurídicos para asegurar la situación patrimonial de la mujer viuda, era práctica usual que el marido dejase a la mujer legados de usufructo y legados de aquellas cosas *quae eius causa parata sunt*.

a) Los legados de *parata* comprendían todas aquellas cosas que, en general, el *paterfamilias* había entregado a su mujer para uso de ésta, o le había donado, y de las que ella se servía o las administraba. Comprendían diversos objetos, así: 1) el legado de *penus*, o sea de las cosas objeto de despensa; 2) el legado de *mundus*, que originariamente comprendía todo lo que servía al embellecimiento y adorno de la mujer, pero que, con posterioridad, a partir de Labeón, se limitó a los útiles de tocador, a diferencia de los *ornamenta*, que comprendían todas las joyas y adornos usados por la mujer, con excepción de los vestidos; 3) el legado de *vestimenta*, o sea los vestidos usados por la mujer; 4) y los legados de joyas, oro, plata y objetos preciosos. Eran, pues, en general, los legados de las cosas *quae uxori causaempta paratae sunt* (169).

b) Los legados de *usufructo* tenían por objeto atender a la subsistencia de la viuda: y era práctica usual que el marido dejase a la esposa el usufructo de todos o parte de los bienes, generalmente con carácter vitalicio, aunque a veces se limitase a una duración determinada (170). Es sabido —dicen D'Ors y Bonet Correa— que la función genuina del usufructo es la de proporcionar a la viuda unos medios de vida igual, en lo posible, a la vida familiar que sostenía el testador. Pero esta vida se constituía normalmente por la convivencia de los hijos o algunos de los hijos. El usufructo que se deja a la viuda no es un derecho exclusivo de ella, sino que se ha de comunicar con aquellos hijos que conviven con la madre. El usufructo pertenece a todos solidariamente; los hijos tienen, además, la nuda propiedad (171).

(167) *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, en *Mélanges d'histoire du Droit et de critique. Droit romain*, reimpresión de la edición de París 1886, 1970, págs. 49-56.

(168) *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel Diritto romano classico*, reproducción anastática de la edición de Bolonia 1889, Roma 1964, págs. 174-181.

(169) Sigo aquí la exposición que hace García Garrido, en su excelente estudio *Ius uxorium (El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano)*, Roma-Madrid 1958, págs. 109-130. Del legado de *id quod uxoris causa para tum est* trata extensamente Riccardo Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati in Diritto romano*, Padua 1969, II, págs. 232-273.

(170) D'Ors y Bonet Correa (*El problema de la división del usufructo*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, V-1, 1952 enero-marzo, pág. 84) afirman que el usufructo era esencialmente vitalicio; la posibilidad de limitarlo con un *dies ad quem* resulta antinatural en el verdadero usufructo. En el mismo sentido, y respecto al Derecho romano clásico, D'Ors, *Varia Romana*, en AHDE, XVII (1947), pág. 665.

(171) D'Ors y Bonet Correa, trabajo cit. en la nota precedente, págs. 82-83.



Pues bien, en estas dos modalidades de legados que brevemente acabamos de apuntar, se encuentra el origen primario de dos instituciones profundamente arraigadas luego en el Derecho medieval español, y que tenían la misma finalidad indicada: asegurar a la mujer viuda la posición jurídica en la familia. La práctica reiterada durante siglos, y cada vez más frecuente, de los legados de *parata* y los de usufructo, llegó a superar su fase de concesión voluntaria para asumir carácter de hecho consuetudinario. Surgieron así, en ocasiones bajo el mismo nombre de viudedad, de una parte la institución de las ventajas o mejorías y, de otra, la institución del usufructo de viudedad o fidelidad (172).

a) El *derecho de ventajas o mejoría*, también denominado *viudedad*, tiene amplia difusión en los Derechos de Castilla, Navarra y Aragón; en Cataluña aparece sólo excepcionalmente: consiste en el derecho reconocido al cónyuge supérstite, o a sus herederos, de excluir de la partición determinados bienes que los fueros precisan con gan detalle (173).

b) El *derecho de usufructo de viudedad o fidelidad*, como institución consuetudinaria y, más tarde, legal, lo encontramos sólo en los Derechos de Navarra, Aragón y Cataluña, si bien en esta última región tiende después a desaparecer.

Para el objeto de nuestro estudio, hemos de limitarnos al examen de los legados de usufructo, como punto de arranque hacia la viudedad navarro-aragonesa.

La práctica de que el marido legase a su esposa el derecho de usufructo sobre todo o parte del patrimonio, ya existente en el Derecho romano clásico, aparece constatada en el Derecho postclásico, y así lo acreditan dos pasajes del Código Teodosiano (174). Esmein (175)

(172) Otero Varela (*Aventajas o mejoría*, en AHDE, XXX, 1960, pág. 499) ha sido el primero en apuntar la interesante hipótesis de que los legados de *parata* son el punto de origen de las ventajas o mejoría de nuestro Derecho medieval.

(173) Una completa y documentada exposición en el estudio de Otero Varela, cit. en la nota precedente, págs. 491-552.

(174) Codex Theodosianus, 3, 8, 3: IMPP. HONORIVS ET THEODOSIVS AA. IOHANNI PRAEFECTO PRAETORIO. Nulli videatur ambiguum eorum, quae nubtiarum tempore mulieres accipiunt, etiamsi ad secundas nubtias extantibus ex priore matrimonio liberis emenso tempore forte migraverint, in diem vitae usumfructum circa eas debere durare, salva his proprietate, quibus ius integrum post earum obitum leges sacratissimae reservarunt, ut manifestum est, quod delatum ex priore coniugio liberis constat. DAT. X KAL. IVL. RAVENNA DD. NN. HONORIO ET THEODOSIO V AA. CONSS.

INTERPRETATIO. Notissimum valde est has facultates, quas tempore nubtiarum mulieres a mariti accipiunt, suo dominio vindicare: et si maritos mori contigerit, qui tamen filios derelinquant, et post transacta luctus tempora legitime ad alias nubtias venerint, in diem vitae suae donatarum rerum teneat usumfructum. Post obitum vero earum ad prioris mariti filios omnia revertuntur nec exinde aliquid matribus vivis filiis in aliorum iura transferre permissum est.

3, 9, 1: IMPP. ARCADIVS ET HONORIVS AA. ASTERIO COMITI ORIENTIS. Aperta definitione signamus longe aliud esse, quod de rebus ante

señala que el título del Digesto que trata principalmente del legado de usufructo (33, 2) contiene cuarenta y tres fragmentos y, sobre este número, hay trece que hablan del usufructo legado a la mujer (176).

Lo que interesa destacar, en relación al tema que nos ocupa, es que en esta práctica jurídica romana no podemos encontrar nada que contradiga el fundamental principio *salva rerum substantia*. Incluso cabe traer a memoria un interesante pasaje de Cicerón, relativo al alcance de las facultades de la mujer a quien el marido ha legado el usufructo universal: "Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usufructum legavit, cellis vineariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere; usus enim, non abusus legatus est: ea sunt inter se contraria" (*Topica*, 3, 17) (177). Cicerón —comenta García Garrido (178)— advierte que la mujer no debe considerar que lo que el marido le deja en usufructo le pertenece completamente, pues el usufructo se basa en el uso, no en el abuso.

El legado de usufructo según el Derecho romano, que puede estimarse el más lejano punto de partida en el camino hacia la viudedad de Navarra y Aragón, no constituye precedente favorable, antes al contrario es claramente opuesto, al reconocimiento de facultades dispositivas al cónyuge viudo usufructuario.

C) EL DERECHO BARBÁRICO Y MEDIEVAL.—La práctica de voluntaria concesión del usufructo por el marido a favor de su viuda debió generalizarse durante la edad romano-barbárica. Lo acreditan así textos legales como la *Lex Romana Visigothorum* o *Breviario de Alari-*

---

nubtias a nostra mansuetudine constitutum est, aliud, quod de his, quae ex patrimonio proprio vir suo arbitrio ad usufructum uxori derelinquit. Nam in eo usufructu, quem vir extreman constituens voluntatem de rebus propriis uxori dimiserit, statim post secundas nubtias mulieri volumus inminere iacturam secundum eam legem, quae de hoc articulo non dubitatur emissa, de usufructo vero rerum ante nubtias donatarum ea servari, quae saluberrima lex anterior plena definitione decrevit. DAT. XVI KAL. MART. CONSTANTINOPOLI HONORIO A. III ET EVTYCHIANO CONSS.

INTERPRETATIO. Clara interpretatione has duas sententias explanavit, ut praeter sponsaliciam donationem, si maritus moriens de patrimonio suo usufructum relinquit uxori, iuxta voluntatem eius relicta possideat, ita ut, si mulier postea alio viro nubserit, mox usufructum ex testamento adquisitum filiis eius refundat, a quo usufructum fuerat consecuta: usufructum vero de sponsalitia largitate usque ad obitum suum, sicuti superius alia lex locuta est, merito retinebit: unde haec ipsa post obitum matris ad illius mariti filios, qui donavit, proprietatis reditura est.

(Mommsen-Krüger, *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus sirmondianis*, reedición Berlín, 1954, I-2, págs. 146-147.)

(175) Esmein, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, cit., pág. 54.

(176) Compruébese, Digesto 33, 2, fragmentos 22, 24, 25, 27, 30 pr., 31, 32 § 2, 3 y 4; 35, 37, 38 y 39.

(177) Vid. de Caqueray, *Explication des passages de Droit privé contenus dans les oeuvres de Cicéron*, reimpresión de la edición de París, 1857, Scientia Verlag Aalen 1969, págs. 27-29; de quien tomo el texto.

(178) *Ivs uxorum*, cit., pág. 131.

co (179), la *Lex Romana Raetica Curiensis* (180) y las *Leges Langobardorum* (181).

Mayor importancia tienen al respecto los testimonios de diversos formularios correspondientes a esta época, señaladamente influidos en gran parte por el Derecho romano. Se trata de actos jurídicos conjuntamente otorgados por los esposos, y cuya naturaleza, según los ca-

(179) *Lex Romana Visigothorum*, 3, 8, 3 y 3, 9, 1 (Gustavus Haanel, *Lex Romana Visigothorum*, reedición de 1962, pág. 86).

(180) *Lex Romana Curiensis*, 3, 13, 2: Item alia interpretatio. Qualescumque cartas, qui inter uirum et uxorem factas fuerint, aut per dotem aut per alias legitimas scripturas, hoc sibi et maritus et mulier, dum adiuunt, per aliam legitimam sibi uindictent et ad nullum alterum hominem exinde licentiam non habeant qualemcumque cartam facere nec per nullum ingenium danare; nisi tota ipsa facultas post eorum discessum ad communes filios reuertatur (Edic. de Elisabeth Meyer-Marthaler, en *Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, XV Abteilung. Die Rechtsquellen des Kantons Graubünden. Erster Teil, Alträtisches Recht, Erster Band. Lex Romana Curiensis*, Verlag Sauerländer Aarau, 1966, pág. 141).

21, 1: Imperator Leo. Data .X. kal. Mar.<sup>a</sup> Interpretatio. In hac lege similiter dicit, sicut in anteriorem legem scripsimus. Mulier post mortem mariti sui nec de sua dote, quod ei suus maritus fecit, nec de aliam facultatem, quod ei suus maritus dimisit, nullam licentiam exinde abet alienare, nisi tantum usufructum exinde habeat; et postea si a secundas nupcias uenerit, aut si mortua fuerit, omnem facultatem mariti sui ad filios suos dimittat (Meyer-Marthaler, *cit.*, pág. 415).

Al estudiar el Derecho romano en la región rética, durante los primeros siglos de la Edad Media, Elisabeth Meyer-Marthaler ha fijado su atención en los dos textos anteriormente citados, exclusivamente en cuanto a la dote se refiere, sin considerar su significado en relación al usufructo voluntariamente concedido por el marido a su esposa sobreviviente. Vid., de dicha autora, *Römisches Recht in Rätien im frühen und hohen Mittelalter*, Verlag Leemann Zürich, 1968, pág. 127, nota 275, y pág. 130, nota 288.

(181) *Leges de Astolfo*, 14: Si quis langobardus decidens uxori suae usufructum de rebus suis iudicari uoluerit et filiis uel filiis ex ea reliquerit, non amplius ei pro usufructum iudicare possit quam medietatem ex sua substantia super illud, quod in in morginap et metam secundum legem datum fuerit. Et si filius aut filias ex alia uxore reliquerit unum aut duos, possit uxori suae tertiam portionem ad usufructum re inquirere; si fuerint tres, quartam partem; si amplius, per eo numero computetur; morginap et meta, quod ei legibus data est, habeat inantea. Si quidem nuperit postea aut mortua fuerit, usufructum in integrum ad heredes reuertatur, de meta uero et morginap fiat secundum anteriore edictum (Edic. de Franz Beyerle, *Leges Langobardorum 643-866*, en *Germanrechte Neue Folge. Westgermanisches Recht*, 2.<sup>a</sup> edic., 1962, pág. 201).

Tamassia (*Il testamento del marito. Studio di Storia giuridica italiana*, Bolonia, 1905, recogido en *Scritti di Storia Giuridica*, Padua, 1969, III, páginas 404-405) señaló que el cap. 14 de Astolfo viene a probar la invasión de las costumbres latinas en el testamento del marido. La ley lombarda supone la costumbre, bastante frecuente, de dejar a la mujer el usufructo de una parte de los bienes maritales, y porque tal costumbre se debe al ejemplo romano, el legislador la regula con normas romanas; el usufructo se supedita a la condición de viudedad, y quedan siempre a salvo los derechos legítimos de los hijos, la *quarta legitimaie partis*, que regía todavía como único límite a la libre disposición del testador.

También Ferrari Dalle Spade opina que todo el cap. 14 de Astolfo está informado por conceptos romanos (*Ricerche sul diritto ereditario in Occidente nell'alto medioevo con speciale riguardo all'Italia*, Padua, 1914, recogido en *Scritti Giuridici*, Milán, 1954, II, pág. 79).

sos, oscila entre testamentos mancomunados, mortis causa donaciones recíprocas o verdaderos contratos sucesorios (182). En algunas fórmulas, los esposos otorgantes se dejan bienes en pleno dominio, ya de todo el patrimonio ya con exclusión de la cuota correspondiente a herederos forzosos o parientes más próximos (183). Pero, en otras, se conceden recíprocamente el usufructo, así: en las *fórmulas de Marculfo-I*, 12 (184) y *Marculfo-II*, 7, 8 y 17 (185), en la *fórmula turonense* 18 (186), en la fórmula 16 de las *sálicas merkelianas* (187), en la

---

(182) Sobre este problema, para nosotros aquí irrelevante, puede verse: Vismara (*Storia dei patti successori*, Milán, 1939, I, págs. 169 y ss.); Merèa (*Sobre o testamento hispánico no século VI*, AHDE, XVI, 1945, págs. 92-93; recogido en *Estudos de Direito visigótico*, Coimbra, 1948, pág. 112), y Alonso Lambán (*Las formas testamentarias*, II, núms. 5-6, págs. 40-44).

(183) Todas las citas se hacen con referencia a Zeumer, *Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio V. Formvlae*, Hannover, 1886, nueva edición 1973:

Fórmulas andecavenses, 41 (págs. 18-19);

Fórmulas visigóticas, 23 y 24 (págs. 586-587);

Fórmulas turonenses, 17 (págs. 144-145);

Fórmulas sálicas lindenbrogianas, 13 (págs. 275-276).

(184) Form. Marculfo-I, 12: "... ita ut, dum pariter advixerint in hunc seculum, omnes res eorum suprascribtas ab utrasque partes pariter debeant possidere, vel, si eis pro animabus eorum aliquid exinde ad loca sanctorum dare decrevit voluntas, eorum liberum maneat arbitrium; et qui pare suo ex ipsis in hunc seculum supraestis extiterit, ambobus rebus quamdiu advixerit usufructuario ordine debeat possidere; et post amborum quoque de hac luce discessum, sicut eorum delegationis contenerentur, tam ad loca sanctorum quam benemeretis ver eorum propinquis debeant revertere heredis tam suprascribtas villas quam et de presidio eorum quicquid morientes relinquerint..." (Zeumer, páginas 50-51).

(185) Form. Marculfo-II, 7: "... Igitur ego in Dei nomen ille te dulcissima coniux mea illa, dum inter nos procreatio filiorum minime esse videtur, ideo convenit nobis, ut omne corpore facultatis nostrae invicem usufructuario ordine condonare deberemus; quod ita et fecimus. Proinde dono tibi dulcissima coniux mea, si mihi in hunc seculum suprestis fueris, omni corpore facultatis meae, tam de alode aut de comparatum vel de qualibet adtractu, ubicumque habere videor, et quod pariter in coniugium positi laboravimus, ...; ita ut, dum advixeris, usufructuario ordine valeas possidere vel dominare, ... Similiter et ego illa dulcissime iogalis meus illi. ...; post tuum quoque discessum, quicquid intestatum remanserit, ad nostros heredes, qui tunc propinquiore fuerint, revertatur. ..." (Zeumer, págs. 79-80).

Fórm. Marculfo-II, 8: "... dum advixeris, usufructuario ordine debeas possidere; post tuum quoque discessum ad legitimos nostros revertatur heredes, et nullum ponteficiam quicquam exinde alienandi aut minuendi habere non debeas. Similiter et ego dulcissime iugalis meus ille. Commonet me dulcido tua in compensatione rerum tuarum, quod in me visus es contulisse. Si mihi in hunc seculum suprestis fueris, omnis res meas, quascumque aut undecumque possedio, tan terris..., sub usu beneficio debeas possidere, et nullo ponteficiam quicquam exinde alienandi aut minuendi praeter uso tantum non habeas; et post tuum discessum ad legitimos nostros revertator heredes..." (Zeumer, pág. 80).

(186) Fórm. turonense, 18: "Igitur ego en Dei nomine ille dulcissima coniux mea illa. Dono tibi per hanc epistolam contulitionis donatumque esse volo locello, re proprietatis meae. ...; ea vero ratione, ut, si tu mihi suprestis fueris, usufructuario ordine haec omnia absque repetitione heredum meorum hoc tenere et possidere debeas, et post tuum quoque discessum cum omni re emeliorata vel supraposito ad legitimos filios nostros, qui ex nobis procreati

fórmula 1 de las *additamenta* a las *sálicas lindenbrogianas* (188), en las *fórmulas augienses-coll. B*, 2, 4, 26 y 27 (189) y en las *fórmulas flaviniacenses* 24 y 25 (190).

fuierint, revertantur. Similiter ego in Dei nomine illa dulcissimo iugali meo illo. ..." (Zeumer, pág. 145).

(187) Fórm. sálica merkeliana, 16: "...Dono tibi, dulcissima coniux mea illa, post meum quoque discessum, si mihi suprestis fueris, rem meam in loco nuncupante illo... Hoc per hanc interdonationem, si mihi suprestis fueris, conscripta res superius nominata, absque ulla contrarietate heredum meorum vel ullius contradictione in tuae habeas potestatem ad faciendum vel dominandum. Simili modo et ego illa, dulcissimae iugalis meus ille, dono tibi rem meam in loco nuncupante illo, ... Si mihi suprestis fueris, temporis vitae tuae habeas in potestatem ad dominandum vel faciendum quod vulueris; ut hoc, quod diximus, post amborum nostrorum quoque discessum ad propinquos heredes nostros res revertantur..." (Zeumer, pág. 247).

(188) Fórm. sálica lindenbrogiana, *additamenta*, 1: "...Idcirco ego in Dei nomine ille, dum inter me et coniugem meam illa procreatio filiorum minime esse videtur, convenit nobis, ut omnem rem proprietatis nostrae inter nos fructuario ordine condonare deberemus. Propterea dono tibi, o dulcissima coniux mea, si mihi in hoc seculo superstis fueris, omnem rem proprietatis meae, tam de alode quam et comparato vel de quolibet adtracto, ubicumque aliquid habere videor, et omne, quod pariter in coniugio positi laboravimus..." (Zeumer, pág. 282).

(189) Fórm. augiense, coll. B, 2: "...In ea videlicet ratione, ut, quamdiu simul vixerimus, vel qui de nobis alio superstis fuerit, supradictas res sub usu fructuario habeamus censumque annis singulis prosolvamus, id est tantum et tantum, et interim de supradictis rebus non habeamus facultatem aut minuendi aut alienandi, nisi quantum ad usum pertinet eas incolendi et in uso habendi, et post obitum nostrum statim sine alicuius contradictione vel aliqua diminutione ad supradicta loca sanctorum res supradicte revertantur perpetualiter possidende..." (Zeumer, pág. 349).

Fórm. augiense, coll. B., 4: "...In ea ratione videlicet, ut, quamdiu vixero, easdem res habeam censumque annis singulis solvam, et si uxor mea, (maritus meus), me supervixerit, eo quod filiorum procreatio inter nos minima visa est processisse, ipsas res dies vite suae habeat et supradictum censum solvat, et post discessum eius sine aliqua marritione ad supradictum traditionem revertantur perpetualiter..." (Zeumer, pág. 350).

Fórm. augiense, coll. B., 26: "...Igitur ego in Dei nomine ill, de dulcissima coniux mea ill., dum et inter nos procreacione filiorum minime esse videtur, ideo convenit nobis, ut omne corpore facultatis nostrae invicem usufructuario ordine condonare deberemus; quod ita et facimus. Proinde dono tibi, dulcissima coniux mea, si mihi in hoc seculo superstis fueris, omne corpore facultatis meae, tam de alode aut de comparatum vel de qualibet adtracto, ubicumque habere videor, et quod pariter in coniugio positi laboravimus. ... ita ut, dum vixeris, usufructuario ordine valeas possidere vel dominare. ... In reliquo vero omnes res ipsas, quantum post tuum discessum in testamentum remanserit, ad nostros legitimos revertantur heredes. Similiter et ego illa dulcissima iugalis ill. Commonet me dulcedo tua in compensatione rerum tuarum, quod in me visus es contulisse. Si mihi in hoc seculo superstis fueris, dono tibi omne corpore facultatis meae, ubicumque aut undecumque, tam de hereditate parentum, quam de comparatu, vel de quod pariter laboravimus...; post tuum quoque discessum, quicquid in testamentum remanserit, ad nostros heredes, qui tunc propinquiores fuerint, revertatur..." (Zeumer, pág. 359).

Fórm. augiense, coll. B., 27: "...dum advixeris, usufructuario ordine debeas possidere; post tuum quoque discessum ad legitimos nostros revertatur heredes, et nullus pontificium quicquam exinde alienandi aut minuendi habere non debeas. Similiter et ego ill., dulcissima iugalis meus ill. Commonet me dulcedo tua in compensacionem rerum tuarum, quod in me visus contulisse.

En ellas, los esposos se otorgan recíprocamente un derecho de usufructo en favor del más viviente, y en todas se pone de manifiesto el carácter vitalicio de tal usufructo, y se afirma la obligación de conservar el patrimonio para que, al fallecimiento del último, los bienes hagan tránsito a favor de los respectivos más próximos parientes de cada uno de los cónyuges. Pero es que, además, en varias de dichas fórmulas se insiste en el deber de conservación de los bienes usufructuados y expresamente se impone la prohibición de enajenar o de realizar actos que excedan del uso o disfrute. En este sentido:

*Fórm. Marculfo-II*, 8: “sub usu beneficio debeas possidere, et nullo pontificium quicquam exinde alienandi aut minuendi praeter uso tantum non habeas”.

*Fórm. augiense-coll. B*, 2: “et interim de supradictis rebus non habeamus facultatem aut minuendi aut alienandi, nisi quantum ad usum pertinet eas incolendi et in usu habendi, et post obitum nostrum statim sine alicuius contradictione vel aliqua diminutione ad supradicta loca sanctorum res supradicte revertantur perpetualiter possidende”.

*Fórm. augiense-coll. B*, 27: “dum advixeris, usufructuario ordine debeas possidere; post tuum quoque discessum ad legitimos nostros revertatur heredes, et nullus pontificium quicquam exinde alienandi aut minuendi habere non debeas”.

Los documentos francos del siglo VIII contienen asimismo donaciones otorgadas conjuntamente por marido y mujer, con reserva conjunta del usufructo vitalicio (191).

El usufructo universal de viudedad, no como institución legal ni siquiera consuetudinaria, pero sí como voluntaria concesión de un cónyuge a favor del sobreviviente, era práctica frecuente, sin duda cada vez más generalizada, en los primeros siglos de la Alta Edad Media.

---

Si mihi in hoc seculo superstis fueris, omnes meas, quascumque et ubicumque possideam, tam terris..., sub usu beneficio debeas possidere, et nullo pontificium quicquam exinde alienandi aut minuendi preter uso tantum non habeas; et post tuum discessum ad legitimos nostros revertatur heredes...” (Zeumer, pág. 359).

(190) *Fórm. flaviniacense*, 25 = *Fórm. turonense*, 18. Vid. Zeumer, pág. 478.

(191) En documento del año 713, los cónyuges Otmars e Imma hacen donación de cinco sextas partes de todo su patrimonio en favor del monasterio de Wissemburg, salva la otra sexta parte para los herederos legítimos, y con reserva del usufructo vitalicio: “... illas quinque partes ad integrum ad supradicto monasterio donamus atque transfundimus ad possidendum, et illa sexta parte ad ligidemus heredimus nostris reservamus; ea verò ratione ut, dum advixemus, usu fructuario possideamus” (Pardessus, *Diplomata, chartae, epistolae, leges aliqae instrumenta ad res gallo-francicas spectantia*, reimprección de la edición de París, 1849, Scientia Verlag Aalen, 1969, II, pág. 440).

En 734, los cónyuges Ebrohardus y Chimildrudis asimismo hacen donación de todo su patrimonio al monasterio de Wissemburg, “in ea scilicet ratione ut, dum nos ipsi vivemus, antedictas res sub uso beneficio tantum modo absque ullo prejudicio vel dominacionen aliquod ipsius monasterii possidemus” (Pardessus, *cit.*, II, pág. 457).

Respecto a Italia, Tamassia (192) ofrece amplia documentación de testamentos de las regiones de Nápoles y Rávena, de los siglos x al XII, en los que el marido deja a su esposa como usufructuaria universal de viudedad, con las palabras típicas, *domna et domina regendi et gubernandi, fruendi et commedendi*, que también hemos de ver en los documentos y textos legales de otras regiones, entre ellas España. El mismo autor cita asimismo documentos del siglo VIII, referentes al reino lombardo, en los que el marido deja a su mujer como usufructuaria; y en alguno de ellos (así, el testamento de Rottopert, año 745), se impone a la viuda no sólo la condición de viudedad y de guardar castidad, sino, incluso, la expresa prohibición de enajenar: *habeat in sua potestate, usum fructuarium nomine, ...ut diebus vite eius sit potestatem fruendi et governandi, nam non alienandi licentia avidura* (193).

Hinojosa (194) constató ya la existencia del usufructo a favor de la viuda en documentos del último tercio del siglo x en Septimania, y de mediados del siglo XI en el Rosellón; y apuntó la influencia que el Breviario de Alarico pudo representar en la difusión en Cataluña de esta institución del Derecho romano vulgar (195).

No se halla mención alguna de tal usufructo viudal en varias fuentes medievales que acusan la influencia del Derecho romano: la *Glosa Torinense* (196), las *Petri Exceptiones legum romanorum* (197) y el *Corpus Legum* o *Brachylogus iuris civilis* (198). Por el contrario, se refieren a dicho usufructo la *Summa Perusina* (199) y *Lo Codi*, que lo regula dentro del marco del Derecho justiniano (199 bis).

(192) Tamassia, *Il testamento del marito*, cit., págs. 390-422.

(193) Un estudio sobre este testamento, en Vismara, *Storia dei patti successori*, Milán, 1941, I, págs. 222-224.

(194) *La réception du Droit romain en Catalogne*, en *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1908, reedición de 1969, II, pág. 394. El estudio de Hinojosa, traducido al castellano, fue publicado en el "Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona", V (año X, núm. 37, 1910, enero-marzo), páginas 209-221; y ha sido recogido en *Obras de don Eduardo de Hinojosa*, Madrid, 1955, II, págs. 387-404. Vid., en la pág. 390, notas 3 y 4, los documentos que cita.

(195) Sobre la persistencia del Breviario en los primeros siglos de la Alta Edad Media, en la región franca y en la del antiguo Derecho visigodo, vid. Stouff, *L'interprétation de la Loi Romaine des Wisigoths dans les formules et les chartes du VI<sup>e</sup> au XI<sup>e</sup> siècle*, en *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1908, reedición de 1969, II, págs. 165-188.

(196) Cfr. Alberto Alberdi, *La "Glosa Torinense" e le altre glose del ms. D. III. 13 della Biblioteca Nazionale di Torino*, Turín, 1933.

(197) Para las *Petri Exceptiones* he consultado la edición de Savigny. *Storia del Diritto romano nel Medio Evo*, Florencia, 1845, II, págs. 115 y ss.

(198) Cfr. Eduardus Böcking, *Corpus Legum sive Brachylogus iuris civilis*, Berlín, 1829.

(199) *Summa Perusina*, glosa a Cod. 5, 10, 1: Si maritus uxori usumfructum per testamentum dimisit et mulier ad secundas migravit nuptias, amisit usumfructum; de sponsalibus usumfructum capit; si filio tutorem quesitit, rationes facit. Ed. de Friderico Patetta, *Adnotationes Codicum Domini Justiniani (Summa Perusina)*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, XII (1900), pág. 137.

D) LOS DOCUMENTOS CATALANES ALTO MEDIEVALES.—En la península ibérica, el usufructo de viudedad, como derecho de voluntaria atribución por un cónyuge a favor del otro, lo encontramos en los documentos de aplicación del Derecho en Aragón y Navarra; pero es en Cataluña donde aparecen las primeras y más abundantes manifestaciones de tal práctica jurídica. En dichas tres regiones la *praxis* devendrá costumbre, más tarde sancionada y reconocida como ley. La evolución posterior, así en Aragón como en Navarra, tenderá al reforzamiento de la viudedad y a la progresiva extensión de ésta. Por el contrario, en Cataluña, a partir del siglo XIV, se aprecia como un desfallecimiento o abandono de la viudedad, con tácita derogación o desuso del *usatge Vidua*, y una regresión de la institución, que pierde su condición legal para quedar como posible sólo por voluntario otorgamiento.

Este proceso evolutivo de la viudedad en Derecho catalán no deja de discordar con el hecho, documentalmente atestiguado, de ser Cataluña la región española que primeramente acredita como uso frecuente la voluntaria constitución de usufructo a favor del cónyuge viudo.

El rico fondo documental de *San Cugat del Vallés* (200) ofrece diplomas que contienen donaciones a favor de dicho monasterio, con reserva de usufructo, generalmente vitalicio, en favor de ambos cónyuges donantes y del sobreviviente, a veces con condición de viudedad (201). Pero mayor interés presentan numerosos testamentos en los que el cónyuge testador concede al otro un derecho de usufructo (202). Igualmente encontramos tal usufructo, si bien en menor nú-

---

(199 bis) *Lo Codi*, 5, 7: Si maritus dat uxori sue usumfructum suarum rerum. Si aliquis homo uult donare mulieri sue usumfructum rerum suarum uel in uita sua uel in morte, bene potest hoc facere, si non habet filios, nec femina potest perdere illum usumfructum, quamuis accipiat alium maritum, solum modo annus sit transactus postquam fuit mortuus primus maritus, nisi ille maritus qui donauit ei usumfructum dixit nominatim quod perderet, si ipsa acciperet alium maritum, quia tunc statim quando accipit alium maritum ipsa perdit illum usumfructum, licet annus sit preteritus post mortem illius mariti qui dedit ei illum usufructum uel in uita sua uel in morte. Set si aliquis habet filios et ipse uult dimittere usufructum suarum rerum uxori sue, potest dimittere usumfructum duarum parcium omnium bonorum suorum, et quiquid plus reliquid nichil ualet, quia filii debent habere falcidiam, id est terciam partem omnium bonorum suorum, que bona pater eorum habebat, et de pecunia et de possessione, et proprietatem, id est dominum, et usufructum, et si filii sunt plures quam quatuor, debent habere medietatem (Hermann Fitting, *Lo Codi in der lateinischen Übersetzung des Ricardus Pisanus*, nueva impresión de la edición de Halle, 1906, Scientia Verlag Aalen, 1968, págs. 158-159).

(200) José Ríus Serra, *Cartulario de "San Cugat" del Vallés*, Barcelona, vol. I (1945), vol. II (1946) y vol. III (1947).

(201) Cfr. los documentos números 81, 82, 130, 134, 259, 262, 287, 309, 334 y 548 contenidos en la citada obra de Ríus Serra.

(202) Entre ellos cabe señalar los siguientes documentos publicados por Ríus Serra:



mero, en los documentos del *Monasterio de Santas Creus* (203). Por ello, no deja de producir cierta extrañeza que no exista huella alguna

I. Doc. núm. 136; 981, septiembre, 5: "... suos alaudes, quod emit de Iuvila, et ipsum quod fuit de Adila, et ipsum quod fuit de Galindo, que vocant Mocone, quod est ad ipsa Madrigera, et pisum quod fut de Gelmiro, hec concessit ad uxori sua Ermengarda, ut in diebus vite sue teneat et possideat, sine ullius blandimentum, et ad obitum suum donare fecisset pro anima de iam dicti Galindi viri sui, vel pro anima sua. ... Ipsos suos alaudes. ... teneat uxor sua Ermengarda et filios suos qui eis fuerint procreati si in sua viduitate sinceriter permanserit, et post obitum suum remaneat ad filio suo Miro, que vocant Lobeto, si subperstus fuerit; et si antea mors debita illi Deus dederit, remaneat ad filiis eius qui de illis fuerint procreati. Alios suos alaudes, quod abebat in comitatu Barch., ... qui illi advenerunt de genitori suo, vel de genitrice sua, vel de su comparatione, sive et per quacumque voce, omnia concessit ad uxori suaeque et elemosinaria Ermengarda iam dicta, ut si in sua viduitate sinceriter permanserit, teneat et possideat apud filios suos quod de ipsis fuerint procreati. Et si in sua viduitate non permanserit, aut alium virum adprehenderit, remaneant isti alaudes ad filiis eorum, qui de illis sunt geniti..." (I, págs. 111-113).

II. Doc. núm. 258; 990, noviembre, 19: "... Et ipsas meas chasas ubi ego residuo, simul cum ipsa quintana, et ipsas foveas. ... in tale videlicet ratione, quod si uxori mea me supervixerit et virum non prehenderit, teneat et possideat in diebus suis, sine blandimentum de ullumque ominem, et per quisque annos donare faciant a s. Cucufati martir solidos X, et post obitum suum totum remaneat a filio meo et ad filios suos si Deus illi dederit et a posterita illorum, et servire faciant a s. Cucufati martir per quisque annos solidos X. Et si uxori mea supra nominata virum aprehenderit, licentiam abent ipso meo filio ipsos alaudes et turre, et vineas, et chasas, et tonnas, et chubos, et alia vaschula quod superius resonat illum aprehendere et tenere et possidere illi et posterita sua innet blandimentum de ullumque ominem..." (I, págs. 217-218).

III. Doc. núm. 493; 1024, marzo, 9: "... et concedo ad uxori mea modiatas II de vineas, qui sunt ad ipso Palacio, in tale capcione, ut si ad illam advenerit inopia famis, vindeat illas, et si non advenerit, teneat in diebus vite sue, et post obitum suum remaneat pro animas de me et illa ad domum s. Petri Rodas; ... Et ipsum meum alaudem cultum vel eremum, chasas cum curtes, cum foveas, cum aquis, cum arboribus, cum pomiferis, cum vaductibus vel reductivus, totum remaneat ad uxori mea Ermegancia, femina, ut in diebus vite sue teneat et possideat vaschula maiora vel minora, sine blandimentum de ullumque hominem, et post obitum suum totum remaneat ad domum s. Petro Rodas pro anima mea et pro anima de uxori mea..." (II, págs. 143-144).

IV. Doc. núm. 494; 1024, abril, 28: "... uxor sua nomine Sicardis, si in sua viduitate permanebat, tenuisset adque possedisset omnem suum alode qui ipse Seniofredus habebat, quandiu prefata Sicardis in viduitate sua permansisset cum matre predicti Seniofredi et filiis suis; ... et quamvis ipsa alio viro nubat, supradictum alode de Maritima sui propii sit iuris ad faciendum quodcumque voluerit exinde..." (II, págs. 144-145).

V. Doc. núm. 526, 1032, octubre, 12: "... Et concessit ad uxori sue omnem suum alaudem cum filio vel filia sua, quod ei advenit per sua comparatione, et si morte advenit ad ipsum filium aut filia, remaneat ad uxori sue omnibus diebus vite sue, et per unumquemque annum dare faciat ad s. Cucufati mancoso I; post obitum vero suum, liberum remaneat ad s. Cucuphati..." (II, págs. 178-180).

VI. Doc. núm. 587; 1046, julio, 8: "... et ipsas comparas que aput mulier sua Ermengod ille fecit in vita sua teneat et possideat, et post obitum suum remaneat ad filiam Adaledis..." (II, págs. 253-254).

VII. Doc. núm. 590; 1047, julio, 17: "... et concessit ad uxori sua medietatem de ipsum alaudium de Aqualonga, id sunt, terras et vineas, cultas vel ermas, ... ad omnia que voluisset facere. Et alia medietate concessit ad predictae uxori sue in tale conventum, ut in diebus vite sue tenuisset et posse-

del mismo usufructo en el *Formulario de Ripoll* (204) ni en el *Formulario de Santas Creus* (205), correspondientes a esta misma época.

disset, et nutrire fecisset filio suo vel filia sua, qui de illo et de illa erant procreati. Post obitum suum remansisset ad predictos proles..." (II, págs. 257-258).

VIII. Doc. núm. 634; 1063, junio, 29: "... et concedo alium meum alodem quod abeo en Galegs ad uxori mea predicta, in tale videlicet ratione, ut teneat in diebus vite sue; post obitum suum remaneat ad dumum s. Cucuphati..." (II, págs. 299-301).

IX. Doc. núm. 637; 1063, agosto, 3: "... In primis dimito ad domum S. Cucuphati omnes meos alodios cum illorum edificiiis, in tali modo, ut uxor mea Rikellis prescripta teneat et possideat omnibus diebus vite sue..." (II, págs. 303-304).

X. Doc. núm. 642; 1065, julio, 27: "... Et concedo ad uxorem meam ipsas domos et terras et vineas que fuerunt de Guillem Sinfre, exceptus ipsa trilia; in tali videlicet ratione, ut teneat et possideat in diebus vite sue, post obitum suum remaneat ad Berengarium, filium nostrum; et si obierit ante legitiman etatem habeant filii mei et tui qui vivi fuerint vell filie... Et si uxor mea prescripta alium virum non apprehenderit et in vita sua viduitate permanebit, hec omnia prescripta que dimito ad filii mei vel filie teneat et possideat in diebus vite sue. Et si alium virum apprehenderit, habeat illa ipsa uxor prenomina ipsos alodios que fuerunt Guillem Sinfre, sicut prenotatum est..." (II, págs. 309-310).

XI. Doc. núm. 676; 1073, marzo, 7: "... Ipsa medietas, qui mihi tangit per mea comparatione concedo, ut predixi, uxori mee et filiis nostris ut habeant simul in vita sua, et post mortem uxoris mee, filiis meis qui ex me et illa procreati sunt, solide et libere remaneat illis. Post mortem vero illorum, similiter fiat sicut et de ceteris alodibus superius dixi ut libere remaneat s. Cucuphato, si filiis illis defuerint..." (II, págs. 337-338).

XII. Doc. núm. 704; 1081, enero, 4: "... Predictus vero Ballovinus dimisit predominante uxori sue in tali modo et ordine totum predictum alodium exceptus prescriptam fexam terre quam mihi fratri suo Reamballo solide et delibere dimisit absque nullius vinculi ligamento ut habeat illud et teneat dum in hoc seculo vixerit, et ut post finem eius vite remaneat totum integriter predicto cenobio solide et delibere, exceptus predicta fexa... (II, pág. 366).

XIII. Doc. núm. 709; 1083, febrero, 2: "... In primis concessit ad mulier sua predicta ipso castro de ipso Fresano cum suis terminis, ... in et videlicet ratione ut si mulier sua iam dicta abuerit infantem de iam dicto conditore teneat illa apud suo infante omnibus diebus vite illorum sine blandimentum de uullusque homines vel feminas, et post obitum de predicta mulier sua relinquit ad ipso infante, et si mulier sua iam dicta non habuerit infantem de iam dicto conditore teneat ipsa omnia suprascripta omnibus diebus vite sue sine blandimento de uullusque homines vel feminas et post obitum suum relinquit ipsa omnia suprascripta ad fratri suo Bernardi... (II, págs. 372-378).

XIV. Doc. núm. 713; 1083, noviembre, 12: "... totum dimisit ad viro suo Reimundi Mironi, exceptus ipsum quod dimisit ad Berengario Remundi, alium ut teneat et possideat predicto viro suo omnibus diebus vite sue et post obitum suum omnem suum directum dimisit ad s. Cucuphatem cenobii..." (II, págs. 375-376).

XV. Doc. núm. 726; 1086, julio, 2: "... Alium totum dimisit ad filium suum Poncium sive ad ipsum vel ad ipsam qui erat in utero matris sue, super hoc conventum, ut teneat et possideant apud matrem suam Solasten predicta omnia usque dum talis fuissent que bene tenere et regere potuissent predicta omnia et in ora que fuissent tales que tenere et regere potuissent predicta omnia si voluerint tenere et possidere predicta omnia si apud matrem suam predictam tenuisset matrem suam ipsas vineas qui sunt subtus via ad ipsa Libra sive cum ipsas vineas que remanebant ad ipso Puio sive cum ipsa alodia de ipsas sussisas, ut teneat et possideat omnibus diebus vite sue et post

Los documentos dan testimonio, desde fecha muy temprana (final del siglo x), de la vivencia del usufructo otorgado por vía testamentaria,

obitum suum remansisset predicta alodia ad filio suo Poncio vel ad alium qui in utero matris sue creat, et si defuerint de filiis suis vel filiabus sine prolis de legitimo coniugio, revertisset predicta omnia integritur ad fratribus suis Dalmatii et Gondeballi et Guillelmi Odoni et Bertrandi Odoni..." (II, págs. 387-389).

XVI. Doc. núm. 733; 1089, agosto, 22: "...Concedo ad uxor mea iam dicta Arsendis ipso meo manso... in tali videlicet racione, ut prescripta uxor mea teneat et possideat omnibus diebus vite sue, sine blandimento ullius hominis vel femina; post obitum vero suum re vertatur predicta omnia ad filios meos Yohannis et Poncius, ut isti duo filii mei teneant in diebus vite illorum et si obierit unum ante alium revertatur ad ipsum qui vivus extiterit. ... Suprascripta quoque omnia que dimito ad filios meos masculos, teneat uxor me in diebus vite sue, si in veduditate steterit; si virum accepit, revertatur predictos alodios ad iam dictos filios meos masculos..." (II, págs. 396-397).

XVII. Doc. núm. 752; 1093, noviembre, 9: "... Concessit ad uxorem Arsendis suo alodio, cum ipsum mansum, qui est in Agalonga, in vita sua sine blandimento nullius hominis et post obitum suum remaneat ad filio suo Bernard, ut teneat in vita sua, et post hec unum filium suum, et post obitum vero eius, solidum, et liberum remansisset ad s. Cucufatem pro anima sua..." (II, págs. 412-473).

XVIII. Doc. núm. 764; 1097, enero, 10: "... Concedo kastrum s. Oliva, cum omnibus alaudibus et pertinentiis eius, et kastrum Berano cum omnibus alaudibus et pertinentiis eius, et ipsum alodium de Tamarid, totuum concedo ad uxori mea Ema, femina, ut illa teneat et possideat omnibus diebus vite sue sine blandimento de ullumque ominem nec femina; et post obitum suum, totum remaneat ad Guilielmus Raimundo, fratri meo. Et si illa uxori mea hec omnia voluisset derelinquere de vita sua, donet ad illam Guilielmus Raimundo mille mancosus de auri de Valencia..." (II, págs. 422-423).

XIX. Doc. núm. 821; 1113, mayo, 14: "... ita ut prefata uxor mea Guilia teneat et possideat hec de Fonte Amanz omnibus diebus vite sue; post obitum quoque eius similiter habeat et teneat filia mea nomine Adalendis hec que superius sunt scripta de Fonte Amanz, ... Post obitum utriusque, uxoris scilicet et filie, revertantur in ius et dominium beati Cucuphatis iam dicti..." (III, págs. 22-25).

XX. Doc. núm. 828; 1114, agosto, 11: "... Dimito ad mulier mea meas casas et meas plantas et meas tendones et meum alaude et meos fevos, quod habeo in cunctis locis quod habeo vel habere debeo, totum dimito ad mulier mea in vita sua, sine blandimento de meos infantes, et de nullo homine, et de post obitum mea mulier remaneat ad meos infantes qui sunt creati de me in illa..." (III, pág. 30).

XXI. Doc. núm. 856; 1121, junio, 17: "... Alias namque concessiones superius insertas concedo ad uxor mea tenere et possidere omnibus diebus vite sue extra laxacionem s. Benedicti et post obitum suum remaneant, sicut superius sunt ordinatas..." (III, págs. 53-55).

XXII. Doc. núm. 865; 1123, abril, 30: "... Item concessit ad uxor sua totam suam honorem quando steterit sine virum. Et si illa apprehenderit virum, concessit ad eam alodium de Lorona in vita sua; et post obitum suum, remaneat ad filios vero Raimundi..." (III, págs. 61-62).

XXIII. Doc. núm. 890; 1127, noviembre, 10: "... Suprascripta quoque omnia dimisit Adalendis uxori sue, ut tenuisset et possedisset omnibus diebus vite sue, absque blandimento ullius filii sui et filie, et ad obitum suum accipiat medietatem de universo suo mobile, ut faciat quicquid sibi placuerit..." (III, págs. 81-83).

XXIV. Doc. núm. 906; 1130, diciembre, 15: "... et dimisit iam dictum castrum de Talavera Arsendi uxori sue, ut teneat et habeat eum dum steterit sine marito; et si ipsa uxor sua Arsendis voluerit eum castrum peiorare, non det illi licitum fratri sui archilevita, et recuperet eum; et si duxerit virum

en ocasiones como simple usufructo temporal concedido sólo por cierto tiempo, pero más frecuentemente otorgado con carácter vita-

suprascripta Arsendis, recuperet suprascriptum castrum de Talavera suprascriptus Petrus archilevita..." (III, págs. 96-97).

XXV. Doc. núm. 912; 1131, agosto, 5: "... Dimisit cenobio s. Cucuphatis Vallense mansum de Apierola, qui dicitur Garrigesica, ut mulier sua teneret et haberet eum in diebus vite sue; post obitum suum revertatur ad iam dictum cenobium, absque ulla contrarietate..." (III, págs. 100-101).

XXVI. Doc. núm. 936; 1138, enero, 28: "... Iterum relinquo omnem honorem et hereditatem quod habeo et habere debeo in cunctis locis ad uxorem mean usque ad X annos et post annos decem relinquo Guillelmo filio meo ipsum vivolarem quod habeo cum s. Cucufato, ut habeat in vita sua, et post obitum suum remaneat prefato cenobio libere et absolute..." (III, págs. 118-119).

XXVII. Doc. núm. 945; 1142, septiembre, 1: "... Item dimisit mulieri sue nomine Agneti ipsas suas mansiones in quibus ipsa die abitabat totas, et ipsum suum totum alodium ... Tali pacto dimisit ei alodium suum, ut teneret et aberet et possideret potestative in vita sua. Post obitum vero suum remansisset ad fratres suos Petro et Geraldo..." (III, págs. 126-127).

XXVIII. Doc. núm. 952; 1143, octubre, 2: "... Tali modo ut teneat coniuix mea totum ipsut alodium omnibus diebus vite sue; post obitum vero suum remaneat totum illut alodium predicto altari s. Iacobi..." (III, págs. 134-135).

XXIX. Doc. núm. 964; 1145, junio, 10: "... tali modo ut tenuisset coniuix sua totum ipsud alodium omnibus diebus vite sue, post obitum vero suum remansisset totum illum alodium predicto altari s. Iacobi..." (III, págs. 145-146).

XXX. Doc. núm. 969; 1146, octubre, 16: "... et dimito ad mulier mea meam hoorem quod ego abui et tenui in cunctis locis, sine blandimentum nullius hominis vel femine, in diebus vite sue, et post obitum suum remaneat od filios nostros vel filie Guillelme per equaliter..." (III, pág. 150).

XXXI. Doc. núm. 973; 1147, septiembre, 9: "... Concessit Raimundo Bermundi, viro suo, totum suum alodium et fevum iam dictum, quod habebat vel habere debebat, ita ut ille habeat in vita sua et teneat, et post obitum eius revertatur ad illos quod superius resonat..." (III, págs. 153-154).

XXXII. Doc. núm. 979; 1148, mayo, 4: "... Tali conveniencia, ut predictus filius meus Berengarius cum matre sua Guillia teneant et habeant ipsas tendones et baiulias omnibus diebus vite sue, ... Post obitum vero amborum ipse tendone et baiulias, absque ulla inquietudine, revertantur in ius et dominium cenobio s. Cucuphatis..." (III, págs. 158-160).

XXXIII. Doc. núm. 1029, 1160, marzo, 18: "... et relinco ad mulier mea tota ipsa mea onore quod ego habeo et abere debeo in Ceherbasin sive in Feran sive in Capellades, totum teneat et possideat de vita sua et de post obitum de illa reinco ad infantes meos qui sunt creati inter me et illa; et si illa voluit virum prehendere, remaneat tota ipsa mea dominicatura de Cherbasi, exceptus ipso fevo. Et de post obitum de illa relinco ad filio meo Guillelm totum ipsum meum fevum de Cherbasin..." (III, pág. 197).

XXXIV. Doc. núm. 1196; 1193, mayo, 5: "... Preterea dimito Raimundo Alamanni, filio meo, castrum de Mundo Acut cum suis terminis, et castrum de Cherol et de Piniana et de Elmela, cum eorum terminis, et castrum de Sancta Perpetua et castrum de Pontils cum terminis eorum, et castrum de Muntclar et omnes meos directos, quos habere debeo in castrum de Valle Espinosa, tali modo quod Berengaria, mater sua, sit inde domna et potentissima, sine vinculo alicuius hominis vel femine, quandiu vixerit..." (III, págs. 329-330).

XXXV. Doc. núm. 1219; 1197, marzo, 19: "... Concessit uxori sue Iusiane ut fuisset domna et potens omnibus diebus vite sue, tali modo quod ipsa et filii sui haberent medietatem, aliam vero medietate servarent et custodirent ipsa et manumissores sui, unde traderent filias suas maritis..." (III, páginas 349-350).

XXXVI. Doc. núm. 1255; 1205, julio, 17: "... et volo ac mado quod

licio, ya referido sólo a ciertos bienes, aunque importantes, ya establecido con carácter de generalidad o universalidad. La lectura de

uxor mea Saurina sit domina et potentissima de omni vita sua, de omni supradicta honore, et quod ipsa solvat supradicta debita et legata de predicto honore..." (III, págs. 376-378).

XXXVII. Doc. núm. 1265; 1206, septiembre, 5: "...et uxor sua Geralda esset domina et potentissima omnibus diebus vite sue de honore qui resonat in suo sponsalicio, et de vascula maiori et minori..." (III, págs. 386-387).

(203) Federico Udina Martorell, *Et "Llibre Blanch" de Santas Creus (Cartulario del siglo XII)*, Barcelona, 1947. Encontramos aquí los siguientes documentos:

I. Doc. núm. 41; 1147, abril, 2: "...et concessit coniugi sue omnem suam honorem que habebat vel habere debebat in cunctis locis per nullum afan in sua vita cum suis filiis qui sunt creati de me in illa. Et si virum non habuerit et si voluerit habere virum habeat in sua vita Figerola et Gisalemo et (Cutra ?) et de post obitum suum revertatur ad suos infantes, sicut superius est scriptum..." (págs. 48-49).

II. Doc. núm. 133; 1167, diciembre, 4: "...Dimisit uxori sue Adaledi omne suum honorem videlicet alodia et fevuos ese integro quos habebat vel habere debebat in cunctis locis omnibus diebus vite sue et ipsum honorem quem habebat apud Sanctum Faustum relinquit uxori sue iam dicte ad suam propiam voluntatem preter ipsum mansum qui vocatur de Soler quem deffinivit et pacificavit Domino Deo et Sancto Cucuphati per remissionem peccatorum meorum..." (págs. 135-137).

III. Doc. núm. 222; 1179, mayo, 26: "...Si autem uxor mea voluerit accipere quod voluerit mittere filium suum et filias sit domina et potens de omni honori meo et mobili sine vinculo alicuius hominis et persolvat debita mea omnia et lexationes quas ego facio in hoc testamento..." (págs. 218-220).

IV. Doc. núm. 256; 1183, marzo, 28: "...Et dono uxori mee Berengarie omnia alodia mea et honorem et feuda tamen in vita sua, preter meum honorem de Penedes et preter honorem de Valespir, quem accipio pro anima mea et parentum meorum, tali modo ut bene nutriat filios suos quos habet ex me et si ipsa alicui nupserit statim revertatur iamdicta omnia filio meo Raimundo sicut ei dono per suam hereditatem..." (págs. 253-254).

V. Doc. núm. 263; 1183, diciembre, 1: "...Et ego Berengario de Altariba relinquo ad uxor mea Saurina domna dona et potentissima sine blandimentum de filios nec de filias de ista honore que est suprascripta et si venit discordia inter Saurina et filios suos abeat Saurina tertia pars de ipsas ( ) de castrum de Altariba..." (págs. 260-262).

VI. Doc. núm. 269; 1185, febrero, 2: "...Dimitto uxori mee Guillelme omnia mea debita que mihi debentur ubicumque sint et totum aliud avere meum et omnem honorem meum ubicumque illum habeo vel habere debeo quacumque, voce ac ratione absque aliqua diminutione. In tali modo ut ipsa totum hoc habeat et possideat in omnibus diebus vite sue et sit de toto semper domina et potentissima sine vinculo omnium infantium meorum et absque obligatione alicuius illorum..." (págs. 267-268).

VII. Doc. núm. 369; 1193, mayo, 5: "...preterea dimitto Raimundo Almanni, filio mea, castrum de Munt Agut cum suis terminis, castrum de Querol et de Piiana et de Elmella, cum eorum terminis et castrum de Sancta Perpetua et castrum de Pontils, cum terminis eorum et castrum de Muntclar et meos omnes directos, quos habere debeo in castrum de Valleespinoza, tali modo quod Berengaria, mater sua, sit inde domina et potentissima sine vinculo alicuius hominis vel femine quamdiu vixerit..." (págs. 368-370).

(204) El Formulario de Ripoll (manuscrito del siglo X) fue publicado por el P. García Villada, *Formularios de las Bibliotecas y Archivos de Barcelona (siglos X-XV)*, en Anuari de l'Institut d'Estudis Catalans, IV (1911-1912), págs. 534-541.

(205) Lo publicó Valls-Taberner, *Un formulari jurídic del segle XII*, en AHDE, III (1926), págs. 508-517.

los diplomas permite apreciar una ampliación progresiva del usufructo que, en época más tardía (al concluir el siglo XII), se expresa ya con la fórmula que habrá de resultar clásica: *domina et potentissima omnibus diebus vite sue* (206). Algunos de los testamentos atribuyen el usufructo con expresa condición de guardar viudedad (207); sin embargo, en su mayor parte no hacen indicación alguna a este respecto. En tal caso, ¿debe considerarse sobreentendida la *conditio viduitatis?*; o, inversamente, ¿hay que presumir que no se exige? Aun cuando sea cuestión opinable, estimamos que, por costumbre, se entendería concedido el usufructo bajo tácita condición de seguir en viudedad; inclina a esta conclusión el hecho de que, posteriormente, así se pronuncia el *usatge Vidua* al sancionar y reconocer el usufructo como derecho de viudedad (208).

Ninguno de los testamentos estudiados impone al cónyuge usufructuario, de modo categórico, la prohibición de vender o pignorar los bienes objeto del usufructo. No obstante, en todos ellos aparece implícita o sobreentendida tal prohibición, puesto que señalan claramente la obligación de guardar y conservar los bienes para que, al tiempo de extinción del usufructo, pasen íntegros a sus últimos destinatarios. Algún documento (209) establece como causas de pérdida del usufructo el contraer el viudo segundas nupcias y el causar daño o perjuicio a los bienes usufructuados. Y varios testamentos (210) ordenan claramente la diferencia entre los bienes que el testador lega a su esposa en pleno dominio, y a libre disposición de ésta, y aquellos otros que le deja sólo en usufructo, y respecto a los últimos se presupone la prohibición de disponer y el deber de conservarlos. Finalmente, quizá el documento más significativo en tal sentido, es un testamento, del año 1024 (211), otorgado por Seniofredo, por el que éste concede a su esposa Ermeguncia una pequeña finca (*modiatas II de vineas*) con la cláusula de que si encontrase en estado de necesidad (*ut si ad illam advenerit inopia famis*) pueda vender (*vindeat illas*) y, caso contrario, la disfrute durante su vida y, después de la muerte de la esposa, dicha finca quede para las almas de ambos cónyuges; y, en cambio, el conjunto del patrimonio constituido por todos los demás bienes (*et ipsum meum alaudem, cultum ver eremum, chasas cum curtes, cum foveas, cum aquis...*, etc.) lo deja a la esposa exclusivamente en usufructo (*ut in diebus vite sue teneat et possideat, ...et post obitum suum totum remaneat ad domum s. Petri Rodas pro anima mea et pro anima de uxori mea*), y respecto de esta masa de bienes en caso alguno concede facultad de disposición.

---

(206) Vid., en la nota 202, los documentos XXXV, XXXVI y XXXVII; y de la nota 203, los documentos III, V, VI y VII.

(207) Cfr. de la nota 202, los documentos I, II, IV, X, XVI, XXII, XXIV y XXXIII; y de la nota 203, los documentos I y IV.

(208) Vid. el texto del *usatge Vidua* en la nota 318.

(209) Vid. nota 202, doc. XXIV.

(210) Vid., de la nota 202, los documentos IV, VII y XXIII; y de la nota 203, el documento II.

(211) Vid., en la nota 202, el doc. III.

Lo que sí importa destacar, como resultado de esta sumaria exposición de los precedentes históricos de la viudedad en cuanto a la fase de otorgamiento voluntario, es que en ellos se considera siempre al cónyuge viudo obligado a conservar los bienes y, por tanto, privado de toda facultad de disposición. Con mayor claridad apreciaremos esta característica en los antecedentes documentales más directos de la viudedad consuetudinaria y legal de Navarra y de Aragón.

F) LOS DOCUMENTOS NAVARROS Y ARAGONESES DE LA ALTA EDAD MEDIA.—En Aragón y Navarra, la institución de la viudedad, en su origen de carácter puramente voluntario —discrecionalmente concedida por el cónyuge causante, y más generalmente por el marido a la esposa—, en razón de la creciente frecuencia de su otorgamiento llega a convertirse en una práctica usual que la transforma en institución consuetudinaria, más tarde reconocida por los fueros, y elevada a norma legal como resultado último de una lenta y progresiva evolución.

La comunidad de origen de los Derechos de Aragón y de Navarra, la estrecha relación de sus fuentes alto-medievales y, sobre todo, la unidad institucional que inicialmente presenta la viudedad en estos dos reinos pirenaicos, nos permiten utilizar conjuntamente aquellos documentos navarros y aragoneses de aplicación del Derecho en que la viudedad aparece otorgada voluntariamente, bien por un solo cónyuge al otro bien por ambos con carácter recíproco en favor del sobreviviente (212).

Entre los documentos navarros que han sido publicados, no son demasiado abundantes los que contienen, con mayor o menor amplitud, voluntaria atribución del derecho de usufructo viudal o de fealdad. Algunos de ellos fueron ya utilizados y tenidos en cuenta por Arregui Gil (213). En nota a pie de este texto (214) transcribimos, en

---

(212) Los juristas de Aragón nos han ofrecido a los de Navarra un buen ejemplo de la conveniencia de estudiar conjuntamente las fuentes medievales del Derecho de ambos reinos. En este sentido, cabe recordar: Lacruz Berdejo (*Régimen matrimonial*, págs 17-153), que realiza un estudio de gran interés para el Derecho de Navarra en la Edad Media; Ramón Sainz de Varanda (*El retracto gentilicio*, en ADA, III, 1946, págs. 223-335) estudia conjuntamente, y con acierto, las fuentes jurídicas aragonesas y navarras. En esta misma línea no puede olvidarse el estudio 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, págs. 7-196; y III, núms. 9-10, julio-diciembre 1955, págs. 241-399), sin duda una de las mejores monografías publicadas sobre instituciones de Derecho histórico español.

Con buen criterio, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (*Derecho de Familia*, Barcelona, 1966, págs. 289-290) tratan simultáneamente el origen histórico de la viudedad foral navarra y aragonesa.

(213) Arregui Gil, *Fidelidad viudal*, págs. 44-57.

(214) Documentos navarros:

I. Principios del siglo XII: "...Ego García Lopez et uxor mea Sancia mandamus, et mandata confirmamus, et confirmata donamus, casam de Exauarri, et illas terras quas habemus illic si ita moriamur sine liberis; et qualiscumque nostrum post mortem alterius uixerit, teneat in uita sua; et sicut hodie sunt libere et absque impedimento, sind date pro remedio animarum nostrarum et parentum nostrorum Sancte Marie de Yrax..." (José María La-

su parte pertinente, los que hemos hallado en los cartularios y diversas colecciones documentales publicados por diferentes autores.

carra, *Colección Diplomática de Irache, vol. 1 (958-1222)*, Zaragoza, 1965, pág. 102, doc. 79.

II. Año 1204, julio: "Ego Iohan Durol facio iermanitatem cum mea muliere domna Maria cum tota mea parte de hereditate de meo patrimonio mobile et teriberi et quantum inquirere possimus in vita nostra, in tali conveniencia ut vobis mea domna Maria quod sedeatis poderosa in diebus vestris si de me evenerit primum de hoc seculo, de tota mea hereditate et de mobile, et post dies nostros quod remaneat illa hereditate ad meos filios et vestros, st si filios non habuerimus quod tornet illa mea hereditate ad meos parentes... Et ego domna Maria filia de don Petro et de dona Blanca facio iermanitatem cum meo marito don Iohan Durol cum tota mea parte de hereditate de meo patrimonio de mobile et de terribile et de quantum possimus inquirere in vita nostra, in tali conveniencia ut vos marito meo Iohan Durol que sedeatis poderoso in diebus vestris si de me evenerit primum de hoc seculo, de tota mea hereditate et de mobile, et post dies vestros quod remaneat illa hereditate ad meos filios et vestros, et si filii non habuerimus quod tornet illam meam hereditatem ad meos parentes..." (José María Lacarra, *Documentos navarro-aragoneses*, en AHDE, XVIII, 1947, págs. 346-347).

III. Año 1212: "Hec est carta de illa diuisa quam fecerunt Garcia Ortiz de Artauia, in sua uita, stante in sua memoria, et ista diuisa fecit cum plazer de sua uxore domna Milia...; et dimitto meo filio Petro Arceiz medietatem hereditatis, scilicet domis, uineis, peccis et hereditatem planam de Nabart, si non las bustalizas quas dimitto ad uxorem meam et ad filiam meam, ut possideat eas domna Milia omni tempore uite sue..." (Lacarra, *Irache*, págs. 288-289, doc. 272).

IV. Año 1213: "...Ego Martinus de Echarri, cum essem in hora mortis, feci hanc destinationem pro anima mea et parentum meorum... Iestas III<sup>or</sup> pieças supra dictas reliqui Beate Marie Iraxensi tali modo ut possideat eas domna Pala, uxor mea, in omni uita sua, si uixerit in sua fidelitate. Post mortem uero eius remaneat Sancte Marie Yraxensi..." (Lacarra, *Irache*, págs. 293-294, doc. 277).

V. Año 1215, febrero, 28: "...Notum sit omnibus presentibus et futuris, quod ego Garcia Lopiz del Peral et uxor mea domna Maria damus et concedimus bono animo et spontanea uoluntate, totum quicquid habemus in Stella Sancte Marie Yraxensi, ... Et post obitum Garcie Lopiz, domna Maria, uxor eius, fecit conuenientiam cum abbate Yraxense et suis monachis et cum cabeçalariis quos fecerat Garcia Lopiz in hora mortis sue, scilicet Pelegrin de la Barra et Sancho de Gailla, quod illa teneat in uita sua illam domum quam habebant cum una pieça que est iuxta ipsam domum ut possideat eas in uita sua, et post mortem eius reuertantur ad monasterium Yraxense..." (Lacarra, *Irache*, págs. 296-297, doc. 280).

VI. Año 1218: "...Hec est carta donationis quam facio Guillelmus de Mirambel cum consensu et uoluntate uxoris mee Viuentie, de illa domo et orto quam comparauim cum alia uxore mea nomine Scaramonda; ... Dono, igitur, et confirmo predictam domum beate Marie Yraxensi per mandamentum prime uxoris mee Scaramonde et cum consensu et uoluntate presentis uxoris mee Uiuntie, integram et absque uoce mala per secula cuncta. Tali modo ut uxor mea Uiuentia teneat istam domum cum orto in omni uita sua, nisi forte luxuriauerit, et reddat II solidos annuatim in die Sancti Michaelis ad mensam monachorum Yraxensis, et non possit eam uendere aut in pignus mittere. Post mortem uero eius, remaneat integre absque uoce mala monasterio Yraxensi, et censum quod inde exierit sit de mensa seniorum ut faciant anniuersarium annuatim pro anima mea et uxorum meorum..." (Lacarra, *Irache*, págs. 313-314, doc. 298).

VII. Entre 1181-1222: "Hec est carta mandationis atque confirmationis, quod ego Fortun Lopiz cum uxore mea Maria Marcoz, cum egrotarem ad mortem, mandauimus et dedimus quod habemus in Bila Maior et in Adarreta.



Lo propio cabe afirmar respecto a los documentos procedentes de la región aragonesa. Muchos de ellos han sido ya tenidos en conside-

domos, agros et uineas atque omnia tamen quod teneret post mortem meam uxor mea Maria in uita sua, et post mortem ipsius tribueretur Deo et Sancte Marie Iraxensi in remissionem peccatorum nostrorum..." (Lacarra, *Irache*, pág. 334, doc. 321).

VIII. Año 1212, junio: In Dei nomine hoc est testamentum quam facio ego Ferrado Esquivat stando in meo sensu et in mea memoria... mando et uolo quod uxor mea Sancia teneat totam meam hereditatem et totum meum mobilem usque ad hominem illa teniendo viduidat sicut forum est, quod sea donna et poderosa..." (Documento del Archivo de la Catedral de Tudela, publicado por Alonso Lambán, *Las formas testamentarias*, II, núms. 5-6, págs. 80-81, nota 342).

IX. Siglo XIII (sin año): "El destinamiento que fiço dona Toda Gil, mulier de Sanc d'Esteyla. Mando ... Et que sea seyor et poderoso don Sancho mientras en mi fieldat quisiere seer..." (Santos A. García Larragueta, *El Gran Priorado de Navarra de la Orden de San Juan de Jerusalén. Siglos XII-XIII*, Pamplona, 1957, II, págs. 126-127, doc. 121).

X. Año 1213, abril, 15: "... Hec est carta quam ego Romeu facio donativo et uxor mea Urraca Lopeiz de illas peças que habemus in Maneru que dedimus al Ospital de santi Ioanis de Bargota propter amorem Dei pro animas patris nostris vel matris ... Ego Romeu et uxor mea Urraca Lopeiz facimus donativum de ista hereditate in tali pacto qualque remansisset in isto seculo que fuset senior en la hereditate et si habuerint filium vel filiam remaneat ad illos ista hereditate et si istos filios non habuissent aliquam creaturam quod remansisset ista hereditate al Ospital..." (García Larragueta, *Jerusalén*, págs. 151-152, doc. 148).

XI. Año 1216, mayo: "... Notum sit omnibus hominibus presentibus et futuris quod hoc est testamentum quam facio ego dona Toda Lopez, stando in mea bona memoria et in meo bono sensu, cum consilio et voluntate et otorgamiento de Roderico de Argaiz viro meo et de Lop Lopez fratre meo, bono corde et spontanea voluntate... Item mando et volo quod Rodericus de Argaiz viro meo possideat illam turrem de Baltran cum omni sua hereditate heremam et populatam omnibus diebus vite sue, ille manteniendo suam viduitatem; tamen quod non habeat potestatem vendendi neque impignandi neque alio modo alienandi; set post dies suos remaneat illis sicut superius scriptum est..." (García Larragueta, *Jerusalén*, págs. 164-166, doc. 161).

XII. Año 1216: "Notum sit omnibus tam presentibus quam futuris quod ego domna Elvira Aznariz, filia domni Acenarii de Exalaz et domna Sancie, infirma corpore, sana mente in extremo examine posita, in plenu sensu et memoria firma, hoc facio testamentum. In primis siquidem mando quod domnus Ferradus Garssie de Sant Adrian maritus meus totum meum habeat mobile per cuncta secula absque controversia aliqua et quiete. Mando etiam quod idem Ferrandun Garssie habeat et possideat in omnibus diebus vite sue totam meam hereditatem quam in Urbe habeo vel habere debeo pacifice et quiete, ipso Ferrando non ducente uxorem aliam vel ducente. Post mortem vero ipsius Ferrandi mando ut fratres Hospitalis santi Iohannis Iherusalem in Navarra habeant per cuncta secula et possideant pacifice et quiete illam meam peçam et vineam..." (García Larragueta, *Jerusalén*, pág. 167, doc. 162).

XIII. Año 1221, octubre: "... Hec est memoria et carta de illa domo que est inter domum Marcho de Castela et domnum Orti de Viloria in populatione Pontis Regine, quam ego Sancha uxor de Martin de Guirguilano bono animo et voluntate existens sana et incolumis donavi pro mea anima Hospitalis santi Iohannis de Iherusalem in Bargota anuente Martin de Guiguilano isto donativo, quia ista domus erat tota mea propria. Ego Sancha donavi istam domum Hospitali de Bargota liberam et ingenuam de omnibus hominibus excepto rege, totam cum suis pertinentiis de communi carrera populationis usque ad ortos de rua maiore, et de abissis usque ad celum. Tali tamen conveniencia quod si Martin de Guirguilano meus maritus superaverit me de vita, quamdiu steterit

ración por Lacruz Berdejo (215), Alonso Lambán (216) y Sancho Rebullida (217), quienes hicieron inteligente uso de los mismos para

in mea fidelitate ita quod non accipiat mulierem ad benedictionem, habeat suo estage in ista domo, set non vendat illam neque impegnet neque alienet. Et si forte acceperit uxorem ad benedictionem statim exeat de ista domo et redeat ista domus ad Hospitalem de Bargota, et fratres eiusdem accipiant illam in potestatem solutam et quietam et propriam Hospitalis..." (García Larragueta, *Jerusalén*, págs. 180-181, doc. 177).

XIV. Año 1221, diciembre, 28: "... Hec est memoria de testamento de Michel Pedon de Tafalla, filio de García Pedon. Omnem suam hereditatem quam habebat in Tafalla de aquis usque ad herbas dedit Hospitali de Bargota cum domibus suis, tamen tali interdicto quod uxor sua nomine dona Tota accipiat de predicta hereditate una kafzada de terra ubicumque ipsa voluerit et accipiat II<sup>os</sup> arienços in malleolo et possideat in omni vita sua et dum voluerit permanere in mea fidelitate habet potestatem possidendi predictas domos et post vitam suam predictam kafzadam de terra et II<sup>os</sup> arienços de malleolo et domos post fidelitatem predictus Hospitalis habeat et possideat..." (García Larragueta, *Jerusalén*, pág. 181, doc. 178).

XV. Año 1229, julio, 22: "Sabuda cosa sea a los que aqui son e seran que io don García Gueçeco faguo mio destinamiento sediendo en mia et bona memoria en virtud de mi postremero destin... E mando encara a dona Oria mia muiller que sea dueina de quanto io he en el mundo mientras soviere ena mia lealtad. Et si por ventura casare dona Oria mando que todo lo mio finque a dona Maria mi fila e a suas creaturas si las oviere en todos lures días. E quoalque hora finaren la devandita Maria e sus creaturas io devandito don García por remission de mios pecados o de mia muiller dona Oria e por las animas de nuestros defunctos, mando todo lo que io he en Tachonar e todo lo de Laviano e quanto he enos terminos de las devanditas villas al Hospital de San Johan e nopnadamente a la sua casa de Cizurr Minor e los freires Hospitalarios que seran en aqueila casa..." (García Larragueta, *Jerusalén*, páginas 208-209, doc. 213).

XVI. Año 1236, abril, 11: "... Notum sit omnibus hominibus tam presentibus quam futuris quod ego Egidius filius de Andreas capellani, stando in meo bono sensu et in mea bona memoria, post meos dies et post dies Marie uxoris mee, destino et laxo et dono pro mea anima et pro anima patris et matris mee et omnium parentum meorum Deo et Hospitali sancti Iohannis...; post mortem vero meam volo et mando quod Maria uxor mea teneat suam viduitatem in iamdictas meas hereditates sicut forum est; veruntamen quod non habeat potestatem vendendi nec impignandi nec alienandi ullam de predictas hereditates... Et ego productus Egidius ad maiorem securitatem et ad maiorem firmitudinem de predicto testamento et de predicto donativo, dono vobis fratri Martino preceptoris domus Hospitalis sancti Iohannis de Tutela fidanciam ad forum Tutela sine aliqua mala voce quod semper sedeam in isto predicto testamento et donativo per secula cuncta, sicut superius scriptum est..." (García Larragueta, *Jerusalén*, págs. 259-260, doc. 267).

XVII. Año 1236, mayo, 9: "Memoria del destino que fizo Johan Gross de la Puente de la Reyna quando fo en hora de muert. Mando su vinea que es en lo terminado de Coscoillar deus Sant Gregorio a la casa de Bargota. Et otorgando aquest donadio que fizo su muiller dona Maria. E mando la vinea en esta manera: que sua muger fuesse tenient en sua vida e que ella non oviesse poder de enpeynar ni de vender esta vinea devant nopnada... Apres esto don Iohan Ieneguez freire del Hospital e prior en Navarra e freire Ienego comendador de Bargota fueron con los cabeçaleros a la vinea e entraron la e posieron el prior e el comendador ad esta dona Maria por lur mano en la vinea que cuylliesse l'espleyto en sus días e apres sus días que la leisse quitia al Espital..." (García Larragueta, *Jerusalén*, pág. 262, doc. 269).

XVIII. Año 1239, marzo, 20: "Notum sit quod Petrus Martini de Rieçu fecit testamentum et promisit quod corpus suum sepelirent en Hospitale santi Iohannis de Bargota, et precepit Hospitali totam suam hereditatem quam ille

destacar las fases sucesivas en la evolución de la viudedad hasta llegar a ser institución consuetudinaria. Asimismo en nota a este estudio (218) y, por razones de brevedad, sólo en la parte que interesa, se

habebat in Rieçu, in tali pacto quod dompna Sancia uxor sua sit domna et potens in omnibus diebus suis..." (García Larragueta, *Jerusalén*, pág. 271, documento 279).

XIX. Año 1249, noviembre, 19: "...Conoissuda cosa a trestotz los qui son empresent e a trestotz los qui son per venir que esta es la carta e memoria de la divisa e mandamentz e leyssas que fazi don Pero Lopiz de Ordoyz seent en sa bona memoria e en sen e en bona salut, con atorgament e voluntat de dona Romea sa muyller. In primis manda e leyssa lo sobrescriut don Pero Lopiz en sa divisa per la sua anima a la casa de Echavarri aquel son ort e parral de Ordoiz... donant esta casa sobrescriuta de Chavarri en cada un an XII arrovas tritici a doña Romea sobrescriuta en totz sons dias..." (García Larragueta, *Jerusalén*, págs. 324-325, doc. 328).

XX. Año 1274, septiembre, 7: "Sepan quantos esta carta veran que io don Lope Periç de Iguçuiça, ducto de bon coraçon, offresco me ad Dius et al Hospital de San Johan. ... Desend io don Lope Periç devandito solto et quito et de todo el dreito que io he et devo haver por mi et por fealdat de dona Albira mia muiller en Oylovarren, en Eulç et en Aynorbe et en Tirapu et en Çuaçu et en Ecay et en Urriçola de Val de Araquil. Et otrosi io don Lope Periç devandito solto et quito al devandito Hospital el aflamiento que dona Sancha ermana de mia muiller devandita mia coinada me dio et fiço de todo quanto havia enas devanditas villas. Et por maior firmança io don Lope Periç devandito do a vos freyre Henrrich de Vervilla prior del Hospital de San Joahn en Navarra ferme don Ferran de Oylovarren de todo el dreito que io he ni devo haver en Oylovarren et en sus terminos de palaçios, de heredades, de iermo et poblado, de todo quanto del cielo ata terra et de terra ata el abismo io por raçon de dona Albira mia muiller ni por raçon de fealdat deilla ni por raçon de aflamiento que dona Sancha sua hermana me havia afillado e dado, que io ni otro por raçon de mi que nunquas embargue al Hospital devandito en quanto eillas han ni deven haver en Oylovarren et en sus terminos..." (García Larragueta, *Jerusalén*, págs. 453-455, doc. 429).

(215) *Régimen matrimonial*, págs. 127-129.

(216) *Las formas testamentarias*, II, núms. 5-6, págs. 80-81, nota 342; y III, núms. 9-10, págs. 368-370, nota 1149; y págs. 376-378, notas 1155 y 1158.

(217) *Viudedad*, págs. 21-25, notas 23 y 31.

(218) Documentos aragoneses:

I. Año 1100, aproximado: "In nomine Domini. Ego Garcia Lopiz, facio pro mea anima, quando ego vado ad sanctum Iacobum, sic facio pro mea anima in facie de mea matre et de mea muliere, et denante Manzio Sensure, et denante dominio Agilane fratres, et relinquo ad te mea muliere, illa dote quod meus pater dedit tibi Sostiguirri, sicut ille tibi dedit, et relinquo tibi illo monasterio Sancto Petro de Ibosa in tua vita, et de post tua morte siat de sancti Iohannis de Panno, pro redemptione animarum nostrarum et de parentum nostrorum, et illo alio quantum ego abeo in valle et in Galleco, totum relinquo tibi. Si mea fidelitate tenes totum in tua potestate siat, et quem queris tenere, tene, et ad quem tu lax, laxato siat. Et si mea fidelitate non tenes, reus sit qui tibi ello laxat. Et ego domina Onneka, sic facio ad vos, meo senior; sic laxo totum quantum ad me pertinent, si mea fidelitate tenueritis; et si mea fidelitate non tenueritis, reus sit qui ad vos illo lexat" (Bonilla y San Martín, *El Derecho aragonés en el siglo XII, en II Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Huesca, 1922, vol. I., pág. 205).

II. Año 1118 (?): "... Hec est carta testamenti que facio scribere ego Sancto Ennecones in illa moveta de Iherusalem propter remedium anime mee vel parentorum meorum. ... Et si Deus sua boluntate fecerit de me in ista via de Iherusalem et illa donna (*su mujer doña Oriá*) tenuerit viduitate et teneat totas meas hereditates semper viva fuerit nisi Orna et Curbe quod tenent Lope et Garcia. Et si tantum quod illa donna alio viro prenderit nullus alius filius

transcriben los documentos aragoneses que jalonan las distintas etapas de tal transformación de la viudedad.

non inde prenda parte in istas nostras hereditates nisi illos meos filios et de illa donna Oria ipsos dividant illa hereditate. Et ista causa placuit ad illa donna et cum sua voluntate fuit facta..." (Antonio Durán Gudiol, *Colección Diplomática de la Catedral de Huesca*, Zaragoza 1965, I, págs. 148-150, doc. 121).

III. Sin fecha (hacia 1120): "... Hec est carta testamenti quam facio ego Lop Sanz de Xauierre, una cum consilio et uoluntate uxori mee Oria Uita, cum sana mente et mea memoria et obtimo corde. Placuit mihi, libenti animo, in mea uoluntate ut si tantum fuerit quod Deo placuerit quod ego migrauerit de hoc seculo sine filiis, antequam mea uxor Oria Uita, et tenuerit mihi fidelitate: sedeat illa donna et potente, tantum quantum in mea fidelitate fuerit; et si tantum fuerit quod mihi fidelitate illa noluerit tenere: laxo Deo et ad Sancta Christina mea medietate de totum quantum abeo de terris et uineis et casas et casales, et de mobile et terreble, extra quod laxo ad Sancta Maria illa uinea de illo Patro, ad illo magistro V solidos et ad illa confraria V solidos, ad sancti Petra una mesura.

"Et ego Oria Uita facio uobis meo senior similiter, si super me uixereritis quomodo supra scriptum in metipso conenio; ..." (José María Lacarra, *Documentos para el estudio de la reconquista y repoblación del Valle del Ebro (tercera serie)*, en EEMCA, V, 1952, págs. 531-532, doc. 305).

IV. Año 1126, octubre: "Hec est carta donacionis quam facio ego Zolema ad te Tota, uxor mea. Laxo tibi illum honorem quem habui de presone in Osea. Et hoc dimito tibi in uita tua et post tuos dies remaneat francha et ingenua ad sanctum Petrum pro anima mea et si ueneris ad paupertatem, seniores sancti Petri adiuuent te" (Balaguer, *Notas sobre los mozárabes oscenses*, en EEMCA, II, 1946, pág. 413).

V. Año 1133-1134 (?): "... Ego Lope Garcez Pelegrino, placuit mihi libenti animo et spontanea uoluntate et mando et concedo quod post obitum meum de totum quantum mobile habeo quod de totum sedeat inde tota illa medietate de mea mulier donna Maior et sua mula et illos uestimentos de suo corpus, debitos et soldatas de caualleros exitas. Et illa alia mea medietate et meo cauallo et meas armas faciant illam amici mei tres partes: ad opera et seruitio de Sancta Maria de Zaragoza, I<sup>a</sup>, secunda parte ad Ospitale Sancti Sepulcri, tercia parte ad illa caualleria de Templum Domini. Et similiter de tota quanta hereditate quod hodie habeo quod ista carta fuit facta, et de quanta in antea cum illa potuero ganare, quod de totam habeat illam medietatem donna Maior mea mulier, salua et libera ad sua propria hereditate. Et illa alia mea medietate quod teneat illam saluam, et uiuat in illam quamdiu tenerit uiduitatem. Et si post mortem meam acceperit uirum, aut quando obitus illam euenerit, quod faciant illam meam medietatem amici mei tres partes, prima parte ad Sancta Maria de Zaragoza et ad episcopo et successoribus eius qui ibi fuerint, secunda parte ad Ospitali Sancti Sepulcri, tercia parte ad illa caualleria Templum Domini..." (José María Lacarra, *Documentos para el estudio de la reconquista y repoblación del Valle del Ebro (segunda serie)*, en EEMCA, III, 1947-1948, págs. 570-571, doc. 177).

VI. Año 1146: "Hec est carta de testamenti quam iussit facere donna Sancia uxor de Xemen Garcez qui dividunt suo avere mobile per medietate. Xemen Garcez habet medietatem et donna Sancia alia medietatem, et de illa medietate de illa domibus facit tres partes, duas partes per suam animam, terciam partem ad Exemen Garcez, ut bene dividat duas partes pro anima mea, et de illas hereditates quas habui de Petro Sanz, ego donna Sancia propter corpus meum, et de dote mea sicut filii mei agermanaron ad Exemen Garcez, sic mando ut ita sic factum. Insuper, ego donna Sancia dono ad Sanctum Petrum illo campun de Alcoraz pro anima mea. De illas comparas et de illos examplos que ambo fecimus, que siat tenente Xemen Garcez, in diebus suis, cum uxore et sine uxore et post dies de Xemen Garcez, de illas comparas et de illos examplos que fecimus ambo faciant inde III partes, unam ad Sanctum

Ocioso es insistir que no se trata aquí de hacer un estudio sobre el origen y evolución histórica de la viudedad en Aragón y Navarra,

Petrum, alia ad hospitem de Iherusalem, alia ad Sanctam Christinam, et de illa ferregenale que comparamus de Gaiet, post dies de Xemen Garcez, illa mea parte remaneat ad sanctum Petrum, ad enantamento. Et ego donna Sancia laxo in manu de Xemen Garcez totum meum animalium, ut filii et filie mei, nec ullus homo non mitat se super eum, et qui hoc fecerit sacrilegus et anathema iudicetur, et ipse Xemen Garcez defendat se cum omnibus amicis suis" (Del Arco, *Huesca en el siglo XII*, en *II Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Huesca 1922, pág. 441).

VII. Año 1168, diciembre, 26: "Ego At Sanz et mea muliere Sol facimus carta de memoria post obitum nostrum quomodo remaneat pro animas nostras seu diuidant filiis nostris. In primis mandamus qualeque primis obierit que laxet totum in potestate de illo que superuixerit, nisi que donet pro anima de cui requie, in fidelitate stando, et fiat in uita sua duano et posteroso de totum quod habemus, et non ibi diuidant nullam de filias in uita ipsius qui uixerit. Et post obitum nostrum, de me Aat Sanz ea mea mulier, laxauimus pro animas nostras totum mobile que habemus..." (José María Lacarra, *Documentos navarro-aragoneses*, en AHDE, XVIII, 1947, págs. 344-345).

VIII. Año 1189, agosto, 14: "... Hec est carta destinamenti et testamenti quam facio ego Fortunio de Tena filius de Don Fortunio de Tena et de donna Albira filia de sennor Loparcez et de donna Maria Petriz, plenus memoria et in meo sensu bono animo et bona voluntate in presencia Iohannis prioris Oscensis et Galindi de Perola archidiaconi. ... Et laxo ad illam sedem omnes meas hereditates quas ego habeo et habere debeo ex patre et matre mea... Hoc pacto ut donna Taresa mea mulier dum tenuerit uidiuitatem ad fuer huius terre teneat per suas dotes illud de Banastas et de Nuevo et de Laruass pro ecclesia Oscensi neque habeat potestatem vendendi, inpignorandi, peiorandi, donandi, alienandi aliquo modo aliquid in predictis hereditatibus sed post uidiuitatem suam vel mortem si antea non nupserit, redeat totum ad ecclesiam Oscensem liberum quietum et saluum sine mala voce et ecclesia sedis Oscensis accipiat et intret in illud..." (Durán Gudiol, *Catedral Huesca*, II, págs. 431-433, doc. 443).

IX. Año 1196, mayo: "... Hoc est testamentum quod facio ego dopnus Petrus Martha in meo sensu et in mea bona memoria et quod timeo penas inferni et cupio peruenire ad gaudia paradisi ... Et laxo adhuc cum voluntate domne Marthe uxoris mee ad tabulam seniorum illas II tendas quas habemus in carnizariam pro animabus nostros, ut inde habeant seniores mediam singulis annis et ipsi solvant unoquoque anno sepulcras nostras et volo quod domnam Martam uxor mea teneat iam dictas tendas dum uixerit, ita quod numquam possit vendi, nec inpignorari ab ipsa nec ab aliis. Post mortem vero eius si filius vel filia nostra tenuerit dictas tendas et non fecerit bene mediam senioribus singulis annis, claviger sedis Osche enperat illas et possideat semper dictas tendas. Omnia autem alia quam habemus vel habere debemus in cunctis loci laxo in voluntate et in potestate dopne Marte uxoris mee et comando sibi animam meam et quod ipsa sit domina omnium mobilium et immobilium omnibus diebus vite sue. Insuper volo et mando quod accipiat tres dotes quas debet accipere secundum bonam infanzonam ermunam de hereditates quas ambo habemus ubicumque ipsa uoluerit secundum voluntatem suam..." (Durán Gudiol, *Catedral Huesca*, II, págs. 500-501, doc. 522).

X. Año 1198, septiembre: "... Hec est carta... quod ego Garcia Alpaçar... facio testamentum et lexo et dono tibi Orbellito uxor mea illa medietate de mea hereditate... et in tota alia hereditate mea habeat illa medietate in sucortes illa medietate... Et similiter ego Garcia lexo et dono tibi Orbellito illas casas meas qui sunt inter illa porta que ducit ad ipsa villa preminata, ut habeas et possideas totas abintegras sine retinimento de totos tuos dies et post obitum tuum remaneat illa medietate de ilas casas preminatas ad Gaça mea ermana et illa alia medietate habeas et possideas quomodo est supra scriptum... et tu hoc adimplendo habeas et possideas hoc totum supra scriptum

pues ello desbordaría los límites y fines del presente trabajo. Los documentos se estudian sólo con la finalidad de señalar que, en la época

francum liberum et ingenuum securum et quietum per vendere et dare et per impignare ad propriam hereditatem per facere quicquid ex ea et in ea tuam voluntatem tu et omnis generatio et posteritas tua per secula cuncta cum viro et sine viro ad propriam tuam voluntatem..." (Durán Gudíol, *Catedral Huesca*, II, págs. 521-522, doc. 546).

XI. Año 1188, noviembre: "... Hec est carta & auctoritate de donatiuo, quod facio ego donna Tota, filia de don Garciaez de Asin. Placuit mihi de bono corde & de bona uoluntate, quod dono ad uos don Michael Sanz meo filio, Mozota cum totos suos terminos, tota integramente & sine ullo retenimento. ... Et ego donna Tota, dono ad uos don Michael Sanz meo filio, de post meos dies, Aquilar cum totos suos terminos integramente & sine ullo retenimento & illa hereditate de Pina & illa hereditate de Fontes & illa hereditate quod ego habeo in Alhinden, per meo patrimonio toto integramente & sine ullo retenimento. Et est tali conuenio, quod ego donna Tota, quod se deam domina & poderosa de Aquilar & de illa hereditate de Pina & de illa hereditate de Fontes & de illa hereditate de Alhinden, de meos dies & quod ego donna Tota non uenda, nec non inpigne, neque alieniget iam dictas hereditates. Et si desueniat de mihi donna Tota, antes que de don Petro de Sasse, meo marido, que don Petro de Sasse, que teneat uiduite de sus dies in istas iam dictas hereditates, sicut superius scriptum est, tanto quanto ad ille placera, foras de Mozota..." (Luis Rubio, *Los documentos del Pilar. Siglo XII*, Zaragoza 1971, págs. 171-172, doc. 217).

XII. Año 1196, mayo: "... Hec est carta & memoria de destinamento, quod facio ego don Martinus de Malixeg, bene in mea memoria & cum meo bono sensu, tamen positus in infirmitate ... Totum aliud, quod habeo desedente & mouente laxo a done Guillelme uxori mee ut sit domina & poderosa omni tempore & quod nullus de filijs uel filiabus meis, non possit illi facere ullam iniuriam neque contrariam, sed habeat in uita sua ad faciendam inde suam propriam uoluntatem..." (Rubio, *Doc Pilar*, pág. 214, doc. 265).

XIII. Año 1200, noviembre: "Hec est carta & memoria de destinamento, quem faço ego don Bernard de Tripol, in meo sensu & in mea memoria ... et laxo ad mea uxor dona Sobraria, la mia parte de la hereditate que io & ella comprauimus & ganemus in Meçalbarbal integramente extra ullo retinimento in simul, cum illa mea uinea de Corbera & cum illa mea tenda de la roda & cum totum quantum mouile io & ella abemus en Çaragoça & de foras & que lo aia totum hoc per facere totam suam propriam uoluntate, quam de la sua propria causa per infinita secula, adhuc mando que tenea uiduite in illa hereditate, quod habeo in Cesaraugusta & quando acceperit virum aud sedeat mortua torne ista hereditate, en que io li mando tener uiduite ad Michael meo nieto..." (Rubio, *Doc. Pilar*, pág. 232, doc. 285).

XIV. Sin fecha (siglo XII): "... Ego Lupus Eximinius plenus memoria, facio testamentum, ... dono Deo & ecclesie Sancte Marie Cesarauguste pro canonico regulari cum medietate omnium hereditatum, queas habeo in Mezarifa & cum medietate omnium hereditatum, quas habeo in Pisa & cum medietate omnium hereditatum quas habeo in campis. Et si filius meus obierit sine legitimo filio uel filia, laxet aliam medietatem integre predictae ecclesie Sancte Marie Cesarauguste. Istam autem medietatem quam laxo in presenti, tenea doña Oria uxor mea omnibus diebus suis, & uiuat in et ita tamen quod non possit eam vendere uel inpignerare uel alienare & singulis annis persoluat ecclesie Sancte Marie Cesarauguste, in die Sancti Michaelis V solidos et post obitum suum libere & absque ullo impedimento, canonici Sancti Marie recipiant suam hereditatem ..." (Rubio, *Doc. Pilar*, págs. 238-239, doc. 293).

XV. Año 1262, enero, 22: "... Noverint universi presentem paginam inspecturi quod ego Garcia Sangarren, que sto en Osca possado en enfermedat, en mi buen sen e en mi buena memoria, sediendo, teniendo morir e penas de infierno e cobdetrado de venir al goyo de paradiso, por esto fago mi testament que es zaguero e a todos tiempos firme e valedero. Asi que quiero e mando

anterior y coetánea al Fuero General, en modo alguno contienen autorización a favor del cónyuge viudo para poder enajenar fincas en caso de necesidad, lo que contradice y desmiente la interpretación que la doctrina ha atribuido hasta ahora a FGN 4, 2, 3.

En razón a lo expuesto, deliberadamente se prescinde de aquellos documentos que, aun constituyendo interesante precedente sobre el origen y formación de la viudedad, más bien responden a supuestos de comunidad continuada entre el cónyuge viudo y los hijos (219).

---

firmement que nuill otro destin feito ni por fer mio que no aya valor ni actoridat quantra est. E fagolo con assentimiento e voluntat de don Oria, amada muller mia, ella estando delante e atorgando todo quanto que en est mi testament se conteneig... E en tal convenio fago estas lexas e est testament mio que mando e quiero firmament e atorgo que don Oria, muller mia, despos mis dias quiero manga dona e poderossa de todos dias de so vida, de todos nuestros bienes muebles e sedientes, asi que fillo ni filla ni pariant ni parianta que nos ayamos ni omne ni muller dest mundo que no li pueda ren enbargar ni contraria ni mala voz meter en ren segon que dicto es de suso..." (Agustín Ubieto Arteta, *Documentos para el estudio de la historia aragonesa de los siglos XIII y XIV: monasterio de Santa Clara, de Huesca*, en EEMCA, VIII, 1967, págs. 565-567, doc. 15).

XVI. Año 1300, marzo, 19: "... Porque ningún cuerpo carnal de la muert temporal escapar no puede, por esto sia manifestado a todos que yo dona Marquesa Xemenex de Luna, muller del noble don Per Ahones, possada en enfermedad en la misericordia de nuestro Señor Ihesu Christo, temiendo morir et penas del infierno et copdiando venir als gois de paradiso, et porque ninguno non es cierto de la vida dest mundo nin sabe quando a de finir, con atorgamiento et voluntat de don Per Ahones, marido mio, el estando presente et atorgando fago et ordeno est mi postremer testament firme et a todos tiempos valedero... Item lexo et do al dicto don Per Ahones, amado marido mio, el dreyto que yo he et aver devo en las conpras que yo et el fizimos et todo el dreyto que yo e et aver devo en los bienes suyos et mios excepto los dictos morabetinos que prendo segunt que dicto es. Item lexo et do al dicto marido mio todo el dreyto que yo he et aver devo en los bienes que fueron de mi padre et de mi madre et demas hermanos et todos los bienes que yo he et aver debo en qualquiere lugar del regno de Aragon et de Catalunya et de Valencia por qualquiere manera o razón, exceptados los dictos morabetinos que prendo segunt que dicto es; en tal manera et condición lexo los dictos bienes al dicto marido mio que est sia sennyor et poderoso de toda su vida et ...apres dias del dicto marido mio quiero et mando firmement que establezca el dicto don Per Ahones, marido mio, una capiella perpetual honrrada et conplida ..." (Ubieto, *S.ª Clara Huesca*, págs. 590-592, doc. 39).

XVII. Año 1352, diciembre, 21: "Porque persona alguna en el mundo nazida muert corporal escapar non puede, et res en el mundo mas cierto non sia que la muert ni menos cierto que la hora et por esto mientre el seso et la memoria es en la persona, deva dessi et de sus bienes ordenar, por esto sia manifestado a todos que yo Agnes de Puertolas, muyller de Marcho Boyl, lavrador, vezino de Uesca, estando enferma pero Dios loado en mi seso, memoria et paraulas firmement fago et ordeno testament en la forma que se sigue... Item lexo al dicto Marcho marido mio de toda su vida las casas mias de Santa Maria de fuera que pueda tener et possedir et spleytar et despues de su vida que sian proprias de Agnessuca, fillya de Jayme Sant Vicient, nieta mia..." (Ubieto, *S.ª Clara Huesca*, págs. 665-666, doc. 99).

(219) Así, el siguiente documento aragonés del año 1063: "Ego Sancio Galindiz supra nominato mando et destino ut si vixerit super me conjugii mea domina Urraca in suos dies tamdiu illa fuerit non partant ad vlllo de suos filios ni toto isto quod est supra scripto, nisi illum que illa eis quiesierit dare pro grato et sine forti, et habeat mea anima commendata. Similiter ego Urraca

Alguno de los diplomas expresados (220), más que un derecho de usufructo concede a la viuda una simple pensión vitalicia; en otros, el derecho de viudedad se refiere sólo a ciertos bienes determinados (221); no obstante, la mayoría refleja una verdadera viudedad, ya de carácter universal ya referida a una parte importante del patrimonio hereditario (222), pero bien entendido que no se trata de un derecho que al cónyuge viudo corresponda por vía consuetudinaria o legal, sino por libre otorgamiento del otro esposo. Sin embargo, mediado el siglo XIII, la viudedad parece haber alcanzado ya rango de institución legal o, cuando menos, consuetudinaria. En este sentido cabe citar un testamento navarro, del año 1236 (223), por el que el testador, Egidio, lega unas fincas al Hospital de San Juan, de Tudela, y dispone: “*post mortem vero meam volo et mando quod Maria uxor mea teneat suam viduitatem in iamdictas meas hereditates sicut forum est; veruntamen quod non habeat potestatem vendedi nec impignandi nec alienandi ullam de predictas hereditates*”; hay aquí una remisión al régimen de la viudedad *sicut forum est*, sin duda al Fuero de Tudela. Más expresivo, en el mismo sentido, es otro documento navarro, del año 1274 (224), por el cual don Lope Pérez se entrega como donado y transmite unas fincas al Hospital de San Juan, y para seguridad de éste declara que “*solto et quito et de todo el dreito que io he et devo haver por mi et por fealdat de dona Albira mia muiller*”; y añade: “*et por maior firmança io don Lope Perich devantito do a vos freyre Henrrich de Vervilla pior del Hospital de San Johan en Navarra ferme don Ferran de Oyllovarren de todo el dreito que io ni devo haver en Oyllovarren et en sus terminos de palaçios, de heredades, de iermo et poblado, de todo quanto del cielo ata terra et de terra ata el abismo io por raçon de dona Albira mia muiller ni por raçon de fealdat deilla ni por raçon de afilamiento que dona Sancha su ermana me avia afillado e dado, que io ni otro por raçon de mi que nunquas enbargue al Hospital devandito en quanto eillas han ni deven haver en Oyllovarren et en sus terminos*”.

Los diplomas unos son, simplemente, donaciones *mortis causa pro anima*, o en favor de tercera persona, que contienen reserva de usu-

et sic destino, ut si vixerit supra me isto seniore meo supra scripto, in suos dies tamdiu ille fuerit, non ei partant suos filios nec ullos meos ulla causa; et habeat mea anima commendata” (Ibarra, *Documentos correspondientes al reinado de Sancho Ramírez*; *documentos particulares*, Zaragoza, 1913, págs. 3-4).

Ya Alonso Lambán (*Las formas testamentarias*, III, núms. 9-10, pág. 277, nota 821) y Sancho Rebullida (*Viudedad*, pág. 21, nota 23) observaron que este documento, aunque concede un derecho de disfrute al cónyuge viudo, más que una viudedad lo que establece es una especie de sociedad continuada con los hijos; de la sociedad matrimonial continuada, junto con las arras, se derivará más tarde la viudedad.

(220) Así, el XIX de la nota 214.

(221) Vid., nota 214, documentos I, VI, X, XII, XIII, XIV, XVII y XVIII.

(222) Vid., nota 214, documentos II, III, IV, V, VII, VIII, IX, XI, XV y XVI; y nota 218, documentos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI y XVII.

(223) Vid. nota 214, documento XVI.

(224) Vid. nota 214, documento XX.



fructo a favor del cónyuge del donante (225); otros, por el contrario, son verdaderos testamentos conjuntamente otorgados por ambos esposos con concesión recíproca de usufructo a favor de sobreviviente (226), o testamentos unipersonales en que el cónyuge testador reconoce tal usufructo vitalicio a favor del otro, bien sea la mujer a su marido (227) bien, más comúnmente, a la inversa (228).

En algún caso, el testador autoriza a su cónyuge para contraer matrimonio sin, por ello, perder el usufructo (229), lo que prueba que la costumbre suponía la pérdida de la viudedad en el supuesto de casar nuevamente el sobreviviente (230); en otros casos, se concede usufructo sin imponer expresamente la obligación de guardar viudedad, lo que, indudablemente, se presupone (231); finalmente, en muchos documentos, se impone explícitamente el deber de seguir en estado de viudez (232) e, incluso, de guardar castidad (233), y se sanciona el incumplimiento con la pérdida del usufructo.

Ahora bien, en relación al tema objeto de este trabajo, importa fijar la atención sobre los documentos a fin de comprobar si el cónyuge viudo, al menos en determinadas circunstancias, está autorizado para enajenar bienes usufructuados. Pues bien, ni uno solo de los testamentos o donaciones relacionados contiene tal autorización en favor del cónyuge supérstite (234). En su mayor parte, tales documentos tampoco imponen de modo expreso la prohibición de enajenar, aunque el deber de conservar los bienes en favor de los destinatarios se hace patente, y en muchos aparece implícita dicha obligación de no vender ni disponer que, muy posiblemente, no se ordenaba por sobreentendida de acuerdo con el Derecho consuetudinario (235). Y

(225) Vid. nota 214, documentos I, V, VI, X y XIII; y nota 218, documentos IV y XI.

(226) Vid. nota 214, documentos II y XI; y nota 218, documentos I, IV y VII.

(227) Vid. nota 214, documentos IX y XII; y nota 218, documentos VI, XI, XVI y XVII.

(228) Vid. nota 214, documentos III, IV, VII, VIII, XIV, XV, XVII y XVIII; y nota 218, documentos II, V, VIII, IX, X, XII, XIII y XIV.

(229) Vid. nota 214, documento XII; y nota 218, documento VI.

(230) En este sentido, Sancho Rebullida, *Viudedad*, pág. 22, nota 23.

(231) Vid. nota 214, documentos I, II, III, V, VII, X, XVII y XVIII; y nota 218, documentos IV, IX, X, XII, XIV, XV, XVI y XVII.

(232) Vid. nota 214, documentos IV, VIII, IX, XI, XIII, XIV, XV y XVI; y nota 218, documentos I, II, III, V, VII, VIII y XIII.

(233) Vid. nota 214, documento VI.

(234) Es cierto que algún testamento (vid. doc. X de la nota 218) reconoce facultad de libre disposición a la mujer (*habeas et possideas hoc totum supra scriptum francum liberum et ingenuum securum et quietum per vendere et dare et per impignare ad propriam hereditatem per facere quicquid ex ea et in ea tuam voluntatem tu et omnis generatio et posteritas tua per secula cuncta cum viro et sine viro ad propriam tuam voluntatem*); pero es evidente que tal facultad dispositiva se refiere, exclusivamente, a la mitad que el marido reconoce a su mujer en pleno dominio, no respecto a la otra mitad que le deja sólo en usufructo, pues respecto de ésta dispone: "*ut habeas et possideas totas abintegras sine retinimento de totos tuos dies et post obitum tuum remaneat illa medietate de ilas casas prenominatas ad Gaça mea ermana*".

(235) Vid. nota 214, documentos I, II, III, IV, V, VII, VIII, IX, X, XII,

en algunos documentos se recalca, en términos bien precisos, que el viudo usufructuario no podrá vender, donar, enajenar o pignorar. Veamos estos instrumentos:

1) En un documento navarro de 1218, Guillermo de Mirambel hace donación de una casa en favor del convento de Santa María de Irache, de Estella, "*tali modo ut uxor mea Uiuentia teneat istam domum cum orto in omni uita sua, nisi forte luxuriauerit... et non possit eam uendere aut in pignus mittere*"; y añade: "*post mortem uero eius, remaneat integre absque uoce mala monasterio Yraxensi*" (236).

2) El testamento que doña Toda López otorga en 1216 dispone: "*item mando et uolo quod Rodericus de Argaiz viro meo possideat illam turrem de Baltran cum omnia sua hereditate heremam et populatam omnibus diebus uite sue, ille manteniendo suam uiduitatem; tamen quod non habeat potestatem vendendi neque impignandi neque alio modo alienandi, set post dies suos remaneat illis sicut superius scriptum est*" (237).

3) En 1221, Sancha, mujer de Martín de Guirguillano, hace donación de una casa sita en Puente la Reina (Navarra) en favor del Hospital de San Juan de Jerusalén, de Bargota; y ordena: "*tali tamen conueniencia quod si Martin de Guirguilano meus maritus superauerit me de uita, quamdiu steterit in mea fidelitate ita quod non accipiat mulierem ad bendictionem, habeat suo estage in ista domo, set non vendat illam neque impegnat neque alienet*" (238).

4) Más significativo es el testamento que Egidio ordena en 1236, por el que lega unas heredades al Hospital de San Juan, de Tudela, y en él establece que "*post mortem uero meam uolo et mando quod Maria uxor mea teneat suam uiduitatem in iamdictas meas hereditates sicut forum est; ueruntamen quod non habeat potestatem vendendi nec impignandi nec alienandi ullam de predictas hereditates*", y "*ad maiorem firmitudinem de predicto testamento et de predicto donatiuo*" da al Hospital de San Juan "*fidanciam ad forum Tutele*". Es decir, el testador reconoce a su esposa viudedad, según el Fuero de Tudela, con prohibición de vender, empeñar o enajenar (239).

5) Juan Gross, de Puente la Reina, otorga testamento en 9 de mayo de 1236, y lega una viña al Hospital, a la casa de Bargota, y dice: "*e mando la uinea en esta manera: que sua muger fuesse tenient en sua uida e que ella non oviessse poder de enpeynar ni de vender esta uinea devant nopnada*" (240).

6) En la misma línea registramos documentos procedentes de la región aragonesa. En 1189, Fortuño de Tena otorga testamento con disposiciones a favor de la Catedral de Huesca, en los siguientes tér-

---

XIV, XV y XVIII; y nota 218, documentos I, II, III, IV, V, VI, VII, X, XI, XII, XIII, XV, XVI y XVII.

(236) Vid. nota 214, documento VI.

(237) Vid. nota 214, documento XI.

(238) Vid. nota 214, documento XIII.

(239) Vid. nota 214, documento XVI.

(240) Vid. nota 214, documento XVII.

minos: “*et laxo ad illam sedem omnes meas hereditates quas ego habeo et habere debeo ex patre et matre mea... hoc pacto ut donna Taresa mea mulier dum tenuerit viduitatem ad fuer huius terre teneat per suas dotes illud de Banastas et de Nuevo et de Laruass pro ecclesia Oscensi neque habeat potestatem vendendi, inpignorandi, peiorandi, donandi, alienandi aliquo modo aliquid in predictis hereditatibus sed post viduitatem suam vel mortem si antea non nupserit. redeat totum ad ecclesiam Oscensem liberum quietum et saluum sine mala voce et ecclesia sedis Oscensis accipiat et intret in illud*” (241).

7) En otro testamento, de 1196, Pedro Marta ordena un legado de dos tiendas que deja a la Catedral de Huesca por las almas del testador y de su esposa, y puntualiza: “*et volo quod domnam Martam uxor mea teneat iam dictas tendas dum vixerit, ita quod numquam possit vendi, nec inpignorari ab ipsa nec ab aliis*” (242).

8) Finalmente, en un testamento del siglo XII, Lupo Eximeno ordena un legado de la mitad de sus heredades a favor de la Iglesia de Santa María, de Zaragoza, y dispone: “*istam autem medietatem quam laxo in presenti, tenea dona Oria uxor mea omnibus diebus, suis, & uiuat in ea ita tamen quod non possit eam uendere uel inpignerare uel alienare... et post obitum suum libere & absque ullo impedimento, canonici Sancti Marie recipiant suam hereditatem*” (243).

Los documentos reseñados, expresión de una práctica cada vez más intensa y que progresivamente fue elaborando la viudedad navarra y aragonesa, nos muestran en términos bien claros cómo esta institución se entendía durante el período inmediatamente anterior a su consagración por las fuentes jurídicas territoriales del siglo XIII.

F) LOS FUEROS LOCALES DE NAVARRA.—Conviene recordar que, como hace ya tiempo José María Lacarra puso de relieve, el Fuero General “es una compilación hecha en el siglo XIII a base de fueros municipales (Sobrarbe-Tudela, Estella, Jaca y Viguera, principalmente), de disposiciones reales, costumbres y jurisprudencia (fazañas) y otras compilaciones privadas; y que al Fuero de Jaca estuvo aforada Pamplona (desde 1129)” (244). Por ello, considerado el Fuero General, en su condición de fuente territorial del Derecho, como una *iuris continuatio* de los fueros locales navarros, a éstos interesará acudir con frecuencia para la mejor interpretación de aquél. Veamos qué establecen los Derechos locales navarros en relación a la viudedad, voluntaria o legal.

a) Los *Fueros de la Novenera* que, sin duda, reflejan una fase muy primitiva en la evolución del Derecho medieval navarro (245),

(241) Vid. nota 218, documento VIII.

(242) Vid. nota 218, documento IX.

(243) Vid. nota 218, documento XIV.

(244) José María Lacarra, recensión (en AHDE, V, 1928, págs. 520-521) de la obra de José María Ramos y Loscertales, *Fuero de Jaca (última redacción)* Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, 1927.

(245) Gibert, *El Derecho medieval de la Novenera*, en AHDE, XXI-XXII (1951-1952), pág. 1178.

consagran un momento muy retrasado en la formación de la viudedad; ésta aparece tan sólo como concesión voluntaria de un cónyuge a otro. Como derechos legales a favor del viudo, dichos fueros reconocen lo que podríamos llamar *ventajas* o *mejoría* (246). Autorizan al marido respecto a la mujer, y viceversa, para legar uno a otro la respectiva mitad en las heredades de conquista o en los bienes muebles, en pleno dominio y a libre disposición (*por uender o por empeynnar o por fer todas sus uoluntades*) (247); y permiten asimismo que uno de los cónyuges deje al otro *mueble a passadas et hereditat*, siempre que guarden fidelidad (*en su fe estando*) (248). Pero lo importante, en cuanto atañe al tema de nuestro trabajo, es que cuando uno de los esposos lega al otro el usufructo sobre una finca —y pese a que al viudo no se impone fidelidad, pues puede ser *casando o non casando*—, el fuero sí prohíbe al sobreviviente enajenar (*mas no ha poder de uender nin de empeinnarlo*) (249). Los Fueros de la Novenera están muy lejos aún de la viudedad o usufructo de fidelidad que, más tarde, vendrá establecida por la vía del Derecho consuetudinario; pero, en cuanto la admiten como disposición voluntaria, lo hacen con expresa prohibición de vender o empeñar.

b) El *Fuero de Viguera y Val de Funes* representa, asimismo, un estadio muy retrasado en el proceso histórico de formación de la viudedad. Es cierto que habla de *fealdat*, como de un derecho legal, pero referido exclusivamente a las arras. La situación jurídica de la mujer viuda viene asegurada en este fuero a través de las arras, distintas las

---

(246) Fueros de la Novenera, 64: *De leyssa de marido a muiller o de muiller a marido*. Todo hombre o toda muiller que passe d'est sieglo al otro, deue leyssar leyto; si es hombre non podient, aya una márfega e una cólcedra et un plumazo et una almogenia et un liçar del ino et otro d'estopa et un manto corderuno pora los domingos et otro pora cotidiano, quoyal fuere en casa, et la muiller aya esto, demás dos toquas pora cotidiano et una pora los domingos. Et si esto non fuere en casa, a bien uista de dos bonos hombres que'l den leyto (Tilander, *F Novenera*, págs. 56-57).

(247) F Novenera, 207: *De compra que faze hombre con su muyller*. Todo hombre que faga ocmpra con su muyller a bendición, si in óbitu mortis uine, puede leyssar el marido a la muiller su meatat et la muiller al marido otrosí, si quisiere, por uender o por empeynnar o por fer todas sus uoluntades, ferme dando, et mueble a passadas, ferme dando (Tilander, *F Novenera*, pág. 86).

F Novenera, 175: *De leyssa de marido a muiller et de muiller a marido*. Todo ombre que quiera leyssar leyssa ninguna a la muiller o la muiller al marido et fiança'l dé sobre una pieça o sobre una uinna, dé XX kafices de trigo et ferme'l dé; non pueden hi entrar d'aquí que'l den los XX kafices de trigo on tiene fiança, et esto por fuero (Tilander, *F Novenera*, pág. 78).

(248) F Novenera, 87: *De leyssa de marido a muiller o de muyller a marido*. Todo ombre que aya muyller a bendición et uenga in óbitu mortis, puede leyssar marido a muiller o muyller a marido mueble a passadas et hereditat, en su fe estando et dando ferme (Tilander, *F Novenera*, pág. 61).

(249) F Novenera, 239: *De leyssa de marido et muiller*. Todo ombre puede leyssar a su muiller o la muiller al marido I kafiz de trigo de tierra sempnadura et un arienço de uinna, casando o non casando, mas no ha de poder uender nin de empeinnarlo (Tilander, *F Novenera*, pág. 92).

de infanzona y las de villana (250). Nada se dispone de la fealdat como derecho legalmente atribuido al marido.

Separadamente de estos derechos que reconoce a la mujer, F Viguera permite las disposiciones voluntarias que los cónyuges pueden hacerse, con la misma distinción entre infanzones y villanos. El marido infanzón puede dejar a su mujer, o ésta a aquél, “*mueble por siempre*” y “*heredades por espleytar en su vida*” (251). El villano puede dar a su mujer mueble, pero no heredad, y parece claro que sólo en usufructo, ya que “*et después de su muert aurán sus bienes sus herederos*” (252).

Finalmente, el propio fuero permite una especie de *pacto de unidad* o *de mitad*, por el que el marido atribuye a su mujer un a modo de usufructo vitalicio (253).

Lo que sí es preciso destacar es que, en la medida en que F Viguera reconoce la fealdat de infanzona, ya como institución legal (sobre las arras) ya como disposición voluntaria (sobre “*todos los otros bienes que'l dexare su marido*”), es siempre sin facultad de enajenar, ya que si la viuda “*vendiere vna bestia de las mayores o X de las menores*”, el fuero considera que “*quebranta la fealdat e no'l vale quanto mandó su marido*” (254).

(250) Fuero de Viguera y Val de Funes, 384: *De dar arras a su muger*. Todo omne infanzón puede dar a su muger por arras tres de sus heredades o más si quisiere, e si no oujere heredades, dé'l fiador que las primeras heredades que comprare que las aya por arras; e si non qujere dotar su muger en hereditat puédelo dar arras D ss. et más si quisiere; et todas las arras, empués su muert de la muger, deben tornar a los herederos de la rayz (Ramos Loscertales, *F Viguera*, pág. 71).

389: *Arras de villana*. Toda muger villana habrá al menos por arras vna casa cubierta con XII cabrjos e vna robada de tierra por linar e dos peonadas de vinna. Et sí a las arras solas debe haber en todo tiempo, et otra cosa de su marido non puede haber por su fealdat depués de muert d'él, e las arras pierde si fijo oujere que nazca (Ramos Loscertales, *F Viguera*, pág. 72).

394: *De fealdat*. Toda muger infancona terná sus arras e todos los otros bienes que'l dexare su marido en fealdat. Et si casare con otro o toujer fornicador manifiesto, o vendiere vna bestia de las mayores o X de las menores, o tajando árbol que liebe fruyto sin otorgamiento de dos parientes los más cercanos de su marido. Otro árbol puede tajar sin otorgamiento por adobo manifiesto de la heredad. O si mudare limbrar si no por mijoramiento, o si dexare sus fijos andar por puertas pudiendo los acorrer pora vestir e pora comer, quebranta la fealdat e no'l vale quanto mandó su marido (Ramos Loscertales, *F Viguera*, pág. 73).

(251) F Viguera, 312: Todo infanzón puede todo su mueble dar a su muger de bendición por siempre, o por espleytar de sus heredades en su vida, e no'l pueda dar empeynnos heredades por siempre. Et otro tal puede la muger al marido fazer (Ramos Loscertales, *F Viguera*, pág. 58).

(252) F Viguera, 313: *Donación de villano*. Otrosí, el villano bien puede dar a su muger mueble, mas hereditat no; et después de su muert aurán sus bienes sus herederos (Ramos Loscertales, *F Viguera*, pág. 58).

(253) F Viguera, 50: *Qui mete su muger en hereditat*. Otrosí, todo omne que metiere su muger en hereditat o dé su ganado o dé otra hereditat, aya por siempre el ganado e la hereditat pora su vida (Ramos Loscertales, *F Viguera*, página 12).

(254) Vid. F Viguera, 394; texto en la nota 250.

c) El *Fuero de Estella* representa un momento decisivo en la consagración de la viudedad como institución legal. En él hay, no ya una simple comunidad conyugal continuada, como en el Fuero General o en otros fueros, sino un verdadero reconocimiento de la viudedad como auténtico derecho de usufructo establecido legalmente a favor del cónyuge sobreviviente (255). Los textos son explícitos (256). Y la reglamentación de F Estella puede sintetizarse así:

1) El usufructo corresponde sólo a la viuda: “*quantum mulier uoluerit stare in uiduitate, erit domina et potentissima de toto illo auere et de honore*” (257). Nada se dice del marido; sin embargo, parece evidente que la práctica, tal vez influida por la frecuencia de la recíproca concesión entre los cónyuges, hizo extensivo a ambos el derecho de viudedad: así resulta ya establecido en 1269, cuando el rey Teobaldo II aclara ciertas disposiciones de F Estella, y se refiere a “*todo homne ho muyller de Esteylla qui tenga heredamiento en uiduitat*” (258).

---

(255) “El Fuero de Estella —dice Lacruz Berdejo (*Régimen matrimonial*, página 131)— conoce mejor la viudedad universal que la comunidad continuada.”

(256) Fuero de Estella, II, 11, 11: Et si mulier uiuit, et maritus moritur, quamuis sint ibi filii, quantum mulier uoluerit stare in uiduitate, erit domina et potentissima de toto illo auere et de honore.

II, 11, 12: Et si mulier habet filiastris, et filiastris non diuiserunt cum illorum patre partem illorum matris, habebunt filiastris illi in honore et in auere de illorum matre, in quantum examplauit cum illorum patre antequam duxisset istam aliam uxorem; sed in partem patris, quantum mulier uoluerit stare in uiduitate, non habebunt partem in illo honore; sed illum auere mobile diuidetur.

II, 11, 13: Et ipsa manente in uiduitate, non potest uendere nec mitere in pignus illum honorem de filiastris. Sed hoc quod pertinet filiis uel filiabus suis, potest uendere et impignari si necesse est sibi, et necessitas illa sit nota a parentibus uel a uicinis; et etiam per famen filios suos potest uendere (Lacarra-M. Duque, *F Estella*, págs. 102-103).

(257) Ya Hinojosa hizo notar que, para expresar la cualidad de usufructuaria de la viuda, el Fuero de Estella emplea la frase *domina et potens*, usada también en Aragón y Cataluña (Hinojosa, *Sobre la condición de la mujer casada*, cit., pág. 368). Por lo demás, esta frase aparece también en documentos y textos legales de Italia y Francia, lo cual revela un origen común que, al menos en cuanto institución de voluntario otorgamiento, hay que atribuir a la práctica del Derecho romano vulgar.

(258) Nos don Thibalt, por la gracia de Dios rey de Navarra, de Campania et de Bria cuende palazin, fazemos saber a quantos esta nuestra present carta veran et odiran, que como nuestros amados ffrancos de Esteylla sobre cosas que acaecian que non se fayllauan escriptas en so fuero que fuesen planas, por que muchas espensas se fazan entre eyllas en algunas cosas, contrariando los vnos a los otros, clamaron—nos merce que ge—las esclareciessemos et las hy diessemos por fuero, confirmando—las hy con nuestra carta seellada con nuestro seello pendent, es a saber:

Que todo homne ho muyller de Esteylla qui tenga heredamiento en uiduidat, que deue fazer quatro labores, cada uno en su tiempo, escauar, podar, cauar et vinar.

E otrosi, qui touiere casa ho casas en uiduidat, que las tenga en pie, et qui estas cosas non fizies, que pierda el drecho de la uiduidat. (Lacarra-M. Duque, *F Estella*, págs. 64-65).

2) En principio, la viudedad es universal, sobre muebles e inmuebles (*de toto illo auere et de honore*); sin embargo, cuando se trata de usufructo sobre los bienes de los hijastros, recae sólo sobre los inmuebles (*honore*), ya que los bienes muebles están sujetos a partición (*sed illum auere mobile diuidetur*), esto, sin duda, en razón del régimen matrimonial, de comunidad de muebles y de adquisiciones, que viene a recoger F Estella. Por lo demás, parece existir en el Derecho local de dicha ciudad navarra una tendencia favorable, quizá seguida en la práctica, a restringir la viudedad sólo a los inmuebles (259).

3) El usufructo se reconoce a la viuda mientras ésta no contraiga nuevas nupcias; lo demuestran los términos "*quantum mulier uoluerit stare in uiduitate*" (250).

4) La viuda tiene tal derecho haya o no hijos; las palabras "*quamuis sint ibi filii*" dan a entender que, no existiendo hijos, la mujer era igualmente usufructuaria de todos los bienes del marido (261); pero, al propio tiempo, esa misma expresión denota que, en su origen, la viudedad existía sólo en el supuesto de no quedar hijos del matrimonio, pues habiéndolos la situación era más bien de una comunidad continuada entre la viuda y los hijos.

5) Respecto a las facultades de enajenación o disposición sobre los inmuebles objeto del usufructo, la reglamentación del F Estella es la siguiente: a) la viuda no puede vender ni pignorar las heredades de los hijastros sobre las que tiene usufructo (*et ipsa manente in uiduitate, non potest uendere nec mitere in pignus illum honorem de filiastris*); b) por el contrario, se autoriza a la viuda para, en caso de necesidad, vender o pignorar las heredades propiedad de sus hijos (*sed hoc quod pertinet filiis uel filiabus suis, potest uendere et impignari si necesse est sibi, et necessitas illa sit nota a parentibus uel a uicinis; et etiam per famem filios suos potest uendere*); en rigor, esta

---

(259) Un proyecto de reforma del Fuero de Estella— que Lacarra (*Fuero de Estella*, AHDE, IV, 1927, pág. 405) fecha en el siglo XIII— contiene una importante modificación del contenido de la viudedad, que deja reducida a sólo los inmuebles.

Es el II, 12, 12, cuyo texto dice así: Et si mulier uiuit, et maritus moritur, quamuis sint ibi filii, quantum mulier uoluerit stare in uiduitate, erit domina et potentissima tocuis hereditatis; sed ratione uiduitatis non tenebit mobile, sed diudat mobile cum filiis uel filiabus suis, aut cum priuignis, uel cum omnibus illis cum quibus mobile de iure dbet diuidere (Lacarra-M. Duque, *F Estella*, pág. 102).

Compárese este párrafo del proyecto con F Estella II, 11, 11, transcrito en la nota 256.

(260) "Que se trata de usufructo vidual parece demostrado también por el hecho de dividir la mujer con los hijos de sucesivos matrimonios únicamente los bienes que ganó con sus respectivos padres: dabit unicuique filiorum partem de examplamento quod fecit cum patribus suis; de alia causa non.

"Por idéntica razón los hijastros reciben inmediatamente la parte de bienes que correspondían a su madre, pero no los correspondientes a su padre, gravados con el usufructo de la viuda" (Lacruz Berdejo, *Régimen matrimonial*, página 131).

(261) En el mismo sentido se pronuncia Lacruz Berdejo (*Régimen matrimonial*, pág. 131).

facultad de enajenación en caso de necesidad se concede a la usufructuaria, no tanto por razón de viudedad, como por la potestad que ejerce sobre los hijos; se trata, pues, no de una facultad concedida a la viuda usufructuaria sino, más bien, a la madre que tiene a su cargo la guarda y cuidado de los hijos menores, como lo parece evidenciar el propio fuero en II, 11, 14 (262); c) finalmente, nada dice el fuero respecto a la posibilidad de vender o enajenar las heredades usufructuadas cuyos nudo propietarios son personas distintas de los hijos e hijastros; pero, por analogía con este último supuesto, y en razón del fundamento de tal potestad en relación a los hijos, se impone una respuesta negativa, mayormente cuando ningún documento de aplicación del Derecho abona una solución afirmativa.

d) La recopilación comúnmente conocida por *Fuero de Tudela* ofrece un gran interés para estudiar la evolución de la *viudedad* (263), como así la califica en lugar de la expresión *fealdat* que aparece en FGN y en FViguera.

Los materiales que utiliza y reelabora el autor de F Tudela acusan profunda diferencia en cuanto al momento de su formación (264).

(262) F Estella II, 11, 14: Si filius remanserit paruus, et postea peruenerit ad perfectam etatem, et quiesierit matri partem de illo honore et de auere sui patris, de hoc quod erit presens habebit partem in parte patris (Lacarra-M. Duque, *F Estella*, pág. 103).

Sobre la tutela de la madre viuda, según F Estella, vid. Martínez Gijón, *Los sistemas de tutela y administración de los bienes de los menores en el Derecho local de Navarra*, en AHDE, XL (1970), págs. 235-240.

(263) Nada tiene que ver con el usufructo viudal —aun cuando F Tudela la denomina también *uiudedat*— la institución generalmente conocida por *aventajas* o *mejoría*, y que dicho Fuero regula en su párrafo 9, bajo la rúbrica "*De ante part de viuda*", y dice así: "Cauallero ho ifançon ermunio puede sacar por *uiudedat* cauallo o su *caualgadura*, e uaso doro o de argent, e guarniciones de su cuerpo de fierro e de fust, e vn leito e sus uestires. Otrosi duenna ho ifançonade deue sacar por *uiudedat* vna mulla ensellada e enfrenada, e uaso doro o de argent, e su leito (vestido) de las millores ropas, e (los) aniellos e sartas dadas a ella, e (los) vestires e cubiertas de su cuerpo, e esto todo si fuere en casa" (Lacruz Berdejo, *F Tudela*, pág. 23; ms. citado, fol. 7).

El Fuero de Jaca denomina *auantayllas* a esta institución. Vid., redacción B, 136 (Molho, *F Jaca*, pág. 241).

El derecho de *aventajas* ha sido estudiado, respecto a las fuentes aragonesas y navarras, por Lacruz Berdejo (*Régimen matrimonial*, págs. 142-149) y por Dessy López (*Aventajas forales*, ADA, VI, 1951-1952, págs. 115-118); y, en general, en cuanto al Derecho medieval español, por Otero Varela (*Aventajas o mejoría*, AHDE, XXX, 1960, págs. 491-552).

Como dice este último autor (*cit.*, pág. 532), el F Tudela, al involucrar las *aventajas* con la *viudedad*, lo hace tal vez con la finalidad de aplicar a aquéllas la doctrina propia de la *viudedad*, de pérdida caso de contraer nupcias.

(264) Lacruz Berdejo (*F Tudela*, *cit.*, pág. 3) ha señalado las líneas generales de este proceso de formación del F Tudela. "Los materiales —escribe— que constituyen la presente obra son muy variados, y se aprecia en ellos sin dificultad notable diferencia en cuanto al tiempo de su elaboración. Sería preciso un trabajo muy extenso de comparación con los cuerpos anteriores y coetáneos para fijar la fecha probable de nacimiento de las instituciones por ellos configuradas: de un modo general sólo cabe indicar que la parte más antigua es la que contiene ciertos fueros penales, los procesales referentes al sistema probatorio por *ordalías* y *desafíos*, y algunos fueros de Derecho de obligaciones que tratan de la fianza. También las disposiciones de Derecho



En orden a la viudedad legal, frente a textos que la limitan a las arras (viudedad a favor de la mujer) o a la finca donada por los padres a la hija en consideración al matrimonio (viudedad a favor del marido), encontramos otros —sin duda procedentes de una elaboración más tardía, producto de una práctica jurídica cada vez más acentuada— que parecen presuponer la existencia de la viudedad con carácter legal, y con mayor campo de aplicación, tanto a favor del marido como de la mujer. Hagamos a continuación un intento de sistematizar estas normas:

- 1) Viudedad sobre las arras, a favor de la mujer (265).
- 2) Viudedad, a favor del marido, ya sobre heredad que hubiese sido donada a la esposa, por los padres de ésta, en razón del matrimonio (266), ya sobre heredades de conquista (267).

de familia, y las de Derecho sucesorio —que, a fin de cuentas, forman también parte del Derecho familiar— tienen origen muy antiguo, pero se advierte en ellas una modernización posterior, en la cual estriban las diferencias que median en esta materia entre el Derecho tudelano de una parte y el de Jaca y el del Fuero General por otra. Finalmente, y aparte el privilegio dado a Tudela por el rey don Alfonso a raíz de su conquista, muchas normas de Derecho de cosas, Derecho de vecindad y Derecho municipal parecen recientes, así como las dictadas para moros y judíos, salvo los juramentos. El Derecho político procede casi íntegramente del Fuero General, sin modificaciones apreciables”.

(265) F Tudela, 34: *Como se ganan arras por marido o muller cuyas deuen ser*. Si el marido muere ante que la muller, e ouiere fillos o fillas de bendicion, e la madre quiere partir eredat de lur padre con ellos por casar o non casar, e el padre ouiere ganadas las arras con ella, deuen ser estas arras asignadas para los fillos ante que partan, e la madre deuelas tener en sus dias assi que no las pueda dar ni uender ni enpennar ni allenar, mas despues de sus dias que finquen quitas a sus fillos. Et si no ouiere fillos de bendicion e el marido ouiere asignadas las arras a la muller e muere el marido, la muller terra uidedat en aquellas arras pues pierda uiudedat en aquellas arras tornara al linage do uinieron si el marido non de houiere feita donacion a la muller. Et si ouiere fillos e murieren sines edad ante que la madre, ço es si fuere uaron a XIII annos e si muller XII annos, deue la madre heredar aquellas arras por fuero como su propria heredit, pues por ella fueron dadas. Mas si ella ouiere fillos de otro marido estando biuos los del primero, estos segundos non deuen partir en aquellas arras que fueron asignadas por el primer marido con los fillos daquel primero, que assi se auran los fillos del segundo marido las arras asignadas por lur padre sines part de los fillos del primer marido (Lacruz, *F Tudela*, págs. 42-43; ms. citado, fol. 11 vto. y 12).

En el mismo sentido, el texto foral navarro-aragonés contenido en el Ms.-17653 de la B. N., en su párrafo 18, dice: “... E si no ovieren fillos de bendicion, o el marido ouiere asignadas las arras a la muyller e muere el marido, la muyller terrá viduidat en aqueyllas arras, mas pues que pierda la viduidat, aqueyllas arras tornarán al linage ont vienien, si doncas el marido non ent ouiere feyto donation a la muyller...” (Lacarra, *Nuevo texto*, pág. 185).

(266) F Tudela, 22. *De heredit dada en casamiento*. E diolles por fuero que qui casasse su filla, con heredit quel diesse en casamiento, si el padre o la madre deuiessen algo, que el fillo o la filla non respondiessen por ninguna deuda de ellos, pues en casamiento lis fue dada aquella heredit. E sabet que pues esta heredit es dada a la filla en casamiento que non hi aia ninguno poder ni el padre ni la madre si la filla o el fillo colir no los i quisieren. Esto mesmo es quando la heredit es dada al fillo en casamiento. E si muere la filla a qui es dada esta heredit siendo casada el marido puede i tener viudedat e no al si la muller non se la i quisiere dar; esto mesmo es del fillo. E si qualquiere

3) Viudedad, indistintamente a favor del marido o de la mujer, respecto a finca que los padres del cónyuge fallecido hubieren dado a éste por razón de matrimonio (268).

4) Viudedad reconocida, en general, a la mujer sobre los inmuebles propios del marido (269).

---

destos fillos o fillas casados muere et lexa fillos, non pueden los fillos contractar al padre o a la madre nin partir aquella eradat si el no las hi quisiere lexar, ante puede bien casar con aquella heradat si quisiere (Lacruz, *F Tudela*, páginas 33-34; ms. cit., fol. 9 vt.<sup>o</sup>).

Análogamente, el texto foral navarro-aragonés, dispone en su párrafo 11: "E diolis por fuero que qui casare so filla con heradat quel den el padre o la madre en casamiento, que por deuda que el padre o la madre devan aquel fillo o filla casados que no y respondan, que no es aqueylla buena de padre pues dado es en casamiento. Et es a saber, que pues la heradat es dada a fillo o a filla en casamiento, que el marido no y a nuyl poder si la filla acoyllir no loy quiere. Empero sis quiere eylla lo puet fer, e si muere el fillo o la filla el qui vive puede y tener viuidat e non als, si dada nol fore, e nol podrán partir los fillos al padre o a la madre que fore viudo en so viudedat, en la heradat que daba lis fore en casamiento, anç podrá bien casar con eylla" (Lacarra, *Nuevo texto*, pág. 182).

(267) F. Tudela, 108: *De carta feita por escriuano*. Si el padre, teniendo biudedat en alguna eradat de conquista, ante que anyan partido con sus fijos mueble e eradat uende aquella, e los fillos i meten mala boz al que la conpro e la trayen ante el alcalde diciendo que los esta en lur eradat, o el otro dice que la conpro como en su carta parece, e el padre dice a los fillos: "yo so otor que la uendi, e e aqui fiança de dreito": por fuero los fillos deue dar ferme al comprador e auer el pleito con el padre (Lacruz, *F. Tudela*, págs. 118-119; ms. cit., fol. 39 vt.<sup>o</sup>).

(268) F Tudela, 39: *De no tener viudedat en eradat non posesida*. Si alguno casa su filla o su fillo e le manda heradat ho mueble en casamiento enpues sus dias e luego no lel dan e non fuere tenedor el fillo o la filla a qui es mandada, si mueren el fillo o la filla a qui fue mandada, el marido o la muller daquel muerto no i terra viudedat, mas i ouiere fillos e es feita la donación al padre o la madre con carta et con fiança de aquella eradat, los fillos la deuen eredar, e por esto non lexaran de partir en lo al de lur padre o de lur madre do raçon ouieren (Lacruz, *F Tudela*, pág. 48; ms. cit., fols. 13 y 13 vt.<sup>o</sup>).

Igualmente, el texto foral navarro-aragonés, 22: *De tener vydoydut*. E si algun ome o muyller casare so fillo o so filla e li mandare heradat o mueble a so casamiento o apués de los días, e luego no loy dan, e non fore tenedor el fillo o la filla a qui es mandada e muriere, ia por fuero el marido a qui esto es mandado noy terrá viuidat, e otrosi la muyller. Mas si aqueylos ouieren fijos e les fore dado al padre o a la madre con carta e fiança el don, los fillos lo devrán aver et heredar e por eyssno no leyssarán de partir en lo als de lur padre o de lur madre or dreyto et razon ouieren (Lacarra, *Nuevo texto*, pág. 188).

(269) F Tudela, 35: *Como parten bienes de auolorio...* Et si aquel ermano ante que venga muere en otra tierra e non ouiere muller ni fillos, deuen los hermanos partir entre sí esta su part. Et si ouiere muller e viniere, podra i tener viudedat e auer la meitat del mueble. Et si ouiere fillos heredaran la part de lur padre. Et si estos fillos mueren ante de hedat deue tornar esta part al linage do vino (Lacruz, *F Tudela*, págs. 43-44; ms. cit., fol. 12).

Coincide con el texto navarro-aragonés, 19: "... E si por ventura aquel ermano d'otra tierra muere e non viene ni ouiere muyller nin fillos, deven todos los ermanos partir esta so part. E si ouiere muyller, e y viniere, podrá y tener so viuidat et aver la meitat del mueble. E si ent ouiere fillos deven heredar la part de lur padre. E si estos fillos mueren antes de edat, ço es el baron de .XIII. aynos et la mayller de .XII. aynos, deve esta part al linage ont viene (Lacarra, *Nuevo texto*, pág. 186).

5) Finalmente, viudedad tanto a favor de la mujer como del marido respecto a las heredades propias del premuerto (270).

6) En cuanto a facultades de enajenación o pignoración por el cónyuge sobreviviente respecto a heredades en las que tiene viudedad, F Tudela es terminante: en todo caso, prohibición absoluta de disponer. Distingamos los diferentes supuestos: a) respecto a la viudedad sobre las arras, ordena que “*deuen ser estas arras asignadas para los fillos ante que se partan, e la madre deuelas tener en sus dias assi que no las pueda dar ni uender ni enpennar ni allenar, mas despues de sus dias que finquen quitas a sus fillos*” (271); b) la prohibición de vender se afirma, igualmente, respecto a heredades de conquista en que el marido tiene viudedad, si bien, caso de ser vendida la finca antes de la partición, se mantiene la validez de la enajenación respecto al adquirente, posiblemente por razón de seguridad de tráfico, pero quedan a salvo las acciones de los hijos contra su padre (272); c) por último, con carácter general, o sea con referencia a la viudedad sin distinción de supuestos, al enumerar taxativamente las causas por las que se pierde tal usufructo, F Tudela incluye “*por uender*” y “*por enpennar*” (273).

G) LOS DOCUMENTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO POSTERIORES AL FUERO GENERAL.—En este examen de los antecedentes históricos de la viudedad o *fealdat* navarra, se ha podido comprobar que los documentos de aplicación del Derecho y los fueros locales navarros corroboran cumplidamente la interpretación que hemos dado a FGN 4, 2, 3. Y esto se ratifica mediante el estudio de los documentos posteriores al Fuero General, que suponen ya perfectamente conformada la viudedad como institución legal. A continuación exponemos unos trazos esenciales en la línea evolutiva de la viudedad navarra, a través de los datos que proporcionan algunos documentos del Archivo de Protocolos de Pamplona (274).

(270) F Tudela, 128. Vid. el texto en la nota 124.

(271) F Tudela, 34. Vid. el texto en la nota 265.

(272) F Tudela, 108. Vid. el texto en la nota 267.

(273) F Tudela, 25: *Por que se pierde viudedat*. Mandamos por fuero que uiudedat non se puede perder sino por V casos; el uno por casamiento, el segundo por entrar en orden, el tercero por tallar arbol que lieue fruto, el quarto por uender, el quinto por enpennar. Et teniendo assi uiudedat e estando poderoso della el viudo o la uiuda deue fer dreito a los querellantes, assi como la muller teniendo sus claves en la cinta se deue saluar a su marido (Lacruz, *F Tudela*, págs. 35-36; ms. cit. fol. 10).

En los propios términos se expresa el repetido texto navarro-aragonés, 13: *De perder viduidat*. Establimos que viduidat non se deve perder si no por V cosas, ço es por casamiento, o por entrar en orden, o por vender o por enpeynar, o por rancar arbol o tayllar que lieve fruto, e el viudo o viuda curiando se desto e estando en so viduidat, deve ser dreito a los clamantes, fillos o parientes, e deve fer salva como muyller claves en cinta se salva a so marido, estando en possession (Lacarra, *Nuevo texto*, pág. 183).

(274) Este archivo comprende sólo los documentos correspondientes al actual distrito notarial y partido judicial de Pamplona. (Sobre el mismo, puede verse San Juan Otermin, *Indice del Archivo General de Protocolos de Pam-*

Los documentos de los siglos xv al xvii muestran ya que la práctica ha ido elaborando, con carácter general, y como institución establecida consuetudinariamente, la viudedad en favor tanto del marido como de la mujer, referida indistintamente a los bienes inmuebles y a los muebles, y que procede lo mismo en el supuesto de disolverse el matrimonio sin hijos como en el de que haya descendencia. La *praxis* jurídica ha ido eliminando la comunidad conyugal continuada, y la ha sustituido por la viudedad. El camino recorrido por esta institución la sitúa ya muy distante de la ordenación en FGN, donde la viudedad exclusivamente se concede a los infanzones, y sólo en el caso de que el matrimonio se disuelva sin hijos, pues habiéndolos lo que se produce es una situación de prórroga o continuación de la comunidad entre el cónyuge viudo y los hijos (275).

Para una ordenada exposición del tema distinguiremos los puntos siguientes:

a) *Terminología*.—Al referirse a la institución, los documentos utilizan una nomenclatura cambiante:

1) Con frecuencia, usan la misma denominación que FGN, o sea *fealdat* (276), lo que presupone la obligación del cónyuge sobrevivien-

---

*plona*, Pamplona 1942.) Existen, además, los Archivos de Protocolos correspondientes a los distritos notariales de Estella, Aoiz, Tafalla y Tudela.

Huelga decir que ha sido de todo punto imposible hacer una consulta completa del rico fondo documental que contiene el Archivo de Protocolos de Pamplona, lo que, de otra parte, excedería de los fines de este trabajo que —repto una vez más— no pretende ser un estudio acabado sobre el origen y evolución histórica de la *fealdat* navarra. Aunque deseable siempre una exhaustiva utilización de la documentación disponible, pienso que, a los fines de este estudio, son suficientemente indicativos los datos que proporcionan los documentos consultados.

(275) Ese punto ha sido tratado, anteriormente, en este mismo capítulo, III-C).

(276) A título demostrativo, cabe reseñar los siguientes documentos:

I. Contrato matrimonial entre Martín de Berasáin, vecino de Puente la Reina, y Juana González, vecina de Legarda, otorgado el 5 de Diciembre de 1489 ante Martín Brun, notario de Puente la Reina.—“Otrossi es en convenio entre las dichas partes que si caso acaescia deueniesse de los dichos esposo y esposa o de alguno dellos sin creazon o creazones, en tal caso el dicho dote torne e cada uno quede con lo suyo segunt la capitula del fuero dispone y el sobreuiuiue pueda squilmar los bienes del difunto durant su fealdat” (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

II. Testamento de hermandad de los cónyuges Juan de Urbe y Catalina de Villanueva, vecinos de Cirauqui, otorgado el año 1527 ante Martín Brun, notario de Puente la Reina.—“Otrossi ordenamos ... que fornido e complicado este nuestro presente testamento e las mandas e lexas en el contenidas, que todo el residuo que restara e sobrara de todos nuestros bienes muebles assi el cubaje, ganado granado y menudo, dineros, oro, plata, ropas de cama y de vestir, joyas, domestiqueria et cosas del serbicio de casa, apperos de la labranza e quoalessquiere otros bienes assi muebles como terrabiles..., el sobreviviente de quoalessquiere de nos aya defruitar y gozar durant su vida, sin contraste, impedimento ni mala voz alguna... E assi despues los dias de nos... los dichos bienes... sean hasta la valua de hun sueldo, a una con los recibos aya de thener, esquilmar, sfruytar y gozar durante su fealdat manteniendo aquella segun pertenesce, la dicha Maria de Irurre viuda nuestra nuera, estan-

te de seguir sin contraer nuevas nupcias. Ahora bien, ¿igualmente se presume así el deber de castidad? ; o, dicho de otro modo, ¿la vida deshonesta es causa de pérdida del usufructo viudal? Los documentos que conozco no autorizan a formular una conclusión definitiva, aunque en base a algunos parece cabe aventurar una respuesta afirmativa (277).

do en nuestro servicio, e a una con los dichos bienes muebles aya de sfryutar ... todos e qualesquiere bienes ... pertenescientes a Johanot, Martin, Maria e Pelegrina nuestros nietos ..." (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

III. Contrato matrimonial de Martín de Oronoz y María Larrea, vecinos de Leiza, otorgado el 11 agosto 1535 ante Juan de Leiza, escribano de Leiza. "Otrossi que las conquistas que hizieren los dichos Martin de Oronoz y Maria conjuges durante su matrimonio ayan de ser y sean a medias conforme al fuero y leyes deste reyno de Nabarra, y asi mismo cada uno dellos pueda e aya de gozar en fealdat conforme al dicho fuero" (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

IV. Contrato matrimonial de Juan de Verrioçar y Graciana de Echeberri, vecinos de Aycanoa, otorgado el 1 de abril 1555 ante Juan de Elizondo, notario de Elizondo.—"Otrossi es acordado ... que si Dios ordenare de morir del dicho Juanes de Verrioçar antes de consumir y celebrar matrimonio entre su hijo del dicho Juanes y la hija de la dicha Graciana o la hija del dicho Juanot d'Echeberri, que durante su fealdat sea poderosa en su viudaje en la casa del dicho Juanes, y poderosa sea entretenida en la dicha casa. E si ella quisiere yr afuera de la dicha casa, a su ventaja que pueda ir tomando su dote y sus joyas, adonde quisiere y tobiere por bien sin ninguna detención, agora sea por casamiento o como le pareciere" (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

V. Testamento del licenciado Juan Ximénez, vecino de Puente la Reina, otorgado el 25 noviembre 1559 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina.—"Iten digo que de la dote de mi muger doña Joana de Solchaga me dio my señor mil ducados sobre Mendabia los quales yo recibí y los torne a poner a censo y quiero pues yo los recebi en censo que se le restituyan a censo de los censos que se me deben en caso de restitucion conforme al contrato de entre ella y my reseruandole a su mera disposicion las conquistas y mejoras hechas durante nuestro matrimonio conforme al fuero de este reyno por su metad y el vsufructo de mis bienes durante su fealdad" (*APP*, núm. 742, año 1559, doc. 2).

VI. Contrato matrimonial de Juan Barbo y Catalina López, vecinos de Dicastillo, otorgado el 8 enero 1561 ante Martín Belenguer, notario de Puente la Reina.—"Itten que en cassa que el dicho matrimonio se dissolbiere por muerte del dicho Juan Barbo en bida de Maria de Amies su madre que la dicha Maria de Amies sea señora y mayora de sus bienes y de los que fueron de su dicho marido como agora lo es, y la dicha Cathalina Lopez sea entretenida y alimentada como lo sera en bida del dicho Juan Barbo su esposo y marido y que despues de la muerte de la dicha Maria de Amies la dicha Cathalina Lopez goze en su fealdad y viudad de los vienes y hazienda del dicho Juan Barbo su marido, y por lo mesmo que el dicho Juan Barbo goze en su fealdad y viudad de los bienes de la dicha Cathalina Lopez conforme al fuero deste Reyno de Nabarra" (*APP*, sin núm. de orden, año 1561, doc. 1).

(277) Testamento de Catalina de Gortayria, vecina de Oronoz, otorgado el año 1547 ante Juan de Elizondo, notario de Elizondo.—"Y mas mando y ordeno que el dicho... mi marido sea sennor mayor en la dicha mi casa de Gortayria en tanto que vibiere y tenga la mitad de la dicha mi casa, con esta que goarde mi honrra" (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

Conviene recordar aquí que, según FGN 4, 2, 3, perdía la fealdat el infanzón que volviera a contraer matrimonio, aunque fuese a furto o a iuras, pero no el que tenía manceba. "Si por aventura —dice el fuero— casare á furto por no perder las fealdades, á iuras o de otra manera, diziendo que la tiene por clavera ó por manzeba, et si podieren probar con ombres que fueron en

2) En otros documentos, más bien encontramos fórmulas análogas a las que utilizan F Estella y F Tudela. Recordemos que el primero (II, 11, 11) dice que si la mujer “*uoluerit stare in uiduitate, erit domina et potentissima de todo illo auere et de honore*” (278); y que F Tudela (25) declara: “*temiendo assi uiudedat e estando poderoso della el viudo o la uiuda*” (279). Los términos *señora*, *mayora*, *poderosa* y *usufructuaria* aparecen usualmente en los documentos de esta época (280).

---

logar á la iura, ó en el casamiento, pierda fealdat; et si non podieren provar, prenga su iura cada ayno, et déxenlo en paz” (Iarregui-Lapueta, FGN, página 88).

Tampoco F Tudela 25 considera el amancebamiento entre las causas taxativas que establece para pérdida de la viudedad (vid. el texto en la nota 273); y lo propio cabe sostener respecto a F Estella II, 11, 11 (vid. texto en nota 256).

Respondiendo, sin duda, a un cambio en las concepciones morales, y tal vez por influencia religiosa, textos posteriores al Fuero General vienen a considerar la vida deshonesta como causa de pérdida de la *fealdat*. Recientemente, José María Lacarra (*Las Cortes de Aragón y Navarra en el siglo XIV*), en Anuario de Estudios Medievales, 7, 1970-1971, pág. 651) ha dado a conocer una ley, recogida en algunos manuscritos de FGN, que fue aprobada por las Cortes reunidas en Olite durante los meses de noviembre y diciembre de 1398, por la cual se dispuso que la viudedad se perdía no sólo por casar, “*segunt fuero antiguo*”, sino por “*amigar*”.

Esta norma se reproduce, pocos años después, en el Amejoramiento del Rey Carlos III el Noble (año 1418), cuyo capítulo IX dispone lo siguiente: “*Que dice que en aquella manera que se pierde por fuero la fealdat &.*—Como antes de agora aviamos feito et ordenado ordenamos et establecemos de present por mejoramiento de fuero que en aquella manera que se pierda por fuero la fealdat por tajar que en aquella mesma manera se pierda por amigar” (*Biblioteca de Derecho Foral, I. Fuero General de Navarra*, Pamplona 1964, página 281). La doctrina se recoge en el Fuero Reducido (3, 2, 3); cuyo pasaje ha sido reproducido en nota 89.

Contra la opinión mantenida por algunos autores respecto a la vigencia o no del cap. IX de dicho Amejoramiento, parece evidente que fue recibido en la práctica, y así lo entienden autores navarros de la época. Martínez de Olano escribe: “*etiam soluto matrimonio, si superstes, siue sit maritus, siue uxor non nubat, & castè vixerit, habet vsumfructum bonorum defuncti donec permanserit in uiduitate*” (*Concordia*, pág. CXXIII, núm. 97); y más adelante añade: “*In regno Nauarre amittit vsumfructum doarrij, quem habebat in bonis mariti, si castè vixisset. cap. 1. tit. 2, lib. 3. fori: & idem seruatur in marito si luxuriosè viuat*” (*Concordia*, pág. CCXLVIII, núm. 14). Y en el mismo sentido, escribe Armendáriz: “*Amittitur & vsufructus por amancebamiento. c. 9 del amejoramiento del señor Rey don Carlos*” (*Adiiciones*, folio 164 vt.º, núm. 3).

(278) Vid. el texto en la nota 256.

(279) Vid. el texto en la nota 273.

(280) Así, por ejemplo, los siguientes documentos:

I. Contrato matrimonial de Martín Pérez, vecino de Puente la Reina, y Graciana de Arbizu, vecina de Artazu, otorgado el 17 septiembre 1507 ante Martín Brun, notario de Puente la Reina.—“*Y durant su vida el dicho Joahn Periz e Gracia de Oroz su dicha mujer ayan de ser y sean señores e mayores en todo y por todo*” (*APP-M. Duque y G.ª Larragueta*).

II. Contrato matrimonial de Juan de Elzaburu, vecino de Elzaburu, y Juana de Juarbe, vecina de Beunzarrea, otorgado el 10 octubre 1536 ante Martín de Cenoz, notario público de Villava.—“*Iten fue firmado y concludo entre las dichas partes que las creatura o creaturas que Dios les dara a los dichos conyuges casados constante su matrimonio ayan de suceder y heredar*

3) En ocasiones, la yuxtaposición de términos diversos es aún mayor: a la expresión *fealdat* se suelen añadir las denominaciones que

los tales bienes de los dichos Joannes de Eçaburu y de la dicha Joana su esposa y muger; y en caso que abiendo creatura o creaturas vibientes deste matrimonio faltasse de alguno de los dichos conjuges casados que en tal caso el sobreviviente dellos sea sennor y mayor en la dicha casa y bienes en su vida y se pueda casar a la dicha casa con alguna creatura que Dios les dara, y en casso que faltasse de qualquiere de los dichos casados sin tener creatura o creaturas vibientes deste su matrimonio que en tal caso a cada uno dellos se le balga su drecho y action..." (APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta).

III. Testamento de Catalina de Gortayria, otorgado el año 1547. Vid. la parte transcrita en nota 277.

IV. Testamento de hermandad de los cónyuges Pedro de Azpíroz, zapatero, y Gracia, vecinos de Olo, otorgado el 15 diciembre 1548 ante Juan de Viguria, notario de Asiáin.—"Item ordenaron que el sobreviviente de uno cualquiera d'ellos sea poderoso de todo como si fueran los dos juntamente" (APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta).

V. Testamento de hermandad de los cónyuges Martín de Saldías y Maricho de Ramus, vecinos de Leiza, otorgado el 18 diciembre 1551 ante Juan de Leiza, notario de Leiza.—"Otrossi hordenamos y mandamos en la dicha conformidad y es nuestra voluntad que si por caso acaciese morir primero que yo el dicho Martin la dicha Maricho mi muger o yo que la dicha Maricho, que en tal caso el sobreviviente de cada de nosotros sea señor y usufructuario en todos nuestros bienes assi muebles como rayzes, cumplido lo de parte de suso por nosotros hordenado y mandado, e despues de sus días del tal sobreviviente pueda e aya de nombrar heredero a quien paresciere dara mejor cobro de nuestros hijos sobre nuestra hazienda y el tal hijo que el tal sobreviviente de nosotros heredare y nombrare por heredero, herede los dichos nuestros bienes assi muebles como rayzes todabia en su vida, quedando por señor como dicho es, con todos los cargos que allende de lo por nosotros en este testamento mandado y hordenado le encargare y mandare el tal sobreviviente" (APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta).

VI. Testamento de Juan de Esparza, vecino de Añorbe, otorgado el 18 marzo 1553 ante Juan García de Ucar, notario de Obanos.—"Item ordeno y mando y dexo a mi muger señora y mayora en toda su vida y la onren y obdezcan como a mi" (APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta).

VII. Testamento de hermandad de los cónyuges Miguel de Ayceráin y Gracia de Arteta, vecinos de Arteta, otorgado el 9 mayo 1557 ante Juan de Viguria, notario de Asiáin.—"Ytem ordenamos ...que el sobreviviente de cada uno de nos, durante nuestra vida seamos como ata agora hemos sido, señores y poderosos de todos nuestros bienes terribles y muebles" (APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta).

VIII. Testamento de María de San Martín, mujer de Juangarcía de Satrústegui, vecina de Pamplona, otorgado el 5 de diciembre 1558 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina.—"Iten quiero hordenar mando y es mi voluntad que si el dicho Joangarcía de Satrústegui, mi dicho marido, me sobreviviere, a my la dicha testadora, que todos los dichos mis bienes, muebles y terribles, aya de tener gozar y aprovechar durante su vida casandose con vna hija de las dichas tres hijas dentre my la dicha testadora y el dicho mi marido con aquella que mejor bien visto le fuere al dicho mi marido, al qual desde agora, para entonces y dentonces para dagora le nonbro por señor y mayor de los dichos mis bienes casando con la condición susodicha, y quiero hordenar y mando que a las otras dos hijas que quedaran, sea tenido de les dar y pagar para sus dotes y casamientos a cada una dellas cada cient ducados de oro viejos y sus camas de ropa y sus vestidos a la qual dicha hija que el dicho mi marido escogiere para el dicho su casamiento le instituyo y nonbro aqui en este mi presente vltimo testamento por my heredera vniversal de todos los dichos mis bienes muebles y terribles desde agora para entonces y dentonces para dagora, y quiero y mando que vltra la dicha legi-

se acaba de reseñar (*señora, mayora, poderosa, usufructuaria*) (281), lo que significa que al concepto que exige el deber de guardar fide-

tima les sean pagadas a las dichas, otras mis hijas, las dichas sus dotes como de suso esta declarado" (*APP*, núm. 742, año 1558, doc. 3).

IX. Testamento de Juan de Artazu, vecino de Puente la Reina, otorgado el 30 julio 1559 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina.—"Iten... fago instituyo, y nonbro, en este mi dicho presente testamento por mi heredero vniversal de todos mis bienes, muebles y terribles que yo he y tengo en la dicha villa y fuera della en qualquiera otra parte, es a saber a my hijo Joan de Artazu, al qual ruego que quiera efectuar y cumplir este mi presente vltimo testamento y las mandas y lexas en el contenidas dexando como dexo, a mi muger Joana de Arteta por señora y mayora de todos los dichos mis bienes en sus dias, al qual ruego que quiera tener mi anima por encomendada..." (*APP*, núm. 742, año 1559, doc. 4).

X. Testamento de hermandad de los cónyuges Luis de Arbeloa y Catalina de Yrunyela, vecinos de Puente la Reina, otorgado el 14 marzo 1563 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina.—"Iten queremos hordenamos y mandamos y por este mio dicho vltimo testamento instituyamos y nonbramos por mio heredero vniversal de todos mios bienes muebles y terribles rreserbando como de echo rreserbamos para noshotros y para el sobreviviente de cada vno de nos, dos pieças de tierra blanca de traer pan que noshotros y cada uno de nos tenemos situadas en los terminos del lugar de Mañeru en la parte llamada Basagayz que seran las dos de diez rrobadas poco más, o menos, ..., es a saber, a Joanes de Arbeloa mio hijo para despues de los dias de cada uno de nos, quedando noshotros los dichos testadores y el sobreviviente de cada uno de nos señores y mayores en nuestros días y de cada uno de nos de los dichos mios bienes muebles y terribles con expressa condicion y conbenio que si el dicho Jones de Arbeloa mio dicho hijo y heredero se casare sin la voluntad de noshotros los dichos testadores y del sobreviviente de cada uno de nos y fuere desobediente a noshotros y a cada uno de nos que en tal caso el sobreviviente de cada uno de nos le aya de dar por todo el derecho que en mis bienes pretende tener cient ducados de oro viejos, y lo pueda desheredar y apartar del dicho herencio y dar los dichos mios bienes a la dicha mia hija Ynessa de Arbeloa..." (*APP*, núm. 742, año 1563, doc. 1).

XI. Testamento de Miguel de Arazuri, vecino de Arteta, otorgado el 18 abril 1572 ante Juan de Viguria, notario de Asiain.—"Porque estaba con grabe dolencia y por ello por esta ordinación, que elije y crea y nombra por poderosa y señora de todos sus bienes terribles y muebles mobientes y semobientes, a Tteresa de Arteta, su legittima muger, para que ella en todo general y particularmente aya de ser y sea poderosa y distribuya y ordene y disponga a su voluntad en todos ellos como si entrambos junto vibiendo hubieran ordenado y distribuydo aquellos o el a solas, y pueda nombrar heredero d'ellos de sus hijos d'entrambos, a quien o quienes quisiere, y dando y señalandoles su legittima de parte de vienes terribles y muebles, y añadiendoles lo que quisiere, y de los demas bienes en su nombre d'el y por el los aya de desheredar y los desherede, y para todo le da y otorga todo su poder cumplido en todo, como si el mismo Miguel de Arazuri, en aquello que su muger dispusiere, su testamento y ordinacion particularmente hiziera nombramiento de heredero y desheredacion a los mas de sus hijos como dicho es. Y por la brebedad y grabedad de su dolencia concluyo y cerro con esto en todo su hordinacion" (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

XII. Testamento de hermandad de los cónyuges Martín de Armaynat y María Pascual, vecinos de Cirauqui, otorgado el 11 octubre 1574 ante Pedro de Jacua, Notario de Puente la Reina.—"Iten hordenamos disponemos y mandamos que cada uno de noshotros los dichos testadores y el sobreviviente de cada uno de nos sea señor y mayor y vsufructuario en sus dias de todos los bienes que oy dia tenemos y posehemos en la dicha villa de Arangori y sus terminos, y que el sobreviviente de cada uno de nos despues de echas las honrras y funeralias del que primero deveniere pueda e aya de tener mano



dad *post mortem* se acumulan los que determinan el contenido esencial de la institución.

4) Finalmente, algún documento habla sólo de que “*el sobreviviente goze y usufructue los bienes del defunto durante sus días*” (282). Con el transcurso del tiempo, cada vez parece afirmarse más el empleo de la voz *usufructo* para referirse a la viudedad.

b) *Inventario y fianza*.—Cabe conjeturar que, aun antes de que la ley 91 de las Cortes de Pamplona de 1586 exigiese al cónyuge viudo, bajo pena de pérdida del usufructo, la formalización de inventario (283), ya por costumbre se precisaba que el viudo cumpliera las

---

de disponer y ordenar de los bienes de cada uno de los dichos testadores en mis sobrinos en aquel, o aquellos que mejor bien visto le fuere, y mejor sean descargadas nuestras conciencias dello de demas de todos los dichos mis bienes rrayzes y muebles para todo lo qual cada vna y parte dello y todo lo pendiente y anexo dello los dichos testadores y cada uno dellos por lo que a ellos y cada uno dellos toqua y atane se dieron el vno al otro, et visceversa todo su entero y cumplido poder en todas sus incidencias y dependencias anexas y con igual y con libre y general administracion” (APP, núm. 742, año 1574, doc. 3).

(281) Testamento de Perucho de Alberro, vecino de Santesteban, otorgado el 3 julio 1554 ante Pablo de Esáiz, notario de Santesteban.—“Item ordeno, mando y dexo por señora e mayora y usufructuaria general de todos mis bienes muebles y rayzes, derechos y acciones a la dicha Maria de Narbarte mi muger, para durante toda su vida y guardando ella mi fidelidad conforme al fuero d'este reyno” (APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta).

Contrato matrimonial de Juan de Lumbier, vecino de Pamplona, y Angela de Artazu, vecina de Estella, otorgado el 18 agosto 1557 ante Pedro de Jacua, notario de Puento la Reina.—“Iten fue tratado y conbenido entre las dichas partes que en casso que debeniere, antes del dicho Joan de Lumbier que de la dicha Angela de Artaçu, o de la dicha Angela que del dicho Joan de Lumbier que en tal casso el sobreviviente de cada uno dellos sea señor y mayor y hussufrutuuario de todos los bienes del presente contrato durante su fealdad” (APP, núm. 742, año 1557, doc. 1).

Testamento de Juanes de Luzuriaga, vecino de Puento la Reina, otorgado el 31 marzo 1565 ante Pedro de Jacua, notario de Puento la Reina.—“Instituyo y nombro por mi heredero vniversal de todos mis bienes muebles y terribles, a Joanes de Luçuriaga mi hijo para despues de los dias de mi el dicho testador y de mi padre Joan de Luçuriaga, dexando como dexo a mi muger Violante de Azcona por señora y mayora durante su fealdat de todos los dichos mis bienes conforme al fuero deste Rreyno de Nauarra” (APP, núm. 742, año 1565, doc. 3).

(282) Así, por ejemplo, el doc. VIII de la nota 291.

(283) Ley 91 Cortes de Pamplona 1586: *Que en los contratos Matrimoniales se especifiquen los bienes por rolde, y que también se haga inventario de los bienes de el difunto, pena de perder el usufruto*.—Por no especificarse en los contratos matrimoniales, en particular los bienes que se donan, y no hacerse rolde de ellos: y por no se hacer inventario de bienes quando alguno muere, suelen suceder muy grandes daños, é inconvenientes, y pleitos, no pudiendose probar los bienes donados, y los que dexan los difuntos al fin de sus dias, muchas veces acaesce gastar, y consumir mas de lo que aquellos valen. Y los pleitos, y processos de esta calidad son los que mas embarazan el despacho de los negocios. Por ende, suplicámos a vuestra Magestad, para remedio de esto mande por Ley perpetua, que en todos los contratos matrimoniales los Escrivanos que los testificáren, so alguna pena sea tenidos, y obligados á especificar en particular por rolde, y afrontaciones todos los bienes que se donan. Y que quando alguno muriere el marido, ó la muger, que sobreviva

obligaciones de hacer inventario y prestar fianza. Así se deduce de un testamento, del año 1552, en que la testadora —Catalina de Agorreeta, vecina de Pamplona— deja a su marido Francisco Maldonado, “durante su vida... señor y poderoso, y tenga, goze y posea todos los dichos mis bienes”; y le dispensa expresamente de tales obligaciones,

---

dentro de treinta días haya de comenzar á hacer, y dentro de otros treinta acabar de hacer inventario de todos los bienes del marido, ó la muger predifunto. Y en caso que no lo hiciere, pierda el usufruto, que en ellos había de tener conforme al fuero, ó disposición del tal difunto, ó difunta, ó contrahechos, y no haga suyos los frutos. Y si alguna cosa ocultare, sea tenido á restituirla con otro tanto mas de sus propios, á quien pertenezca la tal cosa, acabado el usufruto.—*Decreto*: Ordenámos, y mandámos, que se haga como el Reino lo pide: y la pena del Escrivano sea suspension de el tal oficio por tiempo de dos años (Nov. Rec. 3, 14, 1: Elizondo, *Nov. Rec.*, II, pág. 641).

Posteriormente, la ley 10 de las Cortes de Pamplona de 1624 determinó que el plazo había de empezar a contarse desde la fecha del fallecimiento. “*Los sesenta días del inventario corran desde el día de la muerte del predifunto sin requerimiento, ni mandato, pena de restituir los frutos.*—Por la Ley I. lib. 3, tít. 14. de la Recopilación de los Síndicos está dispuesto, que el marido, ó la muger que sobreviva dentro de treinta días, haya de empezar á hacer inventario, y dentro de otros treinta acabarle; y en caso que no hiciere pierda el usufruto, y no le pueda tener; y sobre la inteligencia de esta Ley há havido muchos pleitos, y sentencias encontradas, por que muchos sienten, que estos dias no empiezan á correr hasta que sea requerido el tal sobreviviente: y otros sienten, que empiezan á correr desde el día de la muerte del predifunto: y esto ultimo es mas conforme á la Ley, y lo dispuesto por derecho: y porque no haya duda adelante, y cesen pleitos. Suplicámos á vuestra Magestad mande proveer por Ley, que los dichos sesenta dias empiecen á correr desde el día de la muerte del predifunto, sin que haya necesidad del requerimiento, ni mandato de Juez, y que no cumpliendo con esto tenga obligacion de restituir los bienes con frutos desde el día de la dicha muerte, sin que quede recurso de restitución, ni otro alguno, y que esto se entienda aun en los casos anteriores donde no huviere litispendencia.—*Decreto*: Ordenámos, y mandámos, que los sesenta días empiecen á correr desde el día de la muerte del predifunto, sin que sea menester requerimiento, ni mandato de Juez, y no cumpliendo con esto, tenga obligacion el sobreviviente de restituir los bienes con frutos desde el día de la muerte” (Nov. Rec. 3, 14, 2: Elizondo, *Nov. Rec.*, II, pág. 642).

El plazo de treinta días para iniciar el inventario, y de otros treinta para terminarlo, fue ampliado a cincuenta días para cada uno de dichos supuestos, según dispuso la ley 49 de Cortes de Pamplona 1765-1766: “*Que los Inventarios, se empiecen á recibir dentro de 50. dias, y se concluyan dentro de otros 50. contados de la muerte, y que en los Contratos se describan los bienes donados.* S. C. R. M.—Los Tres Estados de este Reyno de Navarra, juntos, y congregados en Cortes Generales por mandado de V. M. decimos: Que en atención, á que por no especificarse en los contratos Matrimoniales los bienes, que se donan, haciendose rolde individual de ellos, y no recibirse inventario de bienes, quando alguno muere, ocurrian muchos inconvenientes, gastos, y pleytos, no pudiendose probar los bienes donados, ni los que al fin de sus dias dexan los que mueren; se determinó por la Ley 1. Tit. 14. Lib. 3. de la Novissima Recopilacion, que en todos los Contratos Matrimoniales, los Escribanos, que los testificassen, fuessen tenidos, y obligados, baxo la pena de privacion de Oficio por dos años, á expecificar por rolde, y afrontaciones los bienes, que en ellos se donan; y que quando alguno muriere el Marido, ó Muger sobreviviente dentro de treinta dias haya de empezar á recibir el Inventario de bienes, que dexó el predifunto, y concluirlo dentro de otros treinta, baxo la pena de perder en caso contrario el usufruto, que en dichos bienes debia tener, conforme al Fuero, ó disposicion del difunto, ó difunta,

pues “quiere y hordenó y es mi voluntad que después de mis días ninguno de mis herederos universal ni otro alguno no le pueda apremiar ni apremie a hazer inventario ni dar fianças algunas de mi dote ni vienes al dicho Francisco Maldonado mi dicho marido en ninguna manera” (284).

ó de los contrahentes, y la de no hacer suyos los frutos, y en el caso de ocultar alguna cosa, sea tenido, y obligado á restituirlo con otro tanto mas de sus propios bienes á la persona á quien le pertenezca, acabado el usufructo; y por la 2. del mismo Lib. y Tit. se dispuso, que dichos sesenta dias, corriesen desde el de la muerte del predifunto, sin necesidad de requerimiento, ni mandato de Juez, con la obligacion de restituir los bienes con los frutos producidos, y causados desde la muerte de aquel, siempre, y quando no cumpliesen en recibir el Inventario en la forma referida; cuyas Leyes, no han tenido, ni tienen la precisa correspondiente observancia, que se merecen; pues ni los viudos formalizan sus respectivos Inventarios, hasta que por Justicia son requeridos, é interpelados, ni en los Contratos Matrimoniales se describen con la especificación prevenida los bienes, que en ellos se donan, de que se xiguen, y experimentan los daños, y perjuicios, á que dichas Leyes quisieron ocurrir, y siendo preciso el restablecimiento de éstas, para que no se continuen aquellos.

Suplicamos á V. M. con la mayor veneración, y rendimiento, que de aquí adelante el Marido, ó Muger sobreviviente, deba precisamente empezar á recibir Inventario de los bienes, que dexó el predifunto, dentro de cinquenta dias, y concluirlo dentro de otros cinquenta, contados desde el dia de la muerte de éste, y no desde el requerimiento, interpelación, ó mandato de Juez, baxo las penas contenidas en dichas Leyes, que se han de executar irremisiblemente; y que ningun Escribano Real, pueda testificar Contratos Matrimoniales, sin que en ellos se haga Inventario, y descripción de los bienes donados, pena de privacion de oficio por dos años, observando puntualissimamente en uno, y otro caso la disposicion de ambas Leyes; que assi lo esperamos de la inalterable justificacion de V. M. y en ello, &.—*Decreto*: Pamplona, y su Real Palacio á 7 de febrero de 1766.—Hagasse como el Reyno lo pide” (*Cuadernos de las leyes y agravios reparados por los tres Estados del Reino de Navarra*, I, Pamplona, 1896, Cortes de 1765-1766, pág. 56).

(284) Testamento de Catalina de Agorreta, vecina de Pamplona, otorgado el 11 de enero de 1552 ante Juan Arano, notario de Yaben.—“Item hordenó, y mando e instituyo por mi heredero universal de todo lo remanente de mis vienes muebles y terribles, drechos y acciones a mi pertenecientes..., cumplido todo lo susodicho, a Maria Maldonado, mi hija legitima y del dicho Francisco Maldonado mi dicho marido, para que los aya y herede. Enpero todavia quiero y es mi voluntad y mando que durante toda su vida el dicho Francisco Maldonado marido, casando o no casando una o quantas vezes quisiere... aya de ser y sea señor y poderoso y tenga, goze y posea todos los dichos mis vienes... sin que la dicha mi hija ni heredera ni otro alguno pueda pedirle cosa alguna en virtud d’este mi dicho testamento ni otramante, al qual por las mismas presentes para en caso que la dicha Maria nuestra hija muriere sin hijos, le instituyo y nombro mi heredero universal de todos los dichos mis vienes... Pero todavia quiero y mando que el dicho Francisco Maldonado en caso se quisiere casar... que con la dicha Maria su hija y mia al tiempo que ella viniera a casar, le aya de dar y de ... la mitad de todos los dichos mis vienes ... y dote, a una con todas mis joyas para ayuda de se casar, y en el caso sobredicho la otra mitad de los dichos mis vienes ... y dote lo aya y herede el dicho Francisco Maldonado mi dicho marido sin parte de la dicha su hija e mia, lo qual hordenó y mando por el amor y buena voluntad que entre el dicho mi marido e mi han hovido y ay, y por los muchos serucios que me ha hecho y haze y por otros justos respetos... Y quiero y hordenó y es mi voluntad que después de mis días ninguno de mis herederos universal ni otro alguno no le pueda apremiar ni apremie a hazer inventario ni dar fianças algunas de mi dote ni vienes al dicho Francisco Maldonado mi

No obstante, parece deducirse que, hasta que la ley 10 de las Cortes de Pamplona de 1624 dispuso que el plazo para formalizar inventario se contase desde la fecha del fallecimiento (285), con anterioridad el término no empezaba a correr sino desde la fecha en que el usufructuario era requerido por los herederos. Así lo dan a entender los términos en que está redactado un inventario formalizado el año 1592, ante Miguel Galar, notario de Echauri (286).

---

dicho marido en ninguna manera, sino que haga conforme a lo que yo de partes de suso tengo hordenado y mandado sin embargo de qualquiere otra cosa a esto repugnante..." (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

(285) Vid. el texto completo de la ley en la nota 283.

(286) Inventario de bienes ante Miguel de Galar, notario de Echauri, iniciado el 14 de enero de 1592 a requerimiento de Pedro de Ubani, vecino de Ciriza.

Su magestad.—Pedro de Ubani, vezino de Çiriça, dize que Joan de Ubani, su aguelo, habra un año de tiempo poco mas o menos que fenescio sus días, dexando al suplicante por sucesor de su casa y bienes, y en poder de Juana de Vicuña su segunda muger a dexado todos sus bienes rayzes y muebles, y se a poderado d'ellos y no a echo inbentario alguno, aunque conforme a la ley estaba hobligada a hazerla. Por tanto pide y suplica a V. magestad mande cometer a qualquier escribano real el resceuir del dicho inbentario y que los reciba con juramento de la dicha Juana de Vicuña y de los testigos que le seran señalados, haziendoles señalar los bienes rayzes y muebles y ganado y recibos y axuar de cassa y los demas que quedaron al fin de los días del dicho Joan de Ubani, y en cuyo poder an peruenido, y si an sido ocultados algunos y donde estan. Y pide justicia.

Asi bien suplica a V. magestad mande prober de citacion hordinaria contra la dicha Juana de Vicuña para que parezca en vuestra Corte a estar en justicia con el suplicante sobre la restitucion de los dichos bienes. Y pide justicia...

---

En Pamplona, en la possada del señor alcalde Suescun y ante su merced, martes, a catorze de henero del año mill y quinientos noventa y dos, leida esta peticion su merced mando y por este auto manda que se reciba el inbentario de bienes que por ella se pide, por cualquier escribano real, tanto por juramento de partes como por informacion de testigos, compeliendo para ello a cualesquiere personas, sin desposseer a nadie de la posesion en que estubiere. Y echo el dicho inbentario puesto en publica forma, lo presiente en Corte y llebe sus dietas por cada un día que en ella se ocupare a ocho reales, y asiente la razon d'ello al pie del dicho inbentario. Y assi mesmo mando que Juana de Vicuña dentro de tercero día despues que este auto le fuere notificado, parezca en la dicha Corte por si misma o por su procurador, con poder bastante, a responder a la demanda o demandas que el suplicante contra ella querra presentar y a estar a justicia sobre ello, y hazer auto a mi Martin de Oteyza escribano...

---

En el lugar de Çiriça, a beynte y un días del mes de henero del año mill y quinientos y noventa y dos, yo Miguel de Galar, escribano real comisionado y nombrado por los señores alcaldes de la Corte Mayor d'este reyno de Navarra, a pidimento de Pedro de Ubani, vezino de Çiriça, para hacer hauerigoacion e inbentario de los bienes que fueron de Joan de Ubani, su abuelo, difunto, en birtud de mi dicha comission y en cumplimiento de lo que por ella se manda, hize parescer ante mi a Joana de Vicuña, viuda del dicho Joan de Ubani, a la qual resceui juramento en forma deuida de drecho sobre la señal de la cruz y palabras de los santos quatro Ebangelios, de dezir verdad y declarar en particular los bienes que fueron y dexo al fin de sus días el dicho su marido, asi muebles como rayzes. Y ella absoluiendo el dicho juramento dixo que los bienes que el dicho Joan de Ubani tenia y poseya quando morio, son los siguientes.

c) *Pérdida por segundas nupcias.*—Según FGN y algunos de los fueros locales navarros (Tudela, Estella), es indudable que, por ley, las segundas nupcias del cónyuge sobreviviente eran causa de pérdida de la viudedad. Hay documentos que imponen expresamente la condición de que el viudo usufructuario no repita matrimonio (287), pero,

---

Primeramente declaro y manifiesto la dicha Joana de Vicuya que los bienes muebles que al fin de sus [días] dexo el dicho Joan de Hubani en poder d'esta declarante son los siguientes:

Ytten los bienes rayces que el dicho Joan de Ubani dexo al fin de sus dias, que los posse la dicha Joana de Bicuña, son los siguientes:

Y con esto dando fin y conclusion al presente inventario, dixo la dicha Joana de Vicuña que es verdad que ella tiene y posse los dichos bienes contenidos en este presente inventario, y asi se daba por entregada d'ellos, y prometio y se hobligo con todos sus bienes hauidos y por hauer, de dar los dichos bienes por cuenta y razon cada quando que por la dicha Corte le fuere mandado, a la perssona que los houiere de hauer. Y para que asi le agan cumplir, dio poder a todos y qualesquier juezes y justicias de su magestad ante quien la presente escritura fuere presentada y pidido cumplimiento d'ella, para que por todo rigor y remedios de drecho y via mas executiba le conpelan y apremien a dar con quenta y razon los sobredichos bienes sin contrabener a ello en cossa alguna cada quando que le fuere mandado, y de que no los ocultara en nengun tiempo los dichos bienes, y en caso contrario de pagar lo que montaren los dichos bienes de sus propios bienes como si por qualquier de los dichos juezes asi fuese juzgado y sentenciado y la tal sentencia por ella fuese loada y aprobada y pasada en cosa juzgada, y renunciando su fuero. Y requirieron ambas las dichas partes testificasse lo susodicho, siendo a ello presentes por testigos... (tres) y el dicho Beltran de Yturgazy (*uno de los tres testigos*) firmo a ruego de la dicha Joana de Vicuña...—Passo ante mi.—Miguel de Galar, notario."

(APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta.)

(287) Testamento de Juan de Sarría, señor de Nobar, vecino de Puente la Reina, otorgado el 20 de mayo de 1502 ante Martín Brun, notario de Puente la Reina.—"Otrossi hordeno e mando que forni e complescido este mi testamento e las mandas e lexas en el contenidas, que todo el residuo que restara e sobrara de todos mis bienes, ... de quoaquiere suerte sean a mi pertenescentes, assi los que aprehende el mayorio como todos los otros, aya de tener y tenga la dicha Cathelina de Gurpide mi muger durant su vida mientras estubiere por casar, la qual terna auctoridad e poder para su mantenimiento e cosas que abra menester, para si e para las creaturas dentre ella e mi, de poder vender, empeynar o en qualquiere otra manera alienar de los bienes mios que no son compresos en el mayorio, a las quoaales creaturas dentre la dicha mi muger e mi que hubieran a casar e colocar durant la vida del dicho vachiler mi hermano e de la dicha mi muger, cabeçalero e sobre-cabeçalero en frate (?) les sera dado tanto quanto a ellos bien visto sera y en este comedio todas las dichas mis creaturas ata entanto que sean colocados e casados seran mantenidos en e sobre las dichas mis casas e bienes y en mi casa en seruicio de la dicha mi sennora muger durant su vida como dicho es. E despues los dias de la dicha mi muger tanto por virtud de la donación e relinquimiento para el dicho Johan mi hijo mayor al presente estante fuera del reyno a mi fecho como por poder que yo tengo, aya de heredar y herede las dichas mis casas como todos los otros mis bienes assi los que son inclusos en el mayorio como todos los otros aya de heredar y herede el dicho Luys mi fijo" (APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta).

Vid. también, en la nota 276, doc. IV, el contrato matrimonial de Juanes de Verriocar y Graziana de Echeberri, otorgado el 1 de abril de 1555 ante Juan de Elizondo, notario de Elizondo.

en realidad, todos ellos la llevan implícita, bien por hablar de “*fealdat*” o “*viudedad*”, bien por remitirse al “*fuero de este reino de Navarra*”. Lo confirma así el que, por excepción, en un testamento vemos que la otorgante —Catalina de Agorreta, vecina de Pamplona— deja a su marido Francisco Maldonado usufructuario universal, “*casando o no casando una o quantas vezes quisiere*” (288).

d) *Facultades de disposición por el usufructuario*.—Entramos aquí en el extremo más importante, en relación al tema objeto de nuestro estudio: la pretendida facultad de disposición por el cónyuge viudo, no existiendo hijos, y en caso de necesidad. De esta supuesta potestad dispositiva no encontraremos huella alguna en los documentos.

Todos los testamentos y contratos matrimoniales examinados (289) ponen de manifiesto el doble carácter vitalicio y vidual del derecho de usufructo concedido al cónyuge sobreviviente, y presuponen en éste el deber de conservar los bienes para los herederos del cónyuge premuerto. En los documentos que he consultado, entre los existentes en el Archivo de Protocolos de Pamplona, no he podido constatar la existencia de un solo acto de venta o gravamen otorgado por un usufructuario de *fealdat* que invoque esta cualidad y el estado de necesidad, unido a la carencia de hijos. Más aún, entre todos los testamentos que he tenido ocasión de examinar, en sólo uno de ellos (del año 1502) el testador —Juan da Sarría, señor de Nobar— concede a su esposa Catalina de Gúrpide la facultad de vender o empeñar “*para su mantenimiento e cosas que abra menester, para si e para las creaturas dentre ella e mi*” (290). En relación a este documento conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones: 1.<sup>a</sup>) el carácter excepcional y, en esa época, infrecuente, de un testamento concebido en tales términos; 2.<sup>a</sup>) tal testamento atribuye la facultad de vender o empeñar, pero precisamente en relación a un supuesto de existencia de hijos, hipótesis diametralmente opuesta a la de poder disponer en el caso de no existir hijos que, según la *communis opinio*, es lo que se pretende hacer decir a FGN 4, 2, 3; 3.<sup>a</sup>) en todo caso, se trata de un usufructo de disposición establecido por título voluntario, no por ordenación legal, de ahí que de tal testamento no puede, válidamente, deducirse argumento alguno para interpretar FGN en sentido contrario al que nosotros le damos.

Lo que sí resulta cierto es que los protocolos notariales del siglo XVI revelan ya una práctica jurídica bastante generalizada, y cada vez más usual, que tiende a robustecer o incrementar el contenido normal del derecho de usufructo vidual, incorporándole facultades fiduciarias de disposición *mortis causa*, con la finalidad de que el cón-

---

(288) Vid. el texto en la nota 284.

(289) Vid. los textos correspondientes en las notas 276, 277, 280, 281, 284 y 287.

(290) Testamento de Juan de Sarría, señor de Nobar, vecino de Puente la Reina, otorgado el 20 de mayo de 1502 ante Martín Brun, notario de Puente la Reina. Ha sido transcrito en la nota 287.

yuge viudo, ya por sí solo ya en ocasiones juntamente con otras personas, pueda disponer por causa de muerte no sólo de sus propios bienes sino, también, de los pertenecientes a la herencia del difunto, y ordenar la sucesión de ambos, con potestad para instituir herederos y efectuar otras disposiciones entre los hijos comunes (291). Esta atri-

---

(291) Así se aprecia en los siguientes testamentos:

I. Testamento de hermandad de los cónyuges Martín de Saldías y Maricho de Ramus, vecinos de Leiza, otorgado el 18 de diciembre de 1551 ante Juan de Leiza, notario de Leiza. Ha sido transcrito en la nota 280, doc. V.

II. Testamento de María de San Martín, mujer de Juangarcía de Satrústegui, vecina de Pamplona, otorgado el 5 de diciembre de 1558 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina. Ha sido transcrito en la nota 280, doc. VIII.

III. Testamento de hermandad de los cónyuges Luis de Arbeloa y Catalina de Yrunyela, vecinos de Puente la Reina, otorgado el 14 de marzo de 1563 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina. Ha sido transcrito en la nota 280, doc. X.

IV. Testamento de hermandad de los cónyuges Miguel de Galarre y Catalina de Allo, vecinos de Puente la Reina, otorgado el 19 de febrero de 1572 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina.—“Iten queremos hordenamos disponemos y mandamos que despues de los dias y fin de cada uno de nosotros los dichos testadores, aya de suceder en el herencio de mios bienes y de cada uno de nos, es a saber a Joannes de Echarren mio hijo mayor, y si debeniere el dicho mio hijo mayor sin hijos de legitimo matrimonio, aya de suceder en el herencio dellos dichos mios bienes Pedro de Echarren mi hijo menor y por lo mismo si cada uno de los dichos mios hijos muriesen sin hijos de legitimo matrimonio queremos y mandamos que suceda en el dicho herencio de los dichos mios bienes mia hija Catalina de Echarren, a los quales y cada uno dellos para el efecto susodicho desde agora para entonces y desde entonces para dagora por la horden susodicha les instituyamos y nonbramos por herederos de todos los dichos mismos bienes terribles y muebles abidos y por aber para despues de los dias de cada uno de nos, con expresa condicion que si durante la vida del sobreviviente de cada uno de nos se casasen sin voluntad del sobreviviente de cada uno de nos en tal casso, el sobreviviente de cada uno de nos tenga mano de disponer delos dichos mios bienes en los otros mios hijo e hija como mejor por bien visto le fuere” (APP, núm. 742, año 1572, doc. 2).

V. Testamento de Miguel de Arazuri, vecino de Arteta, otorgado el 18 de abril de 1572 ante Juan Viguria, notario de Asiáin. Transcrito en la nota 280, doc. XI.

VI. Testamento de hermandad de los cónyuges Martín de Armaynat y María Pascual, vecinos de Cirauqui, otorgado el 11 de octubre de 1574 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina. Transcrito en la nota 280, doc. XII.

VII. Testamento de hermandad de los cónyuges Pedro Xuarbe y María de Yrayzoz, vecinos de Iraizoz (Valle de Ulzama), otorgado el 22 de mayo de 1576 ante Martín Pérez de Cenoz, notario de Villava.—“Iten ordenamos y mandamos nosotros los dichos testadores y queremos y es nuestra voluntad que cada y quando que Dios nuestro señor I. Ch. fuese serbido de nos llevar desta vida presente al otro mundo y faltando de qualquiere de nos, el sobreviviente que quedare sea y aya de ser señor y mayor y usufructuario de todos e qualesquiere nuestros bienes assi muebles como terribles... el qual sobreviviente tenga poder y pueda elegir y nombrar y azer por su erederoy nuestro huniversal de todos los dichos nuestros bienes terribles... a qualquiere de nuestros hijos e hijas qual mejor le pareciere... entendiendo siempre con los cabeçaleros infrascritos y con vos el dicho Martin de Cenoz escribano, y partiendo y dandoles a los dichos nuestros hijos e hijas fuera del que o de la que es o sera para nuestro heredero todo aquello que onestamente e vuenamente se les pueda partir de nuestros bienes y azienda, y quedando siempre

bución de facultades delegadas de ordenación *mortis causa* implica, más que una modificación del contenido normal del usufructo, la yuxtaposición de dos instituciones distintas: el usufructo viudal de fidelidad y la figura del fiduciario-comisario. Así lo prueba, de una parte, el hecho de que, frecuentemente, las facultades fiduciarias de ordenar la sucesión se conceden por un cónyuge a favor del sobreviviente, sin atribuir a éste el usufructo de viudedad; y, de otro lado, la circunstancia de que tales facultades fiduciarias se otorgan también a personas distintas del cónyuge viudo, normalmente a los parientes más cercanos (292), que ningún derecho de usufructo tienen sobre los bienes del finado.

---

para uno de nuestros hijos o hijas la dicha nuestra casa de Yrayzoz y todas sus posesiones y renunciando al tal o a la tal de nuestros hijos e hijas de todos sus derechos y acciones que en los dichos bienes de Yrayzoz les podrian e debrian aber y pertenescer y ata en tanto que renuncien assi no se les de nada para que la dicha nuestra casa y bienes queden siempre sanos y enteros y libres de particiones porque nunca fueron partidos" (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

VIII. Testamento de hermandad de los cónyuges Miguel de Erroz y María de Aizoáin, vecinos de Aizoáin, otorgado el 22 de mayo de 1583 ante Miguel de Alli, notario de Pamplona.—"Itten ordenamos y mandamos y dexamos por heredero al sobreviviente de cada uno de nos, con que el sobreviviente goze y ussufructue los bienes del deffunto durante sus dias y al fin dellos o antes si quisiere aya de dexar y nombrar por heredero dellos en uno de los dichos nuestro hijo o hija el que mas quisiere, y a los demas de sus hijos y hijas se les de docte o competentes segun la facultad de la azienda a vista del sobreviviente y de los parientes cercanos de nos, y con lo que ellos les señalaren esten contentos porque nuestra boluntad es que no se desmenbren la casa y bienes y les rogamos y encargamos por la obligacion que tienen a sus padres, lo cunplan y goarden al tenor desta asinación" (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

(292) Por vía de ejemplo cabe mencionar los siguientes documentos:

I. Testamento de hermandad de los cónyuges Juan Guillén y María Martín de Balanza, vecinos de Obanos, otorgado el 5 de agosto de 1552 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina.—"Iten queremos hordenamos y mandamos que todos los bienes terribles y muebles que nosotros los dichos testadores y nos pertenesce en el dicho lugar de Obanos y sus terminos, o fuera del en qualquiere lugar que los tengamos, los aya de heredar, vna de las dichas nuestras creaturas, la qual queremos sea nonbrada para el erencio de los dichos nuestros bienes por el sobreviviente de cada uno de nos y por cada dos parientes mas cercanos de cada uno de nosotros los dichos testadores y queremos y es nuestra voluntad que a las otras creaturas que quedaren despues del dicho heredero que ansi fuere nonbrado les ayan de dar y pagar de los dichos nuestros bienes cada docientos florines de moneda de Nauarra..." (*APP*, núm. 742, año 1552, doc. 3).

II. Contrato matrimonial de Salvador de Arteta, vecino de Puente la Reina, y Leonor de Arrocbubi, vecina de Orísoain, otorgado el 18 de abril de 1556 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina.—"Iten fue tratado y conbenido entre las dichas partes, que dandoles Dios hijos desde matrimonio, a los dichos Salvador de Arteta y Leonor de Arrocbubi, que los tales hijos, o hijas desde matrimonio, ayan de eredar y ereden, los bienes de las dichas donaciones, en nasciendo y avnque estubiesen en el biente de Leonor de Arrocbubi, y en caso que muriese el dicho Salvador de Arteta, precediendo en el erencio de los dichos bienes los barones a las mugeres, y a falta de varones ereden las mugeres, con expresa condicion que abiendo mas de vna creatura el nombramiento de eredero, que a de ser de los bienes de la dicha



e) *Problemática de la viudedad*.—Conforme a lo que podríamos llamar una constante histórica en la evolución del Derecho navarro, y en virtud del principio de libertad de pacto y disposición (*paramiento fuero vienze*), los documentos ponen de manifiesto la gran desenvoltura con que los otorgantes modifican la institución de la viudedad, ya acuñada en la costumbre y sancionada por la ley.

Unas veces, según acabamos de ver, se opera así para reforzar el usufructo mediante la adición o yuxtaposición de una fiducia sucesoria; otras, para liberar al cónyuge de las obligaciones de inventario y caución; otras, incluso, para exonerar de la condición de viudedad al cónyuge sobreviviente, autorizándole para repetir nupcias sin perder por ello el usufructo (293).

donacion quede a voluntad y elecion de los dichos sus padres para que ellos nonbren en aquellos el que mas a su voluntad fuere, y en caso que qualquiere de los dichos padres muriere abintestatu que el sobreviviente tenga la misma mano y accion de nonbrar el tal erederor" (*APP*, núm. 742, año 1556, doc. 1).

III. Testamento de hermandad de los cónyuges Martín Ximénez y Graciana de Arvizu, otorgado el 11 de octubre de 1559 ante Pedro de Jacua, de Puente la Reina.—"...quisieron y les plugo que demas dello, ellos y cada uno dellos y el sobreviviente de cada uno dellos pueda disponer y ordenar como quisieren y por tan bien tubieren demas del oro y plata y recibos susodichos de todas las conquistas y amejas que an fecho despues del dicho testamento, y de todas las que hizieren de aqui adelante disponiendo de todo, a su propia voluntad, en vida y en muerte" (*APP*, núm. 742, año 1559, doc. 3).

IV. Contrato matrimonial de Martín de Almándo y Magdalena del Portal, vecinos de Mendigorriá, otorgado el 2 de diciembre de 1594 ante Jimeno, escribano de Puente la Reina.—"Itten fue tractado y conbenido entre las dichas partes, que en caso que alguno delos desposados muriere abyntestato, sin hazer ordinación y disposición de sus bienes que en tal caso, qualquiera de los sobrevivientes (*sic*) tenga poder y facultad para disponer y ordinar de los vienes del tal difunto o difuncta en las creaturas que Dios les dara, nonbrando a la vna por eredera vniversal... (*falta*)... señalando sus doctes o legitimas como bien visto les fuere, y en tal caso, ayan de estar y pasar las tal o tales creaturas por la ordination del tal sobreviviente, y en caso que el sobreviviente feneciere sus dias sin hazer la dicha ordination, que en tal caso, dos parientes mas cercanos, de las dichas creaturas de anbas partes, puedan e ayan de hazer la dicha ordination y testamento" (*APP*, sin núm., año 1594, doc. 1).

V. Contrato matrimonial de Martín Pérez y Graciosa de Urtasun, otorgado el año 1593 (falta la hoja de la fecha) ante Martín de Riezu, escribano de Puente la Reina.—"Itten fue tractado y conbenido entre las dichas partes que muriendo alguno de los dichos desposados dexando creatura o creaturas de este matrimonio, que el sobreviviente pueda disponer y ordenar de los vienes del tal difunto o difunta conforme su voluntad y disposicion de los dichos vienes del tal difunto nombrando a vna de las dichas creaturas por heredera vniversal y señalando a las demas sus doctes y legitimas como vien visto le fuere, y que las tales creatura o creaturas ayan destar y pasar por la tal disposicion y ordination y balga por testamento como si lo hobiera y que no muriera abyntestato" (*APP*, sin núm., año 1593, doc. 1).

(293) La última cláusula, que sólo excepcionalmente hemos podido encontrar para esta época en los documentos examinados, es, por el contrario, muy frecuente en la actualidad, pues suele prevenirse en las capitulaciones matrimoniales que, fallecido el cónyuge instituido heredero, el sobreviviente pueda repetir matrimonio en la casa de aquél, sin perder por ello el usufructo, siempre que obtenga el consentimiento favorable de los instituyentes o supervivientes de éstos y, fallecidos ambos, de los dos más próximos parientes mayores

Pero mayor importancia ofrecen otras modificaciones convencionales, establecidas en los capítulos o contratos matrimoniales, tendentes a excluir de antemano el usufructo a favor del cónyuge viudo, en el supuesto de que el matrimonio llegara a disolverse sin hijos (294); lo cual, en todo caso, no deja de constituir un fuerte alegato en contra de quienes interpretan FGN 4, 2, 3 con la pretensión de fortalecer la situación jurídica del usufructuario, precisamente en el supuesto de no existir hijos del disuelto matrimonio, con la atribución de facultades dispositivas para caso de necesidad.

Los protocolos notariales de esa misma época no dejan de presentar situaciones conflictivas derivadas del usufructo o *fealdat*, traducidas en convenios que, con mejor o peor fortuna, tratan de solventar dichos supuestos prelitigiosos mediante acuerdos transaccionales cuyo resultado es la renuncia o extinción del derecho de usufructo y su sustitución por una pensión vitalicia (295).

---

del cónyuge finado. La finalidad de esta institución —también conocida en Aragón bajo el nombre de *casamiento en casa*— es asegurar la educación y cuidado de los hijos y la continuidad y buena marcha en la administración de la casa.

(294) Contrato matrimonial de Pascual de Goñi, vecino de Muru-Astráin, y Catalina Remírez de Undiano, vecina de Undiano, otorgado el 20 de octubre de 1588 ante Martín de Riezu, escribano de Puente la Reina.—“Itten asi bien hubo conbenio que si el dicho Pascual de Goñi falleciere primero que la dicha Catalina Remirez de Undiano sin dexar hijos desde matrimonio, no tenga drecho de usuffructo de biudedad en sus bienes la dicha su muger, antes se ayen de bolber y pasar aquellos a los hermanos del dicho Juan Perez de Goñi su padre asi y de la manera questa hordenado por el testamento de Miguel de Goñi su abuelo difunto, y en el mismo caso acaeciendo debenir de la dicha Catalina Remirez sin dexar hijos desde matrimonio tanpoco tenga drecho de usuffructuar de biudedad en sus bienes el dicho Pascual de Goñi y se ayen de bolber y pasar aquellos al heredero o herederos que hubieren de suceder en los dichos bienes y como por los dichos Remiro de Undiano y Ana Remirez su muger se hobiere hordenado y mandado” (*APP*, sin núm., año 1588, doc. 1).

(295) Así se evidencia en los siguientes documentos:

I. Donación por María de Undiano a favor de su hijo Juan de Espaza, otorgada el 13 de noviembre de 1553 ante Juan García de Ucar, notario de Obanos.—“... constituída en persona Maria de Undiano, viuda muger por tiempo de Juan de Esparça, vecina del lugar de Aynorbe, la qual dixo que al tiempo que casaron Joannes de Esparça su hijo legítimo y heredero con Maria Juan de Badoztayn, la dicha Maria de Undiano juntamente con su marido para en fabor y ajutorio del dicho contracto hizieron donacion de todos sus bienes para enpues de los dias de cada uno de los donadores al dicho Juan d’Esparça su hijo, como todo ello contiene por el contracto matrimonial reportado por Miguel Como, escribano real, vezino de Artaxona, e agora dixo la dicha Maria de Undiano por ser ella muger anciana y hedad no puede regir ni administrar la casa y hazienda donada segunt y como la hazienda requiere gobernar y ministrar, tanto por ello como por otros justos y onestos respectos, causas y razones a la infrascrita mobientes, con animo deliberado o menos desenforçado ni apremiado, por la presente carta e publico instrumento certificada de su drecho en la mejor bia, modo, forma y manera y de drecho y de fecho podia y debia, hizo donación pura perfecta cession e inrebocable para luego de presente factura peracta de la presente carta al dicho Juan d’Esparça su hijo presente y aceptante de todos sus bienes muebles como terribles, hostellamiento y alaja de la casa que la dicha Maria de Undiano su madre tiene y

## V. ELEMENTO COMPARADO.

A) INDICACIÓN GENERAL.—En su mayor parte, los juristas que han tratado de la *fealdat* del Derecho navarro la han estudiado aisladamente, sin hacerla objeto de un examen comparado con institución tan cercana como es la viudedad aragonesa. Pero es que, incluso, conviene deshacer la idea, no por errónea menos extendida, de que la

posee tanto por sí como señora y usufructuaria del dicho su marido como en otra cualquiera manera, título, causa, drecho o razon pertensiente y persentir podiente y debiente situados y estantes en el lugar de Aynorbe y sus terminos como en todo el reyno de Nabarra, como si los dichos bienes fuesen designados en esta carta cada cosa por sus debidas afrontaciones y nombres, goardando, obserbando y cumpliendo el dicho Juan d'Esparça donatario las reserbas y capitulos y modificaciones infrascritos siguientes. Primeramente pasa a por condician entre la dicha donadora y donatario que el dicho Juan d'Esparça donatario y los bienes por ella donados sean tenidos y obligados de pagar todas las deudas verdaderas que se allaren deber la dicha donadora asta el dia de oy, tanto por sí mesma como juntamente con su marido, y anssi bien con que pague a sus hermandades el dicho donatario lo que les esta consignado por sus relinquiermentos como contiene por los dichos relinquiermentos. Item que el dicho Juan d'Esparça donatario y los bienes por su madre a el donados sean tenidos y obligados de hazer a la dicha donadora sus honrras y pias causas segunt que a ella pertenece y a bista y excepcion de parientes. Item que el dicho Juan d'Esparça donatario sea tenido y obligado de dar de comer, beber, bestir y los otros alimentos necesarios a la dicha su madre donadora, estando sana y dolienta, y de tratar y benerarla como buen hijo es obligado de honrrar, acatar y tratar a su madre. Item ansibien la dicha donadora trabaje lo que pudiera a su voluntad para los dichos donatarios. Item la dicha María de Undiano reserbo para usufructuar durante su vida entre tanto que estubieren en conformidad de los bienes donados, es a saber ... (*cinco fincas*)... y que tambien por lo mismo las pieças reserbadas en esta clausula que estan senbradas que el dicho donatario y sus causa hobientes sean tenidos y obligados de escardar, segar, carear y trillar y cedarle en la hera el fructo que hubiere en las dichas pieças y le podar, labrar y hedrar la dicha viña nombrada en esta carta en este año solamente, y que de alli en adelante no sea tenido ni obligado el dicho donatario ha hazer nenguna labor en las dichas pieças y viña reserbadas excepto en el año primero beniente de barbechar las seis robadas de tierra como dicho es, y que despues de sus dias tornen las dichas pieças y viña al dicho Juan d'Esparça donatario y sus causa hobientes" (*APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta*).

II. Convenio otorgado sobre las diferencias entre María de Larrainzar, viuda, madre de Antonia de Iranzu y suegra de Juan de Arguiñáriz, vecinos de Puente la Reina, formalizado el 15 de diciembre de 1555 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina.—"...entre los quales platicaron trataron y capitularon en razon de la discordia que avia en la viienda dentre Maria de Larrainçar viuda, madre de Antonia de Yrançu, y suegra de Johan de Arguinariz, vecinos de dicha villa que estaban presentes y por delante, para atajar las diferencias y enojos que entre las dichas Maria de Larrainçar su hija e hierro, avia en razon de la viienda dentre las dichas partes trataron capitularon y combiniaron los capitulos y conbenios siguientes.

"Primeramente trataron capitularon y conbenieron entre las dichas partes, que la dicha Maria de Larrainçar viuda, madre de la dicha Antonia de Yrançu y suegra del dicho Johan de Arguinariz, aya de dar y de, a los dichos Johan de Arguinariz y su dicha muger, todo el gobierno y vssufructo de la casa que de presente azen su avitacion y residencia personal y de todos los dichos vienes terribles que la dicha Maria de Larrainçar tiene y posehe en los terminos de la dicha villa de la Puente de la Reyna, y todo lo demás que la dicha Maria de Larrainçar asta el presente dia de la echa desta presente carta, ha

viudedad es una institución peculiar o exclusiva de los Derechos forales, históricos y vigentes, de Aragón y de Navarra. Esto, por otro lado, no mengua en absoluto el carácter genuinamente nacional y autóctono de la institución.

Prescindiendo de la práctica, que casi cabría considerar universal, de libre concesión del usufructo vitalicio y viudal por un cónyuge a favor del otro o por ambos recíprocamente, como atribución o derecho legal se registra la viudedad en multitud de ordenamientos jurídicos del Medioevo europeo, quizá como resultado de un origen común que, en su fase más remota, se enlaza con la práctica del Derecho

---

husufructuado y gozado, de los bienes que tiene y posee en la dicha villa de la Puente de la Reyna, y sus terminos, como de echo luego este presente día dio y entrego a los dichos Johan de Arguinariz y la dicha Antonia de Yrançu su muger, todo el gobierno y mano que ella tenia en dicho vsufruto de la dicha casa y los dichos sus bienes y los que ella tenia gozaba y vsufrutuaba, asta este dicho día de la echa desta presente carta, para que los tengan gozen y vsufrutuen sin parte drecho ni concurso de la dicha Maria de Larrainçar, con expreso pacto y condicion y no en otra manera que los dichos Johan de Arguinariz y la dicha Antonia de Yrançu su muger, ayan y sean tenidos y obligados de alimentar honestamente a la dicha Marfa de Larrainçar su madre en la dicha casa, y darle a vna con los dichos sus alimentos vna saya de paño pardo y vnas mangas, y durante su vida darle por este presente año cinco cargas de vino blanco mosto encubado, y desde el día de la echa desta presente carta en adelante en cada vn año durante su vida cada quatro cargas de vino blanco mosto encubado para azer de aquellos a su propia voluntad para el día e fecha de Sant Martin del mes de nobiembre en cada vn año..." (APP, núm. 742, año 1555, doc. 13).

III. Convenio entre Blanquina de Salinas (representada por su hijo García de Asiáin y su yerno Juan Domínguez), de una parte, y los cónyuges Pedro de Agozta y Juana Senar, de la otra; otorgado el 22 de febrero de 1570 ante Juan de Riezu, notario de Puente la Reina.—"... dixieron que la dicha Blanquina y Garcia de Asiayn su hijo, binieron a este dicho lugar de Guirguillano por via de matrimonio y casamiento a casa y bienes que fueron de Juan Sanz de Guirguillano defunto y se contraxo matrimonio a trueque es a saber la dicha Blanquina con el dicho Juan Sanz defunto, y el dicho Garcia de Asiayn con Catelina Senar su muger defunta, nieta que fue del dicho Juan Sanz, y al tiempo que se contraxo matrimonio traxieron muchos y doblados bienes en deneros y en axuares de casa y... an echo muchas mejoras de bienes raices y muebles en la casa y bienes de los dichos Joan Sanz y Catelina Senar defuntos constante el dicho matrimonio y despues de muertos los dichos Joan Sanz y Catelina Senar, los dichos Blanquina y su dicho hijo tienen, poseen y gozan en su viudedad conforme a las leyes deste reino los dichos bienes que dexaron los dichos Joan y su dicha nieta, y siendo esto así los dichos Joana Senar y su dicho marido les inquietan y perturban en la posesion de los dichos bienes y pretendiendo tener derecho a ellos y otras cosas, ... y a esta causa deben dexar los bienes a Joana Senar y el usufruto dellos, y si no lo quisieren azer así entienden de pedirles por justicia y otras cosas sobre lo quoyal abiendose interbenido personas de bien y honrra por ebitar pleitos... asentaron entre si las dichas partes... los conbenios siguientes: ... Iten fue tratado y conbenido entre las dichas partes y el dicho Garcia de Asiayn... partieron mano del drecho que tienen los dichos Garcia de Asiayn y su madre de poder gozar en fealdad y biudedad los bienes rraices y muebles que fueron del dicho Joan Sanz y Catalina Senar e hizieron dexacion, traspaso y relinquimiento dellos en favor de la dicha Joana Senar y su marido para que desde luego y día echa de la presenta carta tomen la dicha casa y bienes a su mano y agan dellos y en ellos a sus propas boluntades como de bienes y cosas suyas propias" (APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta).

romano vulgar, en el que, según vimos, era frecuente que el marido dejase a su esposa el usufructo, a fin de asegurar a ésta un digno medio de sobrevivencia viudal.

Creemos que un estudio de Derecho comparado no dejará de ofrecer interés en relación al tema que nos ocupa.

B) DERECHO ARAGONÉS.—La estrecha relación entre el Derecho de Navarra y el de Aragón durante la Alta Edad Media y, señaladamente, la comunidad de origen y paralela línea evolutiva que la viudedad ofrece en ambos reinos pirenaicos, justifican una especial atención a las fuentes jurídicas aragonesas para su contraste con el Fuero General.

Ni en las *Recopilaciones privadas aragonesas* (296), ni en la redacción de Derecho territorial denominada *Fuero de Jaca* (297), encontramos mención alguna de la viudedad legal. Y, sin embargo —advierete Lacruz Berdejo—, en esas fuentes se regula con toda minuciosidad, en cambio, el usufructo de la mujer infanzona sobre las arras, y se hace referencia a la continuación de la comunidad matrimonial por el cónyuge viudo con los hijos comunes (298).

Los documentos aragoneses que anteriormente fueron estudiados (vid., en este mismo capítulo, IV-E) representan una fase histórica en que la viudedad aparece tan sólo por otorgamiento de un cónyuge a favor del sobreviviente; es decir, reflejan una práctica consuetudinaria que posteriormente recoge la *Compilación de Huesca* (en 1247) para otorgarle rango legal. Pues bien, en varios de esos documentos se establece de modo expreso el deber del cónyuge supérstite de no vender, enajenar o pignorar; y, en cambio, por ninguno de ellos se concede al viudo potestad de disposición ni aun en caso de necesidad, ni se hace la menor alusión a tal posibilidad.

De acuerdo con dicha práctica, la institución de la viudedad, ya como derecho legal, fue reconocida por vez primera en la citada *Compilación de Huesca*. El fuero 1.º *De iure dotium* concede a la viuda el usufructo vitalicio, mientras no contraiga nuevas nupcias y siempre que guarde castidad (299). Aun cuando el texto no atribuye igual de-

(296) Han sido publicadas por Ramos Lorcertales, *Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media*, en AHDE, I (1924), págs. 400-408; II (1925), págs. 491-523; y V (1928), págs. 389-407.

(297) Mauricio Molho, *El Fuero de Jaca*, Zaragoza, 1964.

(298) Lacruz Berdejo, *Régimen matrimonial*, pág. 125.

(299) Fuero 1.º *De iure dotium*: Defuncto viro, uxor vidua, licèt ab eo filios habuerit, omnia quae simul habuerant possidebit: ea tamen vidua, existente. Et licèt non accipiat virum, si manifestè tenuerit fornicatorem, vel adulterum, amittat viduitatem, & dotes, ac si duxisset virum (Savall y Penén, *Fueros*, I, pág. 231).

Este fuero falta en el manuscrito romance publicado por Gunnar Tilander (*Los Fueros de Aragón según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, Lund 1937; vid. págs. 118-119), y ha sido omitido entre los párrafos 221 y 222, donde debiera hallarse.

Por el contrario, sí figura dicho fuero en la redacción romanceada publicada por Lacruz Berdejo y Bergua Camón (*Fueros de Aragón. Versión romanceada contenida en el manuscrito 207 de la Biblioteca Universitaria de*

recho al viudo, parece evidente que éste tenía también viudedad legal, ya en la época del propio Código oscense (300). En cualquier caso, la

Zaragoza, Zaragoza, 1953, pág. 85). "219. *De Dreyto de dotes*. Muerto el marido, la muller biuda possidra todas cosas que ensenble auran auido, pero que aya fillo del marido. Enpero ella stando biuda que non prenga marido. Ea si por bentura tenra manifestament fornicador o adultero, pierda la biudedat et las arras, assi como si hauies preso marido."

(300) Ya Casajús estimaba que, aunque el fuero 1.º *De iure dotium* habla sólo de la viuda, el viudo debió tener el mismo derecho de usufructo, y a su juicio así lo daban a entender el fuero 8.º *De communi dividundo* y el fuero 1.º *De secundis nuptiis* al hablar, en iguales términos, de la manera de proceder a la división de bienes entre el cónyuge sobreviviente —viudo o viuda que pasa a segundas nupcias— y los herederos del cónyuge premuerto; así, pues, el fuero 1.º *De alimentis*, del año 1390, no haría más que declarar la costumbre, sin duda alguna guardada anteriormente, y que se halla consignada ya, de un modo indirecto, en los fueros que acaban de citarse (Casajús, *Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1880 a 1881 en la Universidad Literaria de Zaragoza*, Zaragoza 1947, pág. 96).

En el mismo sentido se manifiesta Lacruz Berdejo. "En las fuentes anteriores (a los fueros de 1247), vemos que el marido tenía derecho al usufructo del inmueble donado a la mujer por sus padres a manera de dote. Es verosímil pensar que al ampliarse los derechos legales de la mujer para caso de viudez, se extenderían en igual medida los del marido, según ocurre en otras fuentes. Al menos, cincuenta años después de publicado el fuero 1.º *De iure dotium*, tenía el marido derechos idénticos a los de la mujer, como se evidencia en bastantes pasajes de unas observancias... de principios del siglo XIV, cuyo origen debe situarse en la segunda mitad del XIII; y singularmente en el que sigue: In Aragonia uxor in rebus mariti, tam in acquisitis tempore contracti matrimonii quam etiam adquirendis durante matrimonio habet uiduitatem et e contra. Sed tamen tenetur uxor soluere debita viri uel deserere uiduitatem. Item de mobiliis nec habet uiduitatem, quod mobilia omnia que habent uiri uel uxor tempore contractus matrimonii uel postea durante matrimonio sunt comunia uiri et uxoris et mortuo altero coniugum diuiduntur inter coniuge qui peruixit et heredes uel manumissores defuncti" (Ms. Londres, pág. 144). Lacruz Berdejo, *Régimen matrimonial*, págs. 130-131.

Que esta suposición de Lacruz es cierta nos lo demuestra una fuente jurídica de máxima autoridad y de fecha anterior, incluso, a las Observancias que dicho autor cita. Así, en la importante obra *Vidal Mayor*, del obispo Don Vidal de Canellas, al numerar los modos de adquisición del usufructo, escribe: "Mas tanto uso quanto usufruto es apropiado et ganado por establecimientos, por aitorgamientos, por donaciones, por uendiciones, por paramientos, por lexas de testamentos, quóal marauella, por la muert del marido o de la muiller se gana usufructo por este fuero al qui finqua biuo" (Gunnar Tilander, *Vidal Mayor*, II, pág. 323; núm. 4, 42). Y, más adelante (6, 3; *cit.*, pág. 388), al determinar el régimen jurídico de la viudedad, dice: "Et es saber empero que cada uno, el marido o la muiller, de quoyal quiere condición que sea, ha uso de los frutos en los bienes non mouibles del su marido que morió o de la su muiller que morió, en todo su tiempo de su uida, empero tan ayna como otro marido tomare o aillenare alguna cosa d'aqueillas cosas, deue perder luego, saluo los frutos d'aqueill tiempo que deue auer. Otrósí, si la muiller, el su marido muerto, ouiere manifestament alguno adulterio o qui faga fornicio con eilla, luego deue perder todos los bienes de su uiudage". Posteriormente (6, 4; *cit.*, pág. 395) insiste en las mismas ideas: "Et otrósí, si el uarón o la muiller, de quoyal quiere condición, aillenó las cosas de uiudat, oltra de los frutos del tiempo que a eil pertaynescían, por quoyal se quiere manera, deue perder por iudicio todas las cosas d'aqueil uiudage".

No se olvide, de otro lado, que, dejando aparte la autenticidad de la interpretación por razón del autor de la obra, que lo fue también de la Com-

cuestión quedó expresamente decidida en 1390 por el fuero 1.º *De alimentis*, que reconoce viudedad tanto al marido como a la mujer y que, de otro lado, limita el usufructo a los inmuebles, ya que los muebles deben dividirse a la disolución del matrimonio, salvo continuación de la comunidad con los herederos (301).

Interesa destacar que en ninguno de los textos mencionados, como tampoco en los fueros y observancias que posteriormente vinieron a completar el régimen jurídico de la viudedad aragonesa (302), aparece, directa ni indirectamente, la menor alusión a que el viudo o viuda, en caso de necesidad, puedan enajenar inmuebles sometidos al usufructo. Más significativo es el testimonio del obispo don Vidal de Canellas, en su obra *Vidal Mayor*, donde, en términos que no dejan lugar a dudas, se presupone la prohibición de vender, por cuanto se considera causa de pérdida inmediata de la viudedad el que la viuda tome otro marido o enajene los inmuebles usufructuados. Dice así *Vidal Mayor*: “*empero tan ayna como otro marido tomare o aillanare alguna cosa d'aqueillas cosas, deue perder luego, saluo los frutos d'aqueill tiempo que deue auer*”. Y en otro pasaje escribe: “*Et otrosí, si el uarón o la muíller, de quoa quiere condición, ailleno las cosas de uiudat, otra de los frutos del tiempo que a eil pertaynnescían, por quoa se quiere manera, deue perder por iuditio todas las cosas d'aqueil viudage*” (303). Entre los fueristas aragoneses, ni uno solo hemos encontrado que ni tan siquiera apunte la posibilidad de que el cónyuge que tiene viudedad pueda vender o gravar las heredades objeto del usufructo (304).

pilación de Huesca, el manuscrito de *Vidal Mayor* —según afirma Tilander (*cit.*, I, pág. 10)— es de la segunda mitad del siglo XIII, o sea muy poco posterior a los fueros de Aragón de 1247. Tenemos así una opinión cualificada, y merecedora de todo crédito, según la cual ya en el mismo Código de Huesca la viudedad legal correspondía tanto al marido como a la mujer viudos.

(301) Fuero 1.º *De alimentis*. Ab experto didicimus, quod ex eo quia per Forum, vir mortua uxore, habet usumfructum in bonis sedentibus uxoris durante viduitate. & è converso, superviventem coniugum non habere curam filiorum praemortui. Volentes in his debite providere. Ordinamus, quòd superstes teneatur providere competenter filiis communibus (a) praemortui in cibo, potu, vestitu, & calciamentis, si alia bona non habeant: vel desamparare eis de bonis viduitatis, quae sufficiant expensis praedictis, nisi per testatorem contrarium fuerit ordinatum, retenta detentori dictorum bonorum provisione competenti, tàm de bonis propriis, quàm de bonis praemortui: quam provisionem possit arbitrare Iudex, procedendo simpliciter, summarie, & de plano, sine strepitu, & figura iudicii, sola facti veritate attenta, de eo se informando in hoc casu dumtaxat, vocatis, & auditis ad praedicta illis quorum interest (Savall y Penén, *Fueros*, I, pág. 235).

(302) Una completa exposición de los fueros y observancias que disciplinan el régimen jurídico de la viudedad, según el Derecho histórico de Aragón, puede verse en Sancho Rebullida, *Viudedad*, págs. 30-33.

(303) Vid. la referencia a los pasajes correspondientes, en la nota 300.

(304) Nada tiene que ver con la pretendida facultad de enajenación del cónyuge viudo usufructuario, en caso de necesidad de éste, la potestad que el Derecho aragonés histórico y vigente reconoce al cónyuge viudo, durante la situación de comunidad conyugal continuada, de hacer donaciones a los hijos, con ocasión de matrimonio, y con cargo ya a los bienes comunes ya

C) DERECHO VIZCAÍNO.—Las fuentes jurídicas de Vizcaya muestran, quizá en forma más recortada que las de Aragón y Navarra,

incluso a los privativos del esposo premuerto. Aunque se trata, como decimos, de supuestos totalmente distintos, parece conveniente hacer una exposición, siquiera elemental, de esta cuestión.

I. En una de las Recopilaciones privadas aragonesas que publicó Ramos Loscertales, y que este autor reputa del primer tercio del siglo XIII y escrita en Zaragoza, aparece el primer antecedente de la indicada facultad del cónyuge viudo. “101. *De patre aut matre qui fuerint vidui*. De patre aud matre qui fuerint vidui. Non possunt dare filio uel filie donum completum si non habet donum unus de alio cum carta et fidantia, aud si non diuissertunt; set de sua parte cognita de racione potest donum dare” (AHDE, II, 1925, página 513). El texto es claro: mientras no haya liquidación de la comunidad conyugal, el viudo no puede hacer donaciones a los hijos respecto a los bienes comunes, salvo que, cum carta et fidantia, expresamente hubiere sido autorizado al efecto por el cónyuge premuerto.

II. La misma norma pasa, prácticamente inalterada, a una de las redacciones aragonesas de F Jaca, la que Molho denomina redacción A, y que dice así: “251. *De marit e muyller, si son uiudos, qual don pot fer a un dels filtz*. De payre o de mayre si son uiudos, lo que romaynn uiu no pot donar complit don a fill o filla si no a la un don del altre ab carta e ab fianças e ab testimonis. O si a partit ab los filtz, ben pot dar so part coneguda e partida” (Molho, *F Jaca*, págs. 135-136). Este párrafo no se encuentra en las demás redacciones aragonesas y navarras del mismo fuero.

III. Sin duda alguna por influjo de las fuentes precitadas, o de otras con éstas relacionadas, la disposición es recogida, en términos sustancialmente iguales, por los fueros navarros. Así, F Tudela establece lo siguiente: “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. Et pues muere padre o madre non puede el biuo fer donacion ni uenta sines uoluntat de los fillos si ante non parte con los fillos o no conocen part, si no es eredad de conquista que se ayen feito donaçion marido e muller el vno al otro, assi que de todo nol deserede a los fillos, que qui de todo desereda de todo hereda” (Lacruz, *F Tudela*, págs. 37-38; ms. cit., folio 10 vt.º).

IV. En forma análoga se manifiesta 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 auuelo; et si depues muere padre ó madre de que muere el auuello, es patrimonio. Quoal finca bivo non puede fer ninguna donaçion nin vendida, nin padre, nin madre, sin otorgamiento de los fijos, si ante non parten con eyellos, sacando heredad de conquista que ayen dado marido ó muger, el uno con otro en casamiento: así que de las otras heredades non desereden á los fijos, que qui de todo deshereda, de todo hereda; assi mandamos por fuero” (Iñarregui-Lapueta, FGN, pág. 17).

V. La doctrina se mantiene en los Fueros de Aragón de 1247. El fuero 1.º *De donationibus* dice: “Vir defuncta uxore, vel uxor defuncto viro, non potest dare separatam donum, & perfectum alteri filiorum: nisi inter eos cum simul viverent de hoc faciendo cum fidantiis, & testibus factum fuerit instrumentum, potest tamen licitè si habeat diuisum cum filiis” (Savall y Penén, *Fueros*, I, págs. 286).

El manuscrito conocido por *Códice Villarense* da la siguiente versión: “101. *De patre fuerint uidui*. Non possunt dare filio uel filie donum completum si non habet donum unus de alio cum carta et fidantia, aud si non diuissertunt; set de sua parte cognita de racione potest donum dare” (tomo el texto de la transcripción que hace Alonso Lambán, *Las formas testamentarias*, III, núms. 9-10, pág. 394, nota 1186).

La expresión del manuscrito 207 de Zaragoza coincide más con el texto latino primeramente citado: “213. El marido muerta la muller et la muller muerto el marido, no pueden dar acabado dono a ninguno de los fillos, sino



pero sin duda con un mismo origen consuetudinario (305), la existencia de un usufructo a favor del cónyuge sobreviviente, con la finalidad de que éste continúe como señor y rector de la casería.

quando bienen ensemble entre ellos, faziendo la carta con fianças et testimonios. Enpero si an partido con testimonios, bien puede lexar de su part aquella que querra" (Lacruz Berdejo y Bergua Camón, *Fueros de Aragón*, cit., pág. 83).

Más preciso aún es el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid. El párrafo 218, in fine, dice: "Aquel mismo iudizio es si, con uoluntad del qui primero muere, aquel qui fincare fiziere algún donadío". Y el párrafo siguiente desarrolla esta doctrina en los términos siguientes: "219: El marido, muerta la muller, o la muller, muerto so marido, non pueden fer donadío a nenguno de los fillos que ualor aya, ni de sedient, ni de mouient, si doncas, ujuos estando, marido e muller non ouissen con carta pública e con fiança e con testimonias que qual quiere d'ellos podiesse fer donadío o donadíos a uno de lures fillos, segunt que dito es en el fuero de suso, e que aya partido ante con los fillos; e quando ouiere partido con los fillos, puede dar a sos fillos o ad otros un dono o más e fer en so propria uoluntat" (Gunnar Tilander, *Los Fueros de Aragón*, cit., págs. 117-118).

VI. Salvo variantes de redacción en los textos relacionados, la norma común a todos ellos es clara: mientras no haya liquidación de la sociedad conyugal, el cónyuge sobreviviente no puede, por sí solo, hacer donaciones a los hijos, salvo que ambos esposos se hubieren facultado para ello. La diferencia fundamental entre las diversas redacciones estriba en la forma en que entienden esta previa autorización: a) para unos textos (Recopilación privada aragonesa, F Jaca, F Tudela, FGN y Códice Villarense de los Fueros de Aragón), consiste en que, constante matrimonio, el marido y la mujer se hayan hecho donación de la heredad de que el sobreviviente luego dispone; b) para otros (Fueros de Aragón según edic. de Savall y Penén, y las versiones romanceadas del Ms. 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza y del Ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid), por el contrario, dicha facultad de hacer donaciones se basa en la potestad jurídica que los cónyuges se hubiesen otorgado con carta y fianzas, o sea una especie de fiducia sucesoria en favor del sobreviviente en quien se delega la facultad de disponer.

Esta última interpretación parece más conforme a los Fueros de Aragón de 1247, y así resulta bien claro en la explicación que da *Vidal Mayor*. "E otrosí donatió puede ser feita del padre o de la madre que finca, de uoluntad o con uoluntad d'aqueill qui morió, solament que aqueill que morió esto aitorgó de uida, segunt que esto se contiene en el capítulo próximo" (5, 52). Y acto seguido (5, 53, principio), añade: "Muerto el uno del marido o de la muller, qui biue non puede ren dar ad alguno de los fillos oltra su part, mueble o non mueble, si por auentura, mientre biufan, non pusieron entre sí con público instrumento, que fuesse firmado con fiador et con testigos, que el qui sobrebiuiesse al otro podiesse hondrar I de sus fillos o de las fillas por dono o por donos, segunt la forma que es puesta en el antedito capítulo, et esto ante que faga partitió con los fillos, quar, después que partilla fuere feita de los bienes entre este padre o madre que sobrebiue et los fillos, podrá segunt su uoluntad dar et assignar francament de la su part a uno de los fillos o a muitos o a quales quiere otros quanto eill quisiere por donatió o por quoval se quiere otro título" (Tilander, *Vidal Mayor*, cit., II, pág. 381).

VII. "La situación —escribe Sancho Rebullida (*Viudedad*, pág. 173)— cambia en las Observancias; aun antes de su compilación de 1437, en el manuscrito de Hospital (\*) se dice que el padre o madre supérstite pueden hacer a sus hijos, con ocasión de matrimonio, y no en otro caso, una donación

(\*) (Ms. 236 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza: *De Donationibus*, folio 97 vt.º, y *De iure dotium*, folio 100 vt.º)

1) El *Fuero del Duranguesado* (306) otorga al esposo sobreviviente la facultad de conservar en su poder la mitad de todos los bienes de su consorte, muebles y raíces; pero con obligación de conservar

cuyo importe sea aproximadamente igual a la que hicieron ambos cónyuges a los hijos o hijas que casaron anteriormente en vida de los dos: esta donación ha de hacerse con cargo a los bienes comunes indivisos y de modo que quede otro tanto de los mismos para cada uno de los restantes hijos que no hayan contraído matrimonio; y se añade que si los bienes del cónyuge difunto permanecen indivisos entre los hijos, el sobreviviente puede dar cuanto quiera de ellos a aquel de sus hijos que vaya a contraer matrimonio, sin que luego los tenga éste que colacionar. Las mismas disposiciones se recogen en la compilación de 1437".

En la compilación última de las Observancias, se dedican a esta materia la observancia 12 de *Donationibus* (Savall y Penén, *Fueros*, II, pág. 31), y las observancias 15 y 17 *De iure dotium* (Savall y Penén, *Fueros*, II, pág. 33).

Cabe suponer que las Observancias elevaron a potestad legal lo que, según los *Fueros*, se tenía sólo por pacto expreso o disposición voluntaria, inspirándose en el Derecho consuetudinario y en la práctica jurídica aragonesa, en la que sería bastante frecuente la atribución al cónyuge supérstite de facultades fiduciarias de disposición entre los hijos.

VIII. La doctrina de las Observancias fue recogida, con formulación más o menos afortunada, en el Apéndice de Aragón al Código Civil, del año 1925 (art. 54 y art. 72-6.<sup>o</sup>).

Los problemas que tales disposiciones suscitaban fueron objeto de estudio por Lacruz Berdejo (*Algunas observaciones sobre la facultad que concede al cónyuge continuador de la comunidad, los artículos 54-6.<sup>o</sup> del Apéndice*, en ADA, IV, 1947-1948, págs. 133-145) y, posteriormente, por Sancho Rebullida (*Viudedad*, págs. 172-176), quienes centraron la cuestión y determinaron los límites y finalidad de la potestad reconocida al cónyuge viudo, y acentuaron el hecho fundamental de que el presupuesto para el ejercicio de tal facultad de disposición por el viudo, es la existencia de la comunidad continuada de la que él sea cabeza, o bien, cuando uno de los hijos haya sido instituido heredero único, la existencia de la comunidad familiar de vida y trabajo, de la que no se hayan separado los restantes hijos mediante la percepción de su legítima y cesación de la convivencia.

IX. La vigente Compilación del Derecho civil de Aragón, del año 1967, ha formulado, con mejor acierto que el Apéndice, la doctrina de las Observancias.

El art. 53-dos, en relación a la comunidad conyugal disuelta pero no liquidada, dispone: "El viudo, a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos".

Y el art. 67, con respecto a la comunidad conyugal continuada, establece: "Uno. Los actos de disposición, a título oneroso, de los bienes comunes requieren el acuerdo de la totalidad de los partícipes. El consentimiento de los sucesores partícipes podrá suplirse por la autoridad judicial.

"Dos. Sin necesidad de tal acuerdo o de aprobación judicial, el cónyuge supérstite podrá hacer las donaciones a que se refiere el número dos del artículo cincuenta y tres".

(305) Adrián Celaya Ibarra (*El Derecho Foral de Vizcaya en la actualidad. Edición separada de la Gran Enciclopedia Vasca*, Bilbao 1970, pág. 40) indica el interés que presenta el entronque del Derecho foral de Vizcaya con el de otras regiones españolas, singularmente con el de Navarra y Aragón, cuyas concomitancias son evidentes.

(306) Vid. el texto del *Fuero del Duranguesado*, y consideraciones sobre el mismo en cuanto al régimen matrimonial de bienes, en la nota 128, apartado II.

estos últimos para que, al fallecimiento del supérstite, vuelvan al tronco; y le impone expresamente la prohibición de disponer de tales bienes: "*empero que non haya poder de enagenar la raíz*". La existencia de hijos, o la falta de éstos, en nada afecta al rigor de tal prohibición. Esa circunstancia incidía sólo en cuanto a la obligación del cónyuge viudo respecto a tener que seguir o no en la casería: en el primer supuesto —o sea, habiendo hijos—, el esposo sobreviviente no puede arrendar la casería perteneciente al difunto, y ha de seguir viviendo en ésta, sin duda porque subsiste la comunidad con los hijos; en el segundo caso —no habiendo hijos—, puede arrendar la casería (*que pueda poner en tal lugar casero*), evidentemente en razón de que la comunidad familiar ha quedado definitivamente extinguida.

2) Según el *Fuero de las Encartaciones* de 1503 (307), en cuanto se refiere a la zona que comprendía la tierra de Somorrostro, Galdames, Sopuerta, Carranza y Trucíos, regía el llamado *fuero de vecino*, conforme al cual, aunque marido y mujer no se hubiesen hecho *ameteros*, y tanto si existieran hijos del matrimonio como si no los hubiere, el cónyuge viudo tenía, por fuero, el usufructo vitalicio de los muebles y ganancias y, además, el usufructo de la mitad de la raíz y tronco, si bien ésta ha de volver al mismo tronco (*é despues de sus días de el vuelva la tal raíz al tronco*).

Además, con carácter general para todo el territorio de las Encartaciones, dicho fuero permite que el marido a la mujer, o viceversa, "*pueda mandar el uno al otro todo lo suyo ó lo que de ello quisiere para que lo goce en su vida é llebe el usufructo de todo ello ...conque despues de sus días de tal usufructuario queden estos tales bienes asi mandados para sus hijos é nietos legitimos. ...empero si el tal marido é la tal muger se casare despues ó amanzebare publicamente que pierda el tal usufruto y se vuelba á sus hijos ó nietos y herederos legitimos*" (308).

3) En contraste con los textos que se acaba de reseñar, el *Fuero Viejo de Vizcaya* (de 1452) no contiene mención alguna del derecho de usufructo a favor del cónyuge viudo. Y, sin embargo, parece fuera

---

(307) Vid. el texto de este fuero, así como el estudio en relación al régimen de bienes en el matrimonio, en la nota 128, apartado III.

(308) Fuero de las Encarnaciones (1503), II, 24: *De las mandas que se hacen el marido á la muger é la muger al marido*. Item hemos de fuero é costumbre que qualquier marido á su muger é la muger al marido en sus testamentos ó en su finamiento le pueda mandar el uno al otro todo lo suyo ó lo que de ello quisiere para que lo goce é se provea en su vida é llebe el usufructo de todo ello é esto aunque tengan hijos é nietos legitimos ó otros cualesquier tronqueros con que despues de sus días de tal usufructuario queden estos tales bienes asi mandados para sus hijos é nietos legitimos excepto el quinto que del tal quinto de sus bienes puede el testador facer lo que quisiere é mandarlo á quien quisiere ó por su anima allende del tal usufructo que el marido mandó á la muger ó la muger al marido empero si el tal marido é la tal muger se casare despues ó amanzebare publicamente que pierda el tal usufruto y se vuelba á sus hijos ó nietos y herederos legitimos" (F. de la Quadra Salcedo, *Fuero de las M. N. y L. Encartaciones*, Bilbao 1916, pág. 222).

de duda que la práctica consuetudinaria vizcaína conocería el derecho de disfrute a favor del viudo, al menos cuando éste, en virtud del poder testatorio, seguía ostentando el mando y dirección de la casería. Muy posiblemente, el reconocimiento de este poder de testar (309), y el disfrute inherente de hecho a tal situación, harían innecesaria —a los ojos de los redactores del fuero— la expresa sanción de la viudedad.

4) El *Fuero de Vizcaya* (de 1527), sólo para el caso de que el matrimonio se disolviese sin descendencia, reconoce al cónyuge viudo que trajo dote o arreo a la casería propiedad del difunto un derecho de usufructo sobre la casería limitado al tiempo de año y día, y que se prolonga hasta la restitución de la dote (310). Es decir, más que de un verdadero usufructo viudal se trata de un derecho de sobrevivencia y de una garantía para la restitución de la dote. Supongo, como hipótesis, que los redactores del fuero, al regular el testamento por comisario (311), pensaron que el usufructo viudal quedaba comprendido, de hecho, en las potestades que correspondían al cónyuge sobreviviente en quien su esposo premuerto había delegado las facultades de elegir entre los hijos el que hubiese de ser instituido heredero “*para regir la casa y casería*”.

Ya Manuel R. Lezón destacó la existencia real y viva de tal usufructo sobreentendido por costumbre, y afirmó que, en el supuesto de poder testatorio, “la población rural de Vizcaya ve en el viudo un usufructuario poderoso, universal, sin limitación de facultades, no solamente en cuanto a su extensión, sino también en cuanto a su duración. El Fuero concede al viudo un usufructo temporal y limitadísimo..., pero la realidad, avalada por una costumbre constante y uniforme, hace del viudo comisario un usufructuario universal y vi-

---

(309) Fuero Viejo de Vizcaya, *Titulo de los testamentos y Mandas y cuales deven baler ó no*, ley 3. Vid. texto en Labayru, *Historia general del Señorío de Bizcaya*. Biblioteca de la Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao 1968, III, pág. 178.

(310) Fuero de Vizcaya (1527), 20, 2: *Suelto el Matrimonio, como la muger que veniere á caseria del marido, ha de gozar de los frutos para sus alimentos por un año, y el marido quando veniere á caseria de su muger sin salir della*. Otrosí: que si acaece, que quien vino á la tal casería, fué muger con dote, ó arreo, que esta tal, suelto el Matrimonio sin hijos, ó descendientes, pueda estar fasta Año, y dia, estando en habito Viudal, y gozar del vsufruto de su mitad: Con que no corte por pie: Porque excede del vsufruto, ni tampoco de la rama para mas de la provision de casa su leña: Y si mas para mas cortare monte alguno, sea tenuto de lo compensar en aquello que tiene de recibir: Pero de todo lo al pueda gozar para sus alimentos sin desquento alguno: Y lo mesmo sea en el Varon, que á la casa de la muger veniere. Y passado el Año, y dia, estando dentro, y gozando de los frutos suso declarados, pueda pedir cada uno dellos lo suyo, como viere que le cumple, y goze los frutos fasta que le paguen su dote sin desquento alguno: Y que acabado el Año, y dia, ofreciendole su recibo, sea tenuto de salir, y no antes (*Fveros, franquezas, libertades, bvenos vsos, y costumbres, del Muy Noble, y Muy Leal, Señorío de Vicaya, confirmados por el Rey Don Phelipe Quinto, Nuestro señor, y por los Señores Reyes sus Predecesores*, Impreso en Bilbao por Antonio de Zafra, s. a., págs. 111-112).

(311) Fuero de Vizcaya, 21, 2. Vid. el texto, en la edic. cit., págs. 123-124.

talicio, amén de un titular de disposición solamente limitada o condicionada ésta por la indisponibilidad a favor de extraños y la obligación de disponer de los bienes entre el grupo legitimario, si bien dentro de este grupo goce el comisario de la más amplia libertad de distribución” (312). Celaya Ibarra, luego de recoger la opinión de Lezón, dice en igual sentido: “por un procedimiento indirecto, de honda raíz consuetudinaria, el Derecho vizcaíno constituye un auténtico derecho de viudedad, que bien puede equipararse a la viudedad aragonesa, que en definitiva es también de origen consuetudinario” (313).

También Uriarte Lebario, con referencia al territorio de Ayala (Alava), destacó la existencia consuetudinaria del que llama *usufructo poderoso*, que concibe como una combinación de la viudedad y del poder testatorio; y defendió el reconocimiento de tal institución en el Apéndice del Derecho foral vascongado al Código civil (314).

Tal sugerencia no ha sido tenida en cuenta en los pocos artículos que al Derecho de la tierra de Ayala se dedican en la vigente Compilación del Derecho civil foral de Vizcaya y Alava (aprobada por ley de 30 de julio de 1959). Pero es que, además, dicha Compilación, al regular en su artículo 48 el testamento por comisario del Derecho vizcaíno, igualmente ha hecho caso omiso de la realidad jurídica consuetudinaria en la tierra del infanzonado (315). Baste lamentar aquí, pues no es éste lugar oportuno para la crítica de la Compilación, el olvido

---

(312) Manuel R. Lezón, *Cuestiones que plantea el testamento por comisario, regulado en el Fuero de Vizcaya*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, XXII, núm. 216 (1946-mayo), págs. 300-302.

(313) Adrián Celaya Ibarra, *El testamento por comisario*, en Anuario de Derecho Civil, XXV-3.º (1973, julio-septiembre), pág. 777.

(314) Luis María Uriarte Lebario, *El Fuero de Ayala*, Madrid 1912, páginas 135-143.

(315) En este sentido, escribe Celaya Ibarra (*El testamento por comisario, cit.*, pág. 779): “Es lamentable que la Compilación no complete el art. 48 concediendo expresamente al viudo el usufructo. Ni lo hace ni indica a quien corresponden los frutos, provocando una laguna legal. Para colmarla parece natural recurrir al sentido interno del Derecho foral y a la costumbre, reservando al viudo el derecho a los frutos. Pero es de temer que prevalezca otra interpretación, ya que si aplicamos los principios del Código Civil el heredero designado adquirirá los bienes con efecto retroactivo y desde la fecha de la muerte del causante (arts. 440 y 661)”.

La vigente Compilación de Vizcaya no hace sino reproducir lo que establecía el fuero 20, 2. Así, su art. 49 dispone: “Cuando el matrimonio se disuelva sin hijos, terminará la comunicación foral y se procederá conforme a las siguientes reglas: ... 3.ª El cónyuge viudo que hubiere venido al caserío del premuerto tendrá, mientras se conserve en tal estado, el derecho de continuar en él y de gozar del usufructo de la mitad de sus pertenecidos durante un año y día, usufructo que será compatible con lo establecido en los arts. 26 y 34. 4.ª Cuando el cónyuge viudo hubiere traído dote u otra aportación, el plazo establecido en la regla anterior se prorrogará por todo el tiempo que los herederos del finado tarden en devolvérsela, sin perjuicio del derecho que le asiste para reclamar aquéllas en cualquier tiempo una vez transcurrido el año y día expresados”.

Naturalmente, nada tienen que ver con el derecho de viudedad las cuotas usufructuarias que, para los supuestos de sucesión forzosa y abintestato, se reconocen al cónyuge viudo en los arts. 26 y 34 de dicha Compilación.

padecido respecto a la práctica jurídica y el Derecho consuetudinario de Vizcaya y Alava (316).

En relación a nuestro estudio, sí interesa subrayar que en el Derecho histórico vizcaíno nada encontramos en que apoyar, en caso alguno, la existencia de facultades de enajenación en favor del cónyuge viudo usufructuario.

D) DERECHO CATALÁN.—En Cataluña, como resultado de la evolución histórica anteriormente descrita (vid., en este capítulo, IV-D), la práctica consuetudinaria de concesión de usufructo viudal fue sancionada por el *usatge* 147 o *usatge Vidua* —posteriormente adicionado al núcleo originario o más antiguo del cuerpo de los *Usatges* (317)—, y que reconoce a la viuda, mientras no contraiga nuevas nupcias y guarde castidad, el derecho de usufructo universal y vitalicio sobre todos los bienes del marido (318). Nada se dice respecto al viudo, y parece evidente que quedaba excluido del usufructo de viudedad (319).

(316) A efectos de crítica de la Compilación del Derecho civil foral de Vizcaya y Alava, me remito a la opinión de uno de sus más autorizados comentaristas actuales: Adrián Celaya Ibarra. Este autor dice al respecto: “El Derecho de Vizcaya en la actualidad está petrificado. La Compilación de 1959 no hizo sino traducir al castellano de hoy con ligeros retoques y alguna mutilación, el viejo texto de nuestro Fuero” (*El Derecho Foral de Vizcaya en la actualidad*, Bilbao 1970, pág. 40). Y en su trabajo sobre *El régimen de bienes en el matrimonio vizcaíno* (Estudios de Deusto, vol. XIV-fasc. 27, enero-abril 1966, pág. 11) escribe: “La Compilación de 1959, lo mismo en este punto que en otros lugares, se ha limitado a dar nueva redacción, en forma técnica y moderna, a los viejos textos forales, innovando muy poco. Estimamos que este modo de proceder es muy defectuoso, aunque tenga sus antecedentes en los trabajos de la primera comisión de codificación de Vizcaya y Alava, que no se propuso otra cosa que modernizar los textos legales, sin más ambiciones”.

(317) Los autores que se han ocupado del proceso formativo de los *Usatges* no han concretado bien el momento de incorporación del *usatge Vidua*. Vid. Valls-Taberner (*El problema de la formació dels Usatges de Barcelona*, en *Obras Selectas, II, Estudios Histórico-Jurídicos*, Madrid-Barcelona 1954, pág. 49) y Guido Mor (*En torno a la formación del texto de los “Usatici Barchinone”*, en AHDE, XXVII-XXVIII, 1957-1958, págs. 413-459, en especial págs. 423 y 425).

Para 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*, Barcelona 1918, I, págs. 171-172) tal *usatge* es de los atribuidos, con fundamento, a Jaime I, pero su carácter es evidentemente consuetudinario.

Lalinde Abadía (*Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho Catalán*, Barcelona 1965, págs. 199-200) concreta mejor el origen y carácter de dicho *usatge*. “No está determinado —dice este autor— el momento de aparición del *usatge Vidua*, el cual quizá puede haber cristalizado en el siglo XIII, si se tiene en cuenta que los *usatges* de siglos anteriores suelen reflejar más bien una estructura feudal, de la que no se hace eco este último. En todo caso, es posible que no haya hecho sino recoger por escrito un derecho anterior, es decir, un derecho consuetudinario, pues el propio término *usatge* es expresivo de ello, aunque tampoco haya de sentarse dogmáticamente que todos estos *usatges* hayan recogido usos, prácticas y costumbres anteriores”.

(318) *Usatge* 147: Vidua si honeste et caste post mortem viri sui in suo honore bene nutriendo filios suos vixerit habeat substantiam viri sui quam-

En las Cortes de Perpiñán, del año 1351, el rey Pedro III de Cataluña y IV de Aragón promulgó la constitución *Hac nostra*, que atribuía a la viuda el denominado *any de plor* (año de luto) (320). Gran

---

diu steterit sine marito. Si se adulteraverit amittat honorem suum et totum avere viri sui et veniat honor, in potestate filiorum, si in etate fuerint vel in illorum propinquorum, ita tamen ut non perdat suum avere si in presenti apparuerit nec sponsaliciam amittat quamdiu vixerit, postea redeat ad filios vel propinquos (Academia de la Historia, *Cortes de los antiguos reinos de Aragón y de Valencia y Principado de Cataluña*, Madrid 1896, I, pág. 45).

En su versión catalana, pasó a las Constituciones con la siguiente redacción: Vidua si honestament, e casta viura apres la mort de son Marit en sa honor, nodrint be sos Fills, haja la substantia de son Marit, aytant como estara sens Marit. Si cometra adulteri, e lo lit de son Marit violara, perda sa honor, e tot lo haver de son Marit, e la honor venga en poder dels Fills, si en edad ne seran, o de altres propinques de aquells, axi empero que no perda son haver si en present apparra, ne perda lo sponsalici mentre viura, e puys retorn als Fills, o als propinques (Constitutions V, 3, 1. *Constitutions y altres Drets de Catalunya, compilats en virtut del capitol de cort LXXXII de las Corts per la S. C. y R. Majestat del Rey Don Philip IV nostre senyor celebradas en la Cividat de Barcelona any MDCCII*, volvm primer, Barcelona any 1704, pág. 354).

Con razón señala Pella y Forgas (*Código civil de Cataluña*, 2.<sup>a</sup> edic., I, Barcelona 1943, pág. 226, nota 4) que la traducción catalana del texto latino es servil e incorrecta: habla de *cometrá adulteri* donde el texto latino dice *se adulteraverit*, es decir se corrompiese; de otro lado, no tiene sentido hablar de adulterio de la mujer viuda; se trata de que ésta no guarde castidad o viva deshonestamente.

(319) Para algún autor, así Durán y Ventosa (*L'usdefruit vidual a Catalunya*, Barcelona 1917, pág. 10; citado por Lalinde Abadía, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, Barcelona 1965, págs. 199-200), la protección que otorgaba el *usatge Vidua* en un principio debió serlo por igual para ambos cónyuges. Lalinde Abadía (*cit.*, pág. 200) discrepa de este parecer y estima "es más racional suponer que el *usatge* ha recogido el derecho anterior tal como se había venido practicando, y nada tiene de particular que sólo atendiera a la protección de la viuda, por cuanto ésta era, por regla general, la de condición más débil".

A este respecto quiero recordar que en los documentos catalanes que antes fueron transcritos (vid. notas 202 y 203 de este trabajo), aunque no faltan casos de concesión de usufructo por la mujer a favor de su marido, es mucho más frecuente del supuesto inverso.

(320) Ab aquesta nostra Constitutio per tots temps valedora sancçim, que la Muller, mort lo Marit, encontinent apres la mort de aquell sie vista tots los bens de son Marit posseir, e dins lo Any del plor de aquells bens en totas cosas a la sua vida necessarias sie proveida: apres lo dit Any empero del plor los fruyts de aquells bens faça seus, fins a tant que a ella en lo dot, e sponsalici seus sie integrament satisfet: exceptadas empero las Mullers a las quals per lurs Marits certs Locs, o rendas, o altres bens de hont rendas annuals, o esdeveniments puxan proveir, per seguretat de lur dot, o sponsalici seran assignats, en lo qual cas, aquells tantsolament Locs, o rendas, o bens sie vista posseir, e sobre aquells haja la sua provisio, e los fruyts seus faça de aquells. Ajustant que la Muller en lo primer cas, ço es a saber quant tots los bens del Marit seu posseir sie vista, inventari començar, dins vn mes apres que la mort de son Marit sabra comptador, e dins altre seguent complir, de tot en tot sie tinguda, en altra manera, de la provisio del Any del plor, e del profit de fer los fruyts seus fretur ipsofacto: Perço empero no entenem los estrets a fer inventari de fer quell en ninguna manera esser desliurats (Constitutions V, 3, 2; *Constitutions y altres Drets de Catalunya, cit.*, I, pág. 354).

parte de los autores catalanes estimaron que esta constitución derogó el *usatge Vidua* y que, en consecuencia, el usufructo a favor de la viuda dejó de ser institución legal para entrar en juego sólo en caso de que el marido lo hubiese concedido (321). Otros, por el contrario, y sin duda con más acierto, han visto en el *any de plor* una limitación del *usatge* sin derogación de éste, aunque una restricción del mismo viniese a consecuencia de otros factores (322). En definitiva, por influencia de la constitución *Hac nostra* y por la opinión de los juristas clásicos catalanes, se originó una verdadera costumbre contra el *usatge Vidua* que, aun sin derogación formal de éste, lo orilló, y llegó a privar de carácter legal al usufructo de viudedad.

En cualquier caso, y en cuanto trasciende al contenido de dicho derecho de usufructo viudal, aparece claro que en el Derecho de Cataluña nada hay que abone una interpretación de tal usufructo favorable a atribuir a la viuda facultades de enajenación, ni siquiera en caso de necesidad. Los autores clásicos catalanes —así Fontanella (323)— y la antigua jurisprudencia de los Tribunales de Cataluña,

---

(321) Así lo sostuvo Durán y Bas (*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona 1883, págs. 67, 79-80) quien, sin embargo, era partidario del restablecimiento del *usatge Vidua*; y también Brocá (*Historia del Derecho de Cataluña*, cit., pág. 237); Pella y Forgas (*Código civil de Cataluña*, cit., III, pág. 291); Borrell y Soler (*Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.<sup>a</sup> edic., V, Barcelona 1944, pág. 399, nota 2); y Carlos María Soldevila (*Drets de la vidua*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1912, pág. 225).

(322) En este sentido, Durán y Ventosa (*ob. cit.*, pág. 225; cit. por Lalinde Abadía, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, Barcelona 1965, pág. 201).

Estimamos correctas las consideraciones que al respecto hace Lalinde Abadía. Desde luego —dice este autor—, hay un hecho indudable que habla contra la derogación formal, y es que el *usatge Vidua* no pasa en las recopilaciones al libro de las disposiciones superfluas, sino que es recogido en el libro primero, y juntamente con la *Hac nostra*. Hay que suponer que ambas disposiciones eran compatibles: el *usatge* había sido dado para unas situaciones especiales, si bien fueran las más frecuentes en su época, y que simplificaba todas las cuestiones en cuanto no obligaba a pensar en año de luto, derecho de alimentos, etc., siendo el reflejo de una sociedad campesina y representando la versión catalana de la prórroga de la sociedad económico-conyugal, que se daba por entonces en todos los derechos de los distintos reinos. La *Hac nostra*, que refleja las preocupaciones de un siglo posterior, no se entromete en las situaciones reguladas por el *usatge*, sino que atiende a la generalidad de los casos, no solucionados conforme a la fórmula del *Vidua*, y distingue dos momentos: uno, el del primer año siguiente al fallecimiento del marido, y otro, el del período posterior. La aplicación de la *Hac nostra* debió ser mucho más intensa que la del *usatge Vidua*, a medida que la clase burguesa predominó sobre la familia campesina. No obstante, el *Vidua* se mantuvo y fue recogido entre las disposiciones vigentes de las recopilaciones, dada su posible aplicación con independencia o, mejor dicho, haciendo entonces innecesaria la aplicación de la constitución. Es un error haber considerado a una disposición derogada por la otra, aunque ese error haya sido abonado en muchas ocasiones por los propios juristas clásicos (Lalinde Abadía, cit., págs. 201-203).

(323) Fontanella, *Tractatus de pactis nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus*, Genevae 1752, II, pág. 499; cl. VII, glos. III, pars X, núms. 98, 99, 101 y 102.



más bien atienden a restringir las facultades de la viuda a quien el marido ha legado el usufructo universal, pues habiendo hijos el usufructo queda reducido a un derecho de alimentos, a menos que conste fue otra la voluntad del marido (324); y si los hijos muriesen, desde ese momento la viuda tiene la plenitud del usufructo (325).

Análogamente sucede en alguno de los Derechos locales de Cataluña. Las *Costums de Tortosa* contemplan el supuesto de que el marido en "*son testament o darrera volentat*" haya dispuesto "*que sa muller sia dona e poderosa dels seus bens*", y en tal caso —ordenan— "*es entes que ella qu'els deu procurar e aministrar, salua la substancia*", y respecto "*dels fruyts o esplets o rendes que de tot exiran, que ella que aja son menjar e son beure e son vestir e ses necessaries o obs, ensems ab son fills, e el sobrepus deu salvar, y es tenguda qu'en reta comte*" (326). En síntesis: según el Derecho de Tortosa, en el legado de usufructo universal a favor de la viuda, ésta debe administrar y cuidar los bienes, con obligación de conservarlos; en cuanto a los frutos, tiene sólo un derecho de alimentos, conjuntamente con los hijos; y respecto a los frutos o rentas sobrantes, ha de conservarlos para los herederos del marido, a quienes deberá rendir cuentas (327).

E) DERECHO VALENCIANO.—En los *Furs de Valencia*, el legado de usufructo universal se configura, al igual que en las *Costums de Tortosa*, como un simple derecho de alimentos, condicionado a que la esposa guarde castidad. Asimismo se regula el supuesto inverso, el de usufructo legado por la mujer a su esposo, que viene supeditado a la no repetición de nupcias (328).

---

(324) Sobre estos problemas, vid. la concreta exposición de Maspons y Anglasesell, *Derecho catalán familiar*, traducido al castellano por. Rodríguez-Aguilera, Barcelona 1956, pág. 133, y notas en la misma página.

(325) Así lo resolvió el Senado de Cataluña, en sentencia de 4 de noviembre de 1600. Cfr. Fontanella, *ob. cit.*, pág. 499, cl. VII, glos. III, pars X, número 102.

(326) *Costums de Tortosa*, 6, 4, 30: Testador qui fa son testament o darrera volentat, et en aquel estableyx hereus fills o altres, o substituets, e en aquel testament o darrera volentat lexara que sa muller sia dona e poderosa del seus bens, es entes que ella qu'els deu procurar e aministrar, salua la substancia; en axi qu'el seu dot e'l escreys, o la sua part, si persona es que tot ensems estia, que ella re del dot ni del escres non leu ni'n traga, et dels fruyts o esplets o rendes que de tot exiran, que ella que aja son menjar e son beure e son vestir e ses necessaries o obs, ensems ab sos fills, e el sobrepus deu salvar, y es tenguda qu'en reta compte (Oliver, *Historia del Derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*, IV, Madrid 1881, págs. 282-283).

(327) Vid. Oliver, *ob. cit.*, III, Madrid 1879, págs. 42-43.

(328) Fueros de Valencia, 86, 33: Si in ultima voluntate vel testamento dixerit aliquis quod uxor sit domina et potens hereditatis et bonorum tantis post mortem ipsius testantis ad certum tempus vel in tota vita sua, heres alimenta moderate teneatur eidem uxori prestare secundum valorem uxoris, quamdiu absque marito et honeste vixerit. Idem ius ex parte uxoris testantis similiter observetur, quamdiu vir sine uxori vixerit (Dualde Serrano, *Fori Antiqui Valentiae*, Madrid-Valencia 1950-1967, pág. 167).

El comentarista Tarazona escribe: "Lo vsufruyt que sera dexat a dalgu,

F) DERECHO ITALIANO.—Los Estatutos y Consuetudines medievales de las ciudades italianas nos presentan la institución del usufructo a favor de la viuda, con un alcance y un sentido muy semejantes a los que acabamos de ver en las Costums de Tortosa y en los Furs de Valencia. Las fórmulas clásicas, más comúnmente utilizadas por unos y otros textos legales, son coincidentes: *domna et domina bonorum viri sui*; *domina et usufructuaria in domo mea*; *domina et massaria*; *domna et patrona*; *domina, massaria et usufructuaria*; etcétera (329).

En algunos textos, así la *Consuetudine amalfitana* (330), el usufructo de viudedad aparece como un derecho legalmente reconocido a la mujer; pero la mayor parte de los Estatutos que regulan esta institución lo hacen sólo en relación al supuesto de que el marido, en su testamento, haya dejado a su esposa *domna et domina et usufruc-*

---

asi que sia a vida, como a cert temps, expira per mort del vsufructuari. Y dexat a la muller per son marit, si aquella se casara segona vegada, o fornicara pert lo, y deu se tornar als fills del marit quel dexa, y si per esser los fills menors dexaren de cobrarlo, poden apres cobrar la cosa ab tots los fruyts que podien rebre. Entenent allo esser dit fruyts que sobra de la cosa deduydes les despeses necessaries" (Micer Pere Hieroni Taraçona, *Institucions dels Furs, y Privilegis del Regne de Valencia*, Valencia 1580, págs. 207-208).

Del usufructo testamentario universal a favor de la mujer, para que ésta sea *dona e poderosa*, se ha ocupado María Angeles Belda Soler (*El régimen matrimonial de bienes en los Furs de Valencia*, Valencia 1965, págs. 124-126), aunque sin profundizar el tema, y sin aportación documental alguna.

(329) Pertile (*Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, 2.<sup>a</sup> edic., III, Turín 1894, pág. 341; y IV, Turín 1893, páginas 102-103) fue el primero que, respecto al Derecho medieval italiano, puso su atención en la existencia de este usufructo de viudedad, así como en las fórmulas indicadas. Después se ocuparon Lattes (*Il Diritto consuetudinario delle città lombarde*, Milán 1899, págs. 253-255) y Besta (*Il Diritto consuetudinario de Bari e la sua genesi*, en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, XXXVI, pág. 89). Tamassia trató de la cuestión, con abundancia de datos documentales, en su obra *Il testamento del marito. Studio di Storia Giuridica italiana*, Bologna 1905 (ahora recogido en *Scritti di Storia Giuridica*, III, Padua 1969, págs. 379-422). Unas páginas acertadas dedica a esta materia Meijers (*Droit Ligurien*, págs. 51-52). Se encuentran también algunas indicaciones en Franco Nicolai (*La formazione del Diritto successorio negli statuti comunali del territorio lombardo-tosco*, Milán 1940, págs. 287-289), en Vismara (*L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia*, en *Studia et Documenta Historia et Iura*, XXII, 1956, págs. 246-249 y 254); en Besta (*Le successioni nella Storia del Diritto italiano*, Milán 1961, pág. 105), en Bellomo (*Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi. Contributo alla storia della famiglia medievale*, 1961, págs. 221-222); y, últimamente, con respecto a Cerdeña, en Vismara (*Momenti della Storia della famiglia sarda*, en *Studi Sassarisi*, Serie III, vol. II, *Famiglia e società sarda*, Milán 1971, págs. 183 y 188).

(330) *Consuetudine Amalfitana*, cap. X: "Ut mulier post mortem viri sit domna et domina. Mulier coniugata, post mortem viri sui, est domna et domina bonorum viri sui, ad tenendum, regendum et gubernandum bona ipsa ad opus filiorum et heredum viri sui, donec custodiat lectum viri sui". Y el cap. XI añade: "In optione matris est, si vult esse domna et domina omnium bonorum communium et custodire lectum viri vel non, sive stare cum filiis suis vel non; secus est si habeat dotes et quartam" (Tomo el texto de Tamassia, *Il testamento del marito*, cit., págs. 395-396).

tuaria in domo sua. Y la tendencia general, cada vez más acusada, fue la de supeditar este derecho a las necesidades comunes de la familia, de suerte que la viuda tenía un derecho de usufructo limitado, más bien un derecho de alimentos, concebido en función de las necesidades familiares (331).

(331) En este sentido cabe citar los siguientes textos:

I. El *Liber Consuetudinum Mediolani* (de 1216), al regular los límites de disposición voluntaria del marido a favor de la mujer, establece estas normas:

15, 7: *Amplius maritus uxori suae in ultima voluntate, iure consuetudinario nostrae civitatis, nihil preaeter usufructum relinquere potest.*

Et si domina et massaria et usufructuaria, ut moris est, a marito suo constitutatur vel domina tantum vel massaria tantum vel usufructuaria tantum, nihil amplius habebit quam usufructum.

15, 8: *Ita vero ut secundum facultatem et dignitatem, iudicis arbitrio, alimenta uxoris decernantur, si filios vel nepotes vel alios descendentes habuerit.*

Alioquin tantum usufructum habebit donec in domo viri honeste permanerit et dotem et quartam non receperit.

(Besta y Barni, *Liber Consuetudinum Mediolani, Anni MCCXVI*, Milán 1949, págs. 94-95.)

II. Estatutos de Venecia (año 1242), IV, 15: *De uxore quae est relicta domina et domina. Sancimus, ut si aliquis uxorem suam donnam et dominam in domo sua, quod per haec verba habeat de bonis defuncti ea tantum, quod sibi sunt necessaria ad commestionem et potum, secundum facultatem bonorum defuncti, et sit domina in domo* (Tomo el texto de Tamassia, *Il testamento del marito, cit.*, pág. 415).

III. *Additio* a los Estatutos de Parma, del año 1255: *Additum est huic capitulo quod si aliquis relinquit seu relinquet uxorem suam dominam et massariam et usufructuariam seu fideicommissariam, quod ob hoc dicta uxor non possit nec debeat habere ultra dotem nisi alimenta decencia secundum facultatis determinata...*

O sea, como dice Bellomo (*Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi. Contributo alla storia della famiglia medievale*, 1961, págs. 221-222), de quien he recogido el texto, éste ofrece una preciosa base documental para comprobar cómo la norma estatutaria comprimía al máximo el derecho de la viuda de utilizar para sí el patrimonio del que, sin embargo, era *domina et massaria et usufructuaria*.

IV. La difusión en Italia de la práctica de que el marido dejase a la mujer *domina et usufructuaria* viene atestiguada por los formularios notariales de la época:

a) Así, el *Ars Notarie de Bencivene* (compuesto hacia 1235) y que, pese a su nombre, no es sino un simple formulario, bajo el título *De voluntatibus ultimis* ofrece un modelo de testamento que comprende el legado de usufructo universal: *"Petrus quondam Sampronii, eger corpore tamen sanus mente, hoc testamento sine scriptis per nuncupationem fecit in hunc modum: primo enim pro anima sua .m. libras imperialium...; item dominam Bertam uxorem suam in domo sua reliquit dominam et usuarium et massariam omnium suorum bonorum donec castam duxerit vitam suam, set si aliam vitam elegerit, habeat dotem suam que fuit .m. librarum imperialium et insuper .x. libras imperialium de suo iure legati reliquit..."* (Giovanni Broncino, *Studi e ricerche N. S. XIV. Bencivene Ars Notarie*, Bolonia 1965, págs. 103-104).

b) En términos análogos, el formulario comprendido en el *Ars Notarie de Salatielle* (entre 1237 y 1254) contiene un modelo de *instrumentum testamenti sine scriptis et nuncupativi*, del tenor siguiente: *"Neratus volens per nuncupationem et sine scriptis condere testamentum inter heredes et legatarios bona sua disposuit in hunc modum, in primis quidem pro anima sua reliquit .c. libras bononinorum..., item uxori sue B. legavit .c. libras quas*

Los glosadores encontraron una contradicción entre la figura de la *domina* y la de la *usufructuaria*; de ahí resulta explicable que las Consuetudines y los Estatutos italianos mirasen a limitar el valor y alcance de la fórmula (332).

G) DERECHO FRANCÉS Y BELGA. — Diversas fuentes jurídicas de Francia y Bélgica, correspondientes a la Edad Media y la Edad Moderna, reconocen un derecho de usufructo a favor del cónyuge viudo, con unas u otras variantes, frecuentemente determinadas por la existencia o carencia de hijos en el matrimonio.

Sin embargo, sean cuales fueren las atribuciones otorgadas al usufructuario, en modo alguno se permite al viudo, aun en caso de necesidad, enajenar bienes usufructuados cuyos nudo propietarios no sean hijos comunes del cónyuge premuerto y del sobreviviente.

Una redacción del *Derecho de Lille*, de final del siglo XIII (*Le Livre Roisin*), concede al cónyuge sobreviviente —marido o mujer— el disfrute de la totalidad del patrimonio familiar durante su vida, bien sea cuando lo han establecido por convenio en cartas formalizadas ante los magistrados, bien, en todo caso, por sangre, cuando del matrimonio han nacido hijos y han vivido el tiempo necesario para ser bautizados (333).

El *Derecho de la región de Cambrai* concede asimismo un derecho de usufructo al cónyuge viudo, con distinto alcance según que del matrimonio haya habido hijos o que el enlace se disuelva sin descendencia: a) en el primer caso, el sobreviviente de los cónyuges de primer y noble matrimonio debe gozar de la totalidad de las heredades de *mainferme* (334) o de las heredades aportadas al matrimonio por el premuerto; pero cuando los hijos llegan a la mayor edad, este usufructo se reduce a la mitad; b) en el segundo supuesto, esto es, si el matrimonio se disuelve sin hijos, el viudo tiene el disfrute vitalicio de la totalidad de las heredades de *mainferme*, pero con la prohibición de venderlas en perjuicio de los herederos del premuerto, pues puede disponer sólo de la mitad que le corresponde en propiedad; c) en ambos casos —haya hijos o no—, las heredades de conquista o

---

ab ea habuit in dotem et ipsam reliquit dominam et usuarium omnium bonorum suorum donec cum filiis suis caste vixerit..." (Gianfranco Orlandelli, *Salatiele Ars Notarie*, Milán 1961, II, pág. 307).

No carecen de interés, a los efectos de nuestro estudio, los términos restringidos en que ambos formularios expresan los derechos de la viuda (*dominam et usuarium*), el condicionamiento expreso que Bencivene hace de guardar castidad (*donec castam duxerit vitam suam*), y que Salatiele, además de esa condición, añade la de comunidad de vida con los hijos (*donec cum filiis suis caste vixerit*).

(332) Tamassia, *Il testamento del marito*, cit., pág. 415.

(333) *Livre Roisin de Lille*, 121. Vid. la transcripción en la nota 158, apartado I.

(334) *Heritaiges de mainferme* eran heredades rústicas poseídas de manera firme y permanente contra un censo fijo. Cfr. Greimas, *Dictionnaire de l'ancien français jusqu'au milieu du XIV<sup>e</sup> siècle*, París 1969, pág. 380; y Le-pointe, *Petit vocabulaire d'Histoire du Droit Français*, París 1848, pág. 207:

adquiridas por ambos cónyuges, al fallecimiento de uno de ellos pertenecen al viudo, en cuanto a una mitad en usufructo vitalicio, y en cuanto a la otra mitad en pleno dominio (335).

*Le Paweilhar Giffou* —compilación privada del Derecho de Lieja, redactada en varias etapas a fines del siglo XIII y comienzos del XIV— reconoce al cónyuge sobreviviente, siempre que haya hijos a la disolución del matrimonio, un derecho de usufructo vitalicio sobre el conjunto de los bienes de la comunidad, y denomina a este usufructo *humiers* (336). El cónyuge viudo puede vender su derecho de usufructo, sin perjuicio siempre de la propiedad que corresponde a los hijos (337); y la enajenación se entiende sólo por el tiempo de duración del mismo usufructo, “*car li peirez ne puet vendre se che nom qu'il y avoit, et aultrement nient*” (338). Más aún: hasta tal punto el viudo carece de facultad de disposición respecto a la propiedad, que los hijos pueden enajenar las fincas que les han sido legadas por su padre, si bien sin perjuicio del usufructo de la madre: “*et vendre le puelent, salveit les humiers delle meire*” (339).

---

(335) Meijers-De Blécourt, *Droit Cambrai*, I; textos siguientes:

IX, 39: Le dernier iour d'avpril an 1499 vint à Cambray pour avoir conseil et advis sur ce que cy après s'enssieuult... Or advint que l'ung desdictz conioinctz termina vye par mort, c'est à scavoir le mary, sans delaisser hors ou hoir procee de sa chair en leur dicte conioinction durant... Il fut dicte par les dictes conseillers, veu ce que dicte est et que c'estoit pays et conté de Cambresis, que ladicte vesve iouira et possedera des prouffictz de tous lesdictz heritaiges de mainferme sa vye durant; mais elle ne les polra vendre au preiudice desdictz hoirs dudict feu son mary, sinon la moitié venant après son trespas aux hoirs de par elle; ... (págs. 129-130).

IX, 41: Le dernier vivant de deux conioinctz du premier et noble mariaige doibt iouir de la totalité des heritaiges de mainferme de Cambray et Cambresis ou des heritaiges portés en mariaige par le premier morant iusques à ce que les enfans sont eaigiez et après de la moitié (pág. 130).

IX, 51: Es heritaiges acquestez par deux conioinctz à lealle acqueste, après le trespas du premier morant desdictz acquesteurs, la proprieté eschiet aux enfans ou aultres heretiers dudict morant à la charge du viage et usuffruict appartenant au survivant; l'autre moitié appartient en proprieté audict survivant pour le transmettre à ses hoirs. S'il ny avoit enfans, il viendroît plustot aux freres que aux nepveux, car il n'est point encoire mis en ligne. Et n'en polroit ledict survivant disposer par la coustume après lic rompu (pág. 131).

(336) Albert Baguette, *Le Paweilhar Giffou. Édition critique*, Lieja 1946. En el glosario que contiene dicha obra, traduce *humiers* por *usufruits de l'époux survivant* (pág. 103).

Sobre tal derecho de usufructo a favor del cónyuge viudo, vid. Maurice Yans, *L'Équité et le Droit Liégeois du Moyen Age. Etude historique des successions*, Lieja 1946, págs. 31 y ss.

(337) *Paweilhar Giffou*, 32: Se uns hons est vevez ilhe puet bin vendre ses humiers, mais se ilhe avint que ilhe vende hiretaige tout à coup qui à ses enfans, se ilhe les at, doivent parvenire, li hons at forfait ses humiers et puelent si enfans tantoist alleir alle hiretaige (Baguette, *cit.*, pág. 9).

(338) *Paweilhar Giffou*, 115 (Baguette, *cit.*, pág. 33). Este texto equipara la muerte civil (*forjurement*) a la muerte natural: si el padre es muerto civilmente, el hijo, propietario *in spe*, deviene propietario y no queda obligado por las convenciones anteriores relativas al usufructo (Yans, *L'Équité et le Droit Liégeois du Moyen Age, cit.*, pág. 33, nota 2).

(339) *Paweilhar Giffou*, 60 (Baguette, *cit.*, pág. 16).

Son también de interés las *Coutumes de Saint-Amand* (hoy Saint-Amand-les-Eaux, departamento del Norte, en Francia), y que comprenden un conjunto de redacciones privadas sucesivamente compiladas a lo largo de los siglos XII al XV (340). El usufructo viudal que, en ciertos casos, dichas *Coutumes* reconocen en favor del cónyuge sobreviviente viene concebido un tanto en función del régimen matrimonial, vinculado éste con el derecho sucesorio y, al igual que en otros ordenamientos vistos anteriormente, condicionado por la circunstancia de que nazcan hijos del matrimonio o, por el contrario, de que no llegue a haber hijos. Siguiendo a Meijers (341), cabe sintetizar así la situación jurídica del cónyuge viudo: a) a falta de hijos, la *Coutume de Saint-Amand* da al cónyuge sobreviviente un derecho de usufructo sobre los inmuebles del esposo predifunto; b) sin embargo, el nacimiento de hijos, incluso si éstos fallecen inmediatamente después de nacer, tiene como consecuencia un derecho de propiedad del esposo sobre todos los bienes matrimoniales (342); c) fallecido uno de los esposos, el sobreviviente conserva todos los bienes del matrimonio en tanto no contraiga nuevas nupcias, pero no puede, sin consentimiento de los hijos, disponer de los inmuebles adquiridos constante matrimonio o durante la viudez; y si los hijos son menores de edad, el padre o madre viudo tiene necesidad del consentimiento del más próximo pariente varón de la línea del cónyuge premuerto; y debe jurar en presencia de cuatro magistrados que la venta se hará en provecho de los hijos; d) en cuanto a los bienes muebles, el esposo sobreviviente será propietario, haya o no hijos; él posee los muebles a *tou dis* (para siempre), y puede, incluso, hacer donación de sus muebles a quienquiera que sea, supuesto que sea una donación razonable (343).

---

(340) Los diferentes textos han sido publicados por E. M. Meijers y J. J. Salverda de Grave, *Des Lois et Coutumes de Saint-Amand*, Haarlem 1934.

(341) Meijers, *Les institutions municipales et le droit coutumier de Saint-Amand en Pévèle au moyen âge*, en *Études d'Histoire du Droit*, I, Leyde 1956, págs. 108-111.

(342) I, XXI, 19: S'aulcun varlet prent damoiselle, li quelz que prumiere meur, s'il ont eü hoir, pour chou sont hireté; comment qu'il soit, s'i demeurent li meules a tous dis, et l'iretaige tenue a vie (Meijers-Salverda, *Coutumes Saint-Amand*, pág. 79).

I, XX, 8: S'aulcun varlet prent vefve femme a enfans, s'il en a hoirs, il a guagniét le quart; s'il n'en a hoirs, se le tient il se vie de l'heritage, et de meuble a tou dis; de tout le sien a la dame hirtee. S'il ont eüt hoirs, si n'a puis aultre femme, comment qu'il soit, s'en a li homs le quart (Meijers-Salverda, *Coutumes Saint-Amand*, pág. 71).

(343) I, XX, 11: S'aulcun demeure sans marit, ses enfes li debat son heritaige a vendre; outre n'i a pooir (Meijers-Salverda, *Coutumes Saint-Amand*, pág. 71).

I, XX, 22: Li femme vefve a enfans, s'elle vent heritaige, se si enfans sont eagiét, se si loët ou graient, il est estaulle et ferme; et se il ne sont eagiét, se li prosme de partir leur pere et hoir marle jure sur sains comme avoët de cesti cose, a la requeste de ces enfans, que che marchiét est proufis as enfans, et par devant. IIII. eschivins et par leur conseil, che marchiét est estaulle. Et si ne peult nulz estre avoés de la femme, doit estre pris par devant .IIII. eschevins, pour besongnier pour li de chou pour qui el est, de

Según las *costumbres francesas de Anjou y de Maine* (ambas del año 1508), el cónyuge superviviente, además de la mitad de los muebles y de las conquistas que le pertenecen en propiedad, tiene también, durante su vida, el disfrute de la mitad de las conquistas de inmuebles que pertenece a los herederos del otro cónyuge (344). Entre ambas costumbres existen ciertas diferencias: a) en Maine, el sobreviviente no pierde este usufructo aunque repita matrimonio;

---

monstrer, de werpir ou de quoi che soit, par le conseil des eschevins (Meijers-Salverda, *Coutumes Saint-Amand*, págs. 73-75).

IV, 4: Item quant aucun veut parchon et s'est vesve, aians enfans d'age, mariés ou non, on leur doit demander se c'est leur gré (Meijers-Salverda, *Coutumes Saint-Amand*, pág. 190).

IV, 15: Item quant aucun homme ou femme vefve a enfans en desoubs d'age veult avoir licensse de vendre heritages, eschevins doibvent ouir par son serment des proxime et qu'il certiffient par leur serment que les deptes sont deües et puis faire creier le nunchie a l'eglise et vendre par haulche (Meijers-Salverda, *Coutumes Saint-Amand*, pág. 190).

IV, 153: Item quand homme ou femme se marie sans avoir enfans et se porte en mariaige plusieurs heritaiges et celui ou celle qu'il espouse ait esté mariés et ait enfans vivans, non batars, iceuls conjoinst ne peullent vendre ne obligier nuls de leurs heritaiges, net plus ceulx que aroit porté celui qui n'avoit nuls enfans que ceulx qui averoit, sans le gre d'iceulx enfans, s'il sont d'agies, et s'il ne sont eagiés, par le sonseil du seigneur et loi et non autrement (Meijers-Salverda, *Coutumes Saint-Amand*, pág. 214).

I, XX, 7: S'aucun vefve veult donner de ses meubles, qui que chou soit, faire le peult, mais que che soit quelque dons convenaules (Meijers-Salverda, *Coutumes Saint-Amand*, pág. 71).

(344) Así lo resume el comentarista Trottier, *Principes des Coutumes d'Anjou et du Maine*, Angers 1783, I, pág. 223.

Según J. F. Le Calonnec, *Étude sur le régime des biens entre époux dans la Coutume d'Anjou (1508-1789)*, Angers 1963, págs. 159-160, el usufructo sobre las conquistas a favor del cónyuge sobreviviente aparece ya en la práctica de Anjou desde el siglo XIII, y como prueba de ello aduce el art. 129 de la *Ancien Coutumier* de Touraine-Anjou: "Se aucun homs et sa fame achetoient terres ensemble, cil qui plus vit maintient sa vie les achaz et les conquests. Et se einsinc estoit qu'il n'aüsse nul hoir et la fame mourust avant, li hom maintendroit les achaz sa vie: tout einsinc feroit la fame, se ele vivoit plus que li hom. Et quant ils seront mort ambedui, si retourneront li achat, l'une moitié au lignage de part la fame et l'autre moitié au lignage de part l'ome". De aquí deduce dicho autor que, en esa época, el sobreviviente tenía todas las conquistas sólo en usufructo. La situación cambia al comienzo del siglo XIV, cuando la *Compilatio* fija definitivamente los derechos de los cónyuges sobre las conquistas: "Il est usage et droit entre home et sa fame que qui plus vit plus tient et tient les achaz et les conquestes. Et fera cil qui plus vit de sa partie sa volonté, l'autre partie emprès sa mort revendra au lignage au mort, se l'en ne puit trover et montrer don ou aumone qu'il en fut...". Tenemos así, debidamente perfilado, el régimen que posteriormente habrán de mantener las *Coutumes* de Anjou y Maine y, en general, las que forman el grupo de costumbres del Oeste de Francia. (Sobre las notas comunes de estas costumbres, vid. el estudio de Jean Yver, *Les caractères originaux du groupe de Coutumes de l'Ouest de la France*, *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1952 (XXX), págs. 18-79).

Afirma Lepointe (*Quelques caractères généraux de la Coutume de Maine*, recensión en *Revue Historique de Droit Français et étranger*, 1950 (XXVIII), pág. 150) que este derecho de usufructo sobre las conquistas a favor del cónyuge viudo está profundamente arraigado en la región de Maine, puesto que existe todavía en la práctica notarial nueva.

b) en Anjou se distingue: existiendo hijos del cónyuge predifunto, el sobreviviente pierde el usufructo si casare nuevamente; por el contrario, no existiendo tales hijos, el viudo no pierde el usufructo aun cuando repita matrimonio; c) la costumbre de Anjou establece claramente que, al extinguirse el usufructo, las conquistas se reparten por mitad entre los herederos del predifunto y el sobreviviente, lo que presupone de modo evidente que éste tiene la obligación de conservar, sin enajenar, la mitad que posee sólo en disfrute; d) la costumbre de Maine es aún más explícita, pues añade de modo expreso la prohibición de que el cónyuge viudo, sin el consentimiento de los herederos del predifunto, pueda enajenar la mitad que a éstos pertenece en las conquistas, declara nula la venta o enajenación realizada sin consentimiento de los nudo propietarios, y considera tal hecho como causa de pérdida o extinción, *ipso facto*, del derecho de usufructo (345).

Otras varias *Costumbres del Oeste de Francia* asimismo atribuyen al cónyuge sobreviviente el derecho de usufructo sobre las conquistas: tal sucede en la *parte septentrional de Poitou* (el vizcondado de Thouars, el Fief franc, las castellanías de Fontenay, Vouvent,

---

(345) *Coutumes du Pays d'Anjou*, 283: Le survivant de deux conjoints par mariage *liberis existentibus* aura les acquests moitié en propriété, & moitié en usufruit tant qu'il sera en viduité, à la charge de nourrir & entretenir les enfans mineurs tant qu'ils soient en aage: & si ledit survivant se remarie, lesdits acquests se departiron entre iceluy survivant & les heritiers du premier decedé, ou leur representation en ligne directe: & s'il n'y a aucuns enfans, ledit survivant aura tous lesdits acquests, moitié en propriété & l'autre en usufruit (Bourdot de Richebourg, *Cout. Gén.*, IV, página 559).

*Coutumes du Pays et Comté du Maine*, 299: Le survivant de deux conjoints ensemble par mariage, qui ont fait acquests de choses immeubles durant leur mariage, pourveu qu'au temps du decès du premier trespasé, ils soient communs en biens, a droict de tenir iceux acquests, moitié en pleine propriété, & l'autre moitié par usufruit & viage seulement; & dont ledit survivant se peut dire & porter saisy, & s'en douloir, complaindre & applegier s'il y est troublé. Et après le decès du survivant, iceux acquests se departiron entre les heritiers du premier trespasé, & les heritiers du survivant. Mais le survivant desdits conjoints qui a l'usufruit de la moitié desdits acquests, laquelle appartenoit au premier decedé, ne pourra icelle moitié vendre, transporter, n'aliener, sans le vouloir & consentement des heritiers du premier decedé, s'ils sont majeurs, ou s'ils sont mineurs, sans l'autorité ou consentement de leurs tuteurs ou curateurs, & decret de justice: Et si autrement estoit fait, telle vendition, transport ou alienation seroit de nul effet & valeur: & neantmoins seroit perdu ledit usufruit, & retourneroit, *ipso facto*, & sans autre declaration, aux heritiers dudit premier decedé Seigneurs de la propriété, qui pourront en ce cas, comme Seigneurs en pleine propriété, eux ensaisiner de ladite moitié, & y aller à l'exploit, ou eux complaindre ou applegier, ainsi que bon leur semblera, au dedans de l'an & jour dudit transport fait, & possession prinse par l'acquireur: Et après l'an & jour, la pourront demander par action simple; & s'il advenoit que ledit survivant se remarie, en ce cas seront inventoriez les lettres desdits acquests, dont lesdits heritiers auront les doubles, si bon leur semble, & en demourera l'inventaire devers justice, pour en fournir en temps & lieu, & où, & à qui besoing sera: fors en la Baronnie de Mayenne la Juhez, où les acquests se divisent par moitié, entre le survivant & les heritiers du premier decedé (Bourdot de Richebourg, *Cout. Gén.*, IV, págs. 494-495).



Mervent y Mauleón, y generalmente entre el Sevre y el mar, así como el vizcondado de Châtelleraud), y en las regiones de *Touraine* y *Loudunois*. Ciertamente que ninguna de estas Costumbres impone con palabras expresas la prohibición de disponer el cónyuge viudo, pero ello resulta bien a las claras de los términos mismos en que los textos se pronuncian. Así, la *Vieux Coustumier de Poitou* dice: "*le survivant tient le tout desditz acquestz le cours de sa vie: c'est assavoir une moitié comme vray seigneur et propriétaire et l'autre moitié par usufruit seulement; et luy mort la moitié retourne de plain droit aux heretiers du premier mort qui en est propriétaire*" (516). Y en forma muy parecida se expresan las *Coutumes de Touraine* y del *Loudunois* (345 bis). La declaración de que, en cuan-

---

(345 bis) Los textos son coincidentes, y no dejan lugar a dudas:

I. Para la región de Poitou, la *Vieux Coustumier* del año 1417, luego de formular la norma general de que todas las adquisiciones hechas por el marido y la mujer o por uno de ellos durante el matrimonio son comunes entre sí, y de que disuelto el matrimonio se dividen por mitad entre el sobreviviente y los herederos del primeramente fallecido (art. 515), establece a continuación el Derecho especial que rige en determinadas comarcas del país. Así, el art. 516 dispone: "*Mais en la vicomté de Thouars, le Fief franc, les chastellanies et ressort de Fontenay, Vouvent, Mervent et Mauleón, et généralement entre la Sayvre et la Dyve et entre la Sayvre et la mer, et aussi en la vicomté de Châtelleraud, le survivant tient le tout desditz acquestz le cours de sa vie: c'est assavoir une moitié comme vray seigneur et propriétaire et l'autre moitié par usufruit seulement; et luy mort la moitié retourne de plain droit aux heritiers du premier mort qui in est propriétaire*" (René Filhol, *Le Vieux Coustumier de Poictou*, Bourges 1956, págs. 186-187).

En términos muy análogos se hallan redactados el art. 294 de la *Ancienne Coutume* (año 1514) y el art. 243 de la *Nouvelle Coutume* (año 1559). Los textos pueden verse en Bourdot de Richebourg, *Cot. Gén.*, IV, págs. 765 y 799, respectivamente.

II. La *Ancien Coutume du Bailliage de Touraine* (año 1507), en su capítulo 27, art. 24, dispone: "*Le survyvant des conjointz por mariage communs en biens après la mort du premier decedé prend la moitié des meubles, & tiendra tous les acquestz sa vie durant, moytié en propriété & le tout en usufruit, sinon que la part des bien meubles & patrimoines des enfans mineurs, s'aucuns en y a du premier decedé, ne fussent suffisans por nourrir & entretenir lesditz mineurs selon leur estat: ouquel cas ce sera en l'election dudit survivant de prendre l'usufruit desditz acquestz, meubles & patrimoine desditz mineurs, à la charge de les nourrir & entretenir jusques à ce qu'ilz soyent en aage & ayent industrie selon leur estat de gagner leur vie, ou de leur bailler leurdit moitié desditz meubles, acquestz & leur patrimoine. Et s'il n'y avoit enfans, ledit survyvant jouyra desditz acquestz sa vie durant, moytié en propriété & le tout en usufruit, sans estre chargé d'alimenter ou nourrir les heritiers collateraux du decedé*" (Bourdot de Richebourg, *Cot. Gén.*, IV, pág. 617).

La norma se reproduce en el art. 313 de la *Nouvelle Coutume* del año 1559 (Bourdot de Richebourg, *Cot. Gén.*, IV, pág. 670).

III. En cuanto a la *Coutume de Loudunois* (año 1518), su cap. 29, art. 22, dispone al respecto: "*Le survivant des conjointz par mariage communs en biens, après la mort du premier decedé prend la moitié des muebles, & tiendra tous ses acquests sa vie durant, moitié en propriété & le tout en usufruit; sinon que la part des bienes meubles & patrimoine des enfans mineurs (s'aucuns y a de premier decedé) ne fussent por nourrir & entretenir lesdicts mineurs selon leur estat; auquel cas, ce sera en l'election dudit survivant, de prendre l'usufruit desdits acquests, meubles & patrimoine desdits mineurs,*

to a la mitad de conquistas perteneciente al cónyuge premuerto, el sobreviviente es sólo usufructuario, no cabe duda implica forzosamente el deber de conservar dicha mitad —o sea, la obligación de no enajenar— a fin de que en su día, al fallecimiento del usufructuario, tenga lugar el retorno de tales bienes a favor de los herederos del cónyuge primeramente fallecido.

Finalmente, un texto mucho más tardío, la versión última de las *Coutumes del ducado de Limbourg y del país d'Outre Meuse*, en Bélgica (346), regula asimismo el usufructo a favor del esposo sobreviviente, en términos que, en síntesis, cabe exponer así: a) al cónyuge supérstite pertenecen en propiedad todos los bienes muebles y la mitad de todos los inmuebles conquistados y, además, el usufructo de todos los inmuebles, con la carga de pagar las deudas personales; b) desde el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes del sobreviviente, sin perjuicio de su usufructo, son objeto de devolución a favor de los hijos comunes, y por ello no puede enajenar ni gravar los bienes directa ni indirectamente; sólo puede vender en caso de necesidad, para alimentar a los hijos u otro caso semejante, y precisa que la necesidad sea declarada por el Juez y éste autorice la venta; c) si el matrimonio se disuelve sin hijos, el supérstite tiene el usufructo de todos los bienes del predifunto y, además, tiene en propiedad los bienes muebles y la mitad de las conquistas, de los que puede disponer libremente, así como de sus bienes patrimoniales; pero no puede disponer de los que correspondían al cónyuge difunto ni de los patrimoniales de éste, pues pertenecen al más próximo pariente del finado (347).

---

à la charge de les nourrir & entretenir jusques à ce qu'ils soient en aage de puberté, ou de leur bailler leur moitié desdits meubles & acquests, & leur patrimoine. Et où ledit survivant prendra ladite charge, el sera tenu (lesdits enfans venus audit aage de puberté) leur rendre ledit patrimoine, avec le reliqua dudit meuble, s'aucun en y a. Et s'il n'y avoit enfans, ledit survivant jouira desdits acquests sa vie durant, moitié en propriété, & le tout en usufruit, san estre chargé d'alimenter ou nourrir les heritiers collateraux du decedé" (Bourdot de Richebourg, *Cot. Gén.*, IV, pág. 734).

(346) Publicadas por Constant Casier y Louis Grahay, *Coutumes du Duché de Limbourg et des pays d'Outre-Meuse*. Bruselas 1889.

(347) IX, 5: La moitié des acquets faits par le mari pendant le mariage, soit des biens allodiaux, censaux, féodaux ou autres, appartient à la femme; et au dernier vivant, tous les meubles et l'usufruit de tous les immeubles, à charge de payer les dettes personnelles.

XI, 1: L'un des deux conjoints venant à décéder, les biens du survivant sont dévolus aux communs enfans, sans qu'il puisse aliéner ou charger directement ou indirectement les biens, tellement dévolus, soient-ils féodaux, censaux ou allodiaux.

XI, 6: Nul des survivans peut vendre ou charger les biens respectivement dévolus ou succédez, si ce n'est par nécessité, pour nourrir les enfans, ou quelque cas semblable; encore doit le juge déclarer que la nécessité y est, et qu'il autorise cette vente ou charge.

XII, 8: Le mariage venant à se dissoudre sans enfans, la femme, aussi bien que l'homme survivant, a l'usufruit de tous les biens généralement du prédéfunct; en outre, a en propriété tous les meubles non héréditaires, et puis demeure ce survivant maître de disposer de ses biens patrimoniaux et ceux qui lui sont tombez de son côté; comme aussi de la moitié des acquests;

H) DERECHO SUIZO.—Con ciertas variantes, en el Derecho de diferentes ciudades y comarcas suizas se encuentra la atribución legal de un derecho de usufructo, a favor del esposo sobreviviente, sobre los bienes del premuerto.

La *Carta de Freiburg*, de 1249, atribuye a la viuda el derecho de usufructo universal sobre el patrimonio de su marido, emplea para ello la clásica expresión que hemos registrado en otros ordenamientos medievales (*domina debet esse*), y se preocupa de limitar el alcance de este término, por cuanto impone a la viuda el deber de conservar los bienes usufructuados (*sine dissipatione rerum illorum liberorum*) (348).

La *Coutume de Valais*, del siglo XIV, reconoce al cónyuge viudo, tanto el marido como la mujer, el usufructo vitalicio sobre los bienes del difunto (349).

En términos análogos, la antigua *costumbre de Lausanne* (350) y la de *Moudon*, en el país de Vaud (351).

l'autre moitié d'iceux, avec les biens patrimoniaux et d'aventure du prédéfunct, appartenans au plus proche parent d'icelui.

(Casier-Crahay, *Coutumes du Duché de Limbourg et des pays d'Outre-Meuse*, Bruselas 1889, págs. 105, 106, 107 y 108).

(348) Carta de Freiburg, art. 27: Si aliquis matrimonialiter contraxerit cum aliqua, et contingerit virum mori, uxor ejus super omnia bona, que vir ejus sibi et liberis suis reliquerit sine dissipacione rerum illorum liberorum, dum est absque marito, domina debet esse.

Si autem maritari voluerit, portionem suam in mobilibus, quid quid sunt, accipere debet, et in allodiis eciam, et habere, dum vixerit. Sed post ejus mortem ipsa portio allodii ad legitimos heredes debet reverti. Nec ipsa illam portionem allodii vendere potest, nec dare nec alienare.

Et si ipsi heredes noluerint, quod ipsa mater et ejus secundus maritus in domo, in qua portionem perceperit, morentur duos honestos viros accipere debent, qui cognoscant quantum precium de ipsa portione in censum annuatim daretur, et tantum precium ipsi heredes annuatim matri debent conferre, dum ipsa vixerit.

(Meijers, *Droit Ligurien*, pág. 50).

(349) Art. 23: De ususfrut. Apres sachez que per la coutume quant la femme ou le homme meurt, cil qui soureuit le mort, use assa vie lez biens de celli qui est mort. Et sachez que quant la femme se met a user lez biens du mari, toute donation et mariage est confus et est entenu de poyer toutes deuelles du mari (Transcribo el texto, de Meijers, *Droit Ligurien*, pág. 3 de los anexos). El mismo autor (*cit.*, págs. 49-54) aporta diversos actos jurídicos de la región de Valais en que el testador reconoce a su esposa el disfrute vitalicio de los bienes, y utiliza las clásicas expresiones: *uxor dominus et domina remaneat bonorum meorum omnium; reatrix, gubernatrix et domina totius hospicii ac rerum et bonorum omnium ipsius testatoris; dominam et gubernatricem omnium bonorum meorum*.

(350) Deffuncto viro ante uxorem susceptis liberis uxor habet et habere debet usumfructum suum ad vitam in bonis viri deffuncti si velit medietatem sue dotis fundere (Copio el texto que da Meijers, *Droit Ligurien*, pág. 55).

(351) Art. 298: Comment et par quel moyen le mary est faict jouyssant, voyre seigneur et maistre des fruitz procedantz des biens de la femme. Par les promesses et contractz de mariage et solennisation des nopces le mary est faict jouyssant, maistre et seigneur des fruitz des biens de la femme, sinon que par contract aultrement en soit conditionne.

Art. 304: L'Usfruct des biens de la femme appartient au mary sa vie durant. Le mary sa vie durant est usufructuayre des biens de sa femme, tant

Las *costumbres del condado de Neuchâtel*, desde los primeros tiempos, conceden al esposo superviviente un derecho de usufructo sobre el patrimonio del predifunto (352), pero subordinado a dos condiciones cumulativas: el fallecimiento después del año y día de la celebración del matrimonio y la ausencia de hijos comunes. Sin embargo, a partir del siglo xv, la costumbre parece reconocer también el usufructo aun existiendo hijos, si bien en tal caso recae sólo sobre la mitad del patrimonio. En la práctica —señala Favarger (353)—, los derechos del cónyuge sobreviviente se extienden a menudo al conjunto de la sucesión, no obstante la presencia de hijos; especialmente cuando éstos son menores, la comunidad familiar continúa entre el cónyuge sobreviviente y los hijos. Lo que interesa subrayar aquí, a los efectos de nuestro estudio, es que, según la *Coutume de Neuchâtel*, el cónyuge usufructuario debe preservar intacto el patrimonio familiar, sin abusar de sus derechos, pues en tal caso se arriesgaría a usar mal y, por ello, perder su derecho de usufructo. Favarger cita a este respecto una decisión judicial, dictada el 17 de mayo de 1484 por el Tribunal de Landeron, que considera causa de pérdida del usufructo por parte de la viuda haber enajenado ésta una viña proveniente de los bienes sometidos al usufructo (354).

Más terminantes son aún otras fuentes del Derecho suizo del cantón de Freiburg: así, el *Liber consuetudinum et bonorum vsuum* de la villa de Murten (hacia el año 1400) (354 bis) y la *Coutumier*

apres le trespas d'icelle que durant sa vie, sy par le contract de mariage n'en est autrement arreste.

(Meijers, *Droit Ligurien*, pág. 42 de los anexos.)

(352) Respecto a esto, vid. Meijers, *Droit Ligurien*, págs. 128-133; Dominique Favarger, *Le régime matrimonial dans le Comté de Neuchâtel au XV<sup>e</sup> siècle*, en *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 27 (1966), págs. 77; y, de este mismo autor, *Le régime matrimonial dans le Comté de Neuchâtel du XV<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle*. Neuchâtel 1970, págs. 168-173, 178-191 y 194-202.

(353) Favarger, *Le régime matrimonial dans le Comté de Neuchâtel du XV<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle*, Neuchâtel 1970, págs. 170-171.

(354) Favarger, *id.*, págs. 171-172.

(354 bis) *Liber consuetudinum et bonorum vsuum* de la villa de Murten:

1. Et primo, quod in contractu matrimonii celebrati secundum bonos vsus et consuetudines Mureti, si vir obierit priusquam vxor infra vnum annum integrum et vnam diem solam post diem sponsalium, vxor non debet quicunque percipere de bonis viri et vice uersa, nec vir de bonis vxoris .. conditionibus vero in contractu factis et etiam donationibus seu legatis de altero ad alterum factis reseruatis .. et finitis anno et die antedictis .. vir bona vxoris et vxor bona viri vti debent ad vitam viuientis seu vtentis, et, expirato vtente, bona, de quibus fuerat vtens, reuertantur cuilibet persone fecundum gradum fuum, quibus peruenire deberent.

2. Item, si contingeret virum infra diem et annum quos supra decedere ab humanis et eius vxor ab ipso remanserit pregnans .. et puer masculus uel femella ultra annum et diem quos supra superviueret, eo casu contingente vxor debet vti bona viri, uel econuerso vir bona vxoris, dicto casu contrario contingente .. referuatis, tamen iuribus liberorum, vnus uel plurium, fecundum consuetudinem Mureti.

*d'Estavayer* (año 1617) (355), en ciertos casos conceden al cónyuge sobreviviente un derecho de usufructo vitalicio, pero con expresa prohibición de enajenar; y —según el último de dichos textos lega-

3. Item, quod vir vtens bona vxoris, uel econtra vxor bona viri, et specialiter in bonis hereditariis .. non possit eadem bona hereditaria cuicumque persone vendere seu obligare nisi per positionem ad cenferiam uel semilucrum ad eius vitam dumtaxat .. et tenetur vtens dare heredibus seu personis, quibus post obitum fuum, vtentis, pervenire deberent ratione successionis legitime seu alia quavis ratione .. literam inventariam, eorundem fidem facientem .. et quod fiat de laude et recognitione tenentium et possidentium eadem bona ad censum seu semilucrum prout supra .. Et tenetur talis vtens domum, cellarium, grangias et alia bona hereditaria fecundum exigenciam et facultatem eorundem in statu sufficienti manutenere .. uel eadem, que manutene nollet seu non posset, relinquere pacifice heredibus seu personis, quibus pervenire deberent .. que persone aut heredes possint talem vtentem compellere ad manutenendum eadem in statu uel relinquentium, ut supra.

(Friedrich Emil Welti, *Die Rechtsquellen des Kantons Freiburg. Erster teil, Stadrechte. Erster Band, Das Stadrecht von Murten*, Arau 1925, páginas 116-117).

(355) *Coutumier d'Estavayer*:

97. Si gens mariés ayants enfants peuvent aussy ordonner la jouissance. Les mariés qu'ont des enfants par ensemble se peuvent ordonner l'un à l'autre la jouissance de leurs biens, un chacun sa vie durant, ou bien si longtemps qu'il leurs plaira, excepté la moitié du bien qui doit venir aux enfants.

98. Des quels biens le mary est jouissant après le décès de sa femme. Le mary, après le décès de sa femme, est jouissant et usufruituaire des biens de sa femme, paternels et maternels, tant seulement, mais non point de tous autres advanciaux ou paraffrenaux, et c'est ayant eu des enfants d'elle, soit qu'il se marie ou non, et ne sera aussy tenu de partir les biens maternels avec ses enfants si ce n'est de son bon vouloir, et les enfants ne pourront ny ne deveront à ce contrevenir.

99. A quoy le mary est obligé en cas de telle jouissance. Le mary ayant ainsy la jouissance des biens de sa femme deffuncte, il est entenu et obligé de nourrir et alimenter les enfants mineurs, et après qu'ils seront parvenus en leur aage viril, les pourvoir d'un dot raisonnable qu'ils se puissent entretenir jusques à ce que l'usufruit soit fini selon le portée et à proportion de ses biens et de sa femme deffuncte: car il ne seroit équitable que pour cause et durant tel usufruit les enfants eussent deffaut et fussent privés de leurs nourriture sur les biens de leurs père et mère; mais en tel cas le père pourra aussy bien prendre et retirer sa part et portion comme chacun des enfants, ce qu'advenant il sera à faire à la justice d'ordonner aux enfants parvenus à leurs aage une dotation compétante, que si le père en faisoit refus il sera induit de délivrer aux enfants leurs légitime; en cas aussy que luy comme usufruituaire ne se contenteroit de la jouissance, ains voudroit diminuer, vendre ou dissiper les biens de la femme deffuncte; à la requeste et instance des enfants, la justice devera compellir le père à leurs remettre sans contredit leurs biens maternels, ou bien les leurs laisser parvenir, veu qu'il auroit outrepassé son droit de jouissance si ce n'est qu'il luy arrive quelque grande, évidente et de droict admettable nécessité comme grand accident, ouvaille, nécessité de corps, détention et parte, lors par le consentement de la justice, si ainsy est, comme il pourra prendre et secourir sa nécessité avec les biens maternels de ses enfants.

100. La jouissance de la femme. Si le mary constitue sa femme usufruituaire durant la vie de ses enfants, elle devera pourvoir de nourriture et dotation, cela faisant les enfants seront tenus laisser la jouissance à leurs mère durant sa vie, moyennant qu'elle ne se remarie, car venant icelle à se remarier la jouissance sera finie et sera icelle mère tenue quitter et de déporter de l'usufruit et de laisser parvenir aux enfants leurs héritage et

les— la infracción de tal deber viene sancionada con la pérdida del disfrute.

I) DERECHO DE LAS REGIONES DE HABLA ALEMANA.—El usufructo universal a favor del cónyuge viudo —marido o mujer—, tanto si hay hijos como si éstos faltan, está muy extendido en el Derecho medieval de las ciudades bávaras: así, en *Munich*, *Augsburg*, *Memmingen* y *Landshut*, y en las demás ciudades que han recibido el Derecho de alguna de aquéllas. Según el *Derecho de Baviera*, el viudo, en tanto no contrae nuevas nupcias, tiene el disfrute de todo el patrimonio del premuero (355).

El *Derecho de la región de Voralberg*, en Austria, conoce el usufructo a favor del viudo; pero, si hay hijos, es sólo sobre una parte del patrimonio igual a la cuota de un hijo, así sucede en *Dornbirn*, *Fussach* y *St. Johann-Höchst*; mientras que, en *Hofsteig*, el usufructo comprende la totalidad del patrimonio y no se reduce a la parte de un hijo, sino en caso de segundas nupcias (356).

Por último, conforme al *Wiener Stadtrechts-oder Weichbildbuch*, que —según Meijers (357)— nos da el Derecho de Viena antes de la reforma de 1420, la viuda, no habiendo hijos, puede retener todo el patrimonio del marido, pero no puede disponer de los bienes propios de éste, los cuales, después de la muerte de aquélla, retornan a la familia del marido. Este tiene el mismo derecho que la mujer.

J) RESUMEN.—La dificultad de utilizar muchas fuentes y textos de los ordenamientos jurídicos extranjeros me ha impedido un estudio completo del problema según el Derecho comparado. Sin embargo, lo que ha quedado expuesto es suficiente, según pienso, para confirmar el dato fundamental relativo a la interpretación de FGN 4, 2, 3: todos los sistemas jurídicos que hemos registrado en el Derecho comparado, y que reconocen al cónyuge viudo un derecho de disfrute sobre el patrimonio del premuerto, ya sea habiendo hijos ya faltando éstos, imponen siempre al esposo usufructuario la obligación de conservar los bienes para que, después de su muerte, hagan tránsito a los herederos, sean éstos los hijos o los parientes de la familia del cónyuge premuerto; e, incluso, en ocasiones afirman explícitamente la prohibición de enajenar, y consideran la infracción de este deber como causa de pérdida del usufructo. Una vez más, la interpretación que venimos sosteniendo respecto a FGN 4, 2, 3

---

aussy pourra deschoir de son usufruit, s'il se constoit que la ditte vefve dissipat des biens de son usufruit.

(Bernard de Vevey, *Les sources du Droit du Canton de Fribourg. Première section, Le Droit des villes. Tome deuxième, Le Droit d'Estavayer*, Arau 1932, págs. 298-299).

(355 bis) Los textos, y su estudio correspondiente, pueden verse en Meijers, *Droit Ligurien*, págs. 187-189.

(356) *Der alte Landsbrauch von Hofsteig*, de 1544 (art. 1), puede verse en Meijers, *Droit Ligurien*, págs. 142-143 de los anexos. Y, en general, sobre el Derecho de la región de Voralberg, el mismo autor, *cit.*, pág. 157.

(357) Meijers, *Droit Ligurien*, págs. 191-193.

resulta ratificada por los datos que proporciona el estudio del Derecho comparado.

## VI. ELEMENTO INSTITUCIONAL.

A) FUNDAMENTO DE LA VIUEDAD NAVARRA Y ARAGONESA.—A lo largo de la exposición desarrollada, según los diferentes elementos de interpretación —gramatical, sistemático, histórico y comparado—, ha quedado suficientemente esclarecido el tema objeto de este estudio. Sin embargo, y no obstante el peso argumentativo de las consideraciones hechas, declaro sinceramente que, aun en contra del Fuero General y, desde luego, como innovación a éste, no tendría inconveniente en admitir que el cónyuge viudo tuviese en caso de necesidad facultades para enajenar los bienes usufructuados, siempre que ello fuese congruente con la función jurídica que corresponde desempeñar a la viudedad. Dicho de otro modo: aun plenamente consciente de que tal facultad dispositiva del usufructuario carece de razón histórica o legal alguna, no me opondría a aceptarla dentro de la normativa legal de la viudedad con tal que respondiese a un fundamento institucional, en el sentido de adecuarse a la viudedad para hacer ésta más justa y eficaz en orden a su razón de ser.

Ahora bien, ¿es éste el caso? Para poder enjuiciar el problema, conviene hacer un examen de la razón de ser de la viudedad, de su fundamento de justicia y de la función que debe desempeñar en la vida jurídica. La viudedad legal navarra y aragonesa suele gozar de muy buena prensa. Incluso algunos juristas de Derecho común, que muestran escaso interés hacia los Derechos forales, no ocultan su simpatía hacia la viudedad y hasta, en ocasiones, llegan a apuntar la posibilidad de su generalización a toda España. En cuanto a los juristas de Aragón y de Navarra, conocido es su entusiasmo por la viudedad, a la que suelen dedicar los más encendidos elogios (358).

(358) Recordemos, entre los autores aragoneses, los siguientes:

Costa: "El pueblo alto-aragonés ha excedido en ésta, como en tantas otras materias, lo que era vivo desideratum de la filosofía del derecho. Había creado y conservado la viudedad foral, regocijo del derecho natural y envidia de todas las legislaciones..." (Joaquín Costa, *Derecho consuetudinario y Economía popular de España, I, Alto Aragón (Huesca) (Derecho de Familia)*, 2.<sup>a</sup> edic., pág. 213).

Franco y López: "En Aragón por el contrario, á la sombra del venerando derecho de viudedad, el orden y la marcha de la familia siguen sin interrupción ni entorpecimientos de ninguna especie: la codicia no penetra en el hogar doméstico: no hay cuentas ni particiones: todo continúa marchando majestuosamente hácia sus fines sin trastornos ni conmociones. La madre continúa entre sus hijos rodeada de todo el prestigio, y de toda la autoridad necesaria para el desempeño de su alta y tierna misión. Su figura aparece como la sombra del padre en el bello cuadro que una familia íntimamente unida forma. Inspirándose en el poderosísimo y dulce sentimiento de la maternidad, es lazo de unión y prenda de felicidad entre sus hijos. Fiel guardadora de los intereses de su marido que procura con el mayor celo aumentarlos para mejorar más y más la posición de esos mismos hijos, ocupa en la familia el elevado lugar que le corresponde. Y es respetada religiosamente

Pues bien, como foralista, y —no tengo el menor reparo en declararlo— foralista apasionado, juzgo necesario examinar los hechos objetivamente y dejar las cosas en su justo punto.

---

por éstos; no aun tanto porque á la vez que propietaria de sus bienes es dueña de las rentas de los que pertenecieron á su marido, y de los que frecuentemente ha quedado facultada por éste para distribuirlos entre sus hijos en la forma que tenga por más conveniente, sino porque hacen la debida justicia á sus sentimientos y á su noble proceder, que no vacila en condenarse, solo en beneficio de ellos, al retiro y al aislamiento propios de su viudez, sin esquivar ningún género de sacrificios para desempeñar dignamente la ardua tarea, que á ella sola está encomendada, de gobernar y dirigir la familia” (Franco y López, *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, Zaragoza 1886, págs. 55-56).

Martón y Santapau, sobre la viudedad escribe: “Llegamos ya a la admirable especialidad aragonesa, a la sabia concepción municipal, a esa levantada y caballeresca institución verdaderamente familiar de nuestro derecho, y verdaderamente sublime en el orden de la familia” (Cit. por Gil Gil y Gil, *Precedentes inmediatos y ligera crítica del Apéndice al Código civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón: Discurso leído en la solemne apertura de los estudios del año académico de 1928 a 1929*, Zaragoza 1928, pág. 55).

La Exposición de motivos del Proyecto de Apéndice de Aragón al Código civil, del año 1904 (el llamado Proyecto Gil Berges) decía: “La viudedad. Es al institución más mimada por la legislación de este antiguo Reino” (publicado juntamente con el *Discurso* de Gil y Gil, anteriormente citado, página 15).

Marceliano Isábal: “Ya se vé cuán considerable es la antigüedad, en Aragón, de esta institución, la más amada en el país, la que más motivo da para noble orgullo de propios y sincera admiración de extraños: ella fortifica la autoridad natural paterna y mantiene la cohesión de la familia, a cambio de pequeños inconvenientes económicos que no siempre existen y nunca tienen valor apreciable en comparación con las ventajas que la hermosa institución reporta” (Marceliano Isábal y Bada, *Exposición y comentario del Cuerpo Legal denominado “Fueros y Observancias del Reino de Aragón” derogado por el vigente Apéndice al Código civil español*, Zaragoza 1926, pág. 517).

Entre los autores navarros podemos traer a colación los siguientes:

Morales Gómez: “Cuando se combate el usufructo foral con tan débiles armas y por tan entendidos jurisconsultos, es que no hay motivo serio para atacarlo. Por él continúa la sociedad familiar que formó el matrimonio aunque desaparezca uno de sus sostenes, pues queda el otro que asume toda autoridad y dirección, y á su alrededor se agrupan y estrechan más los tierros vástagos. Por él continúa la comunicación de bienes que pasarán las más de las veces á los hijos sin dividirse en paternos y maternos, pues se fundieron con las bendiciones nupciales, y no pudo separarlos ni la muerte. Por él la madre viuda, léjos de decaer en consideración, adquiere más autoridad, más deberes, con la guarda y educación de sus hijos. Por él no se cambia bruscamente el modo de ser del viudo ó viuda que no aportó apenas bienes, pero á quien los pingües aportados por su consorte colocaron en una posición social, de la que en otro caso tendría que descender bruscamente, porque sólo á sus hijos tocaba continuar con el boato y desahogo, y ella con haberlos echado al mundo, como una mera representación del derecho sucesorio paterno, había concluído su misión de muger fecunda, sin que tenga que continuar en la de madre cariñosísima ni en la de verdadera y única interesada sobre todos los del mundo en la educación moral y religiosa y porvenir de sus hijos. Por él no podrá pasar la madre viuda que quede en tales condiciones por la humillación de deber á sus hijos la pensión que la sostenga” (Antonio Morales Gómez, *Memoria que comprende los principios é instituciones del Derecho civil de Navarra, que deben quedar subsistentes*



La viudedad legal —igual la aragonesa que la navarra— es una institución con un poderoso fundamento de justicia: constituye una excelente previsión de la ley que ampara al cónyuge viudo, y es un

*como excepción del Código general; y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona 1884, págs. 125-126).

Lacarra (Victoriano): "El usufructo de viudedad es una de las instituciones más características de la legislación navarra y de excelentes resultados en la práctica.

"Con esta institución no se disuelve la familia navarra cuando fallece uno de los cónyuges, sino que permanece unida; ella conserva en el padre o madre sobrevivientes el timón de la familia y contribuye a sostener su autoridad y ascendiente sobre sus hijos. Tal institución hace que no descienda de rango ni de posición social el cónyuge a quien la muerte ha arrebatado el compañero con quien compartió las fatigas de la vida, y que en cierto modo no se disuelva la sociedad conyugal, conservando el sobreviviente el prestigio de la posición y del nombre anteriores" (Lacarra, *Instituciones*, II, pág. 202).

Fernández Asiáin: "La finalidad principal de esta institución (*la viudedad*) es la continuación del hogar familiar mediante la conservación indivisa de su patrimonio.

"Como consecuencia, provoca la continuación de la comunidad, evita la disolución de la familia, conserva en el cónyuge superviviente, padre o madre, la dirección de la familia, contribuyendo a sostener la autoridad sobre los hijos; evita que no descienda de rango o posición social el cónyuge que, con escasos bienes privativos, creó el hogar y compartió la vida en el pre-muerto.

"Es una institución característica del derecho foral navarro, quizá la más genuina, porque contribuye poderosamente al desarrollo de los dos principios fundamentales y más importantes que informan este derecho privativo; los principios de la comunidad y de la continuidad familiar" (Eugenio Fernández Asiáin, *Estudios de Derecho foral navarro*, Pamplona 1952, pág. 53).

Abadía Escolá. "Estos son los perfiles del usufructo de viudedad, institución popularísima entre los naturales, que conocen muy bien sus excelencias y la bendicen hasta el punto de que también aquí podemos afirmar, con frase de Isábal, que es "la más amada en el país", por los magníficos resultados que de ella se derivan" (Joaquín Abadía Escolá, *Los derechos del cónyuge viudo en la Legislación Foral de Navarra*, Pamplona 1956, pág. 8).

Arregui Gil: "Su finalidad principal (*de la viudedad*) apunta a hacer posible la continuación del hogar familiar, conservando indiviso su patrimonio, evitando la disolución de la familia, que el cónyuge descienda de rango, manteniéndole en la dirección de la casa y sosteniéndole en su autoridad sobre los hijos.

"Institución vivida y amada por los regnicolas, admirada por los extraños" (Arregui Gil, *Fidelidad vidual*, pág. 80).

Luego de transcribir esta serie de entusiastas apologías sobre la viudedad de Aragón y de Navarra, parece oportuno hacer unos breves apuntamientos: a) Salvo algunos autores —honrosas excepciones— que se manifiestan en sentido estrictamente jurídico, gran parte se pronuncian en términos declamatorios y de dudoso estilo literario; b) En descargo de estos últimos no hay que olvidar la inevitable retórica, muy del gusto de la época, y —todo hay que decirlo—, que no hacían sino ponerse al nivel del mismo tono de que hacían gala los autores antiforalistas que combatían la viudedad; c) Con todo, pienso que tal estilo —más propio de unos juegos florales que de unos estudios jurídicos— poco o ningún favor puede reportar al conocimiento del Derecho foral; d) Finalmente, si muchas de esas opiniones son despojadas de las inevitables hipérbolos, no dejan de poner de manifiesto la bondad sustancial de la viudedad y su valor dentro de los principios de organización de la familia aragonesa y navarra; quizá esto es lo importante, y lo demás sea puro barroquismo, fácilmente dispensable en razón a la época.

eficaz instrumento de cohesión familiar, que robustece y dignifica la autoridad del esposo sobreviviente. Con todo, dicha institución —pese a venir avalada por una larga tradición de varios siglos— no carece de inconvenientes, en ocasiones más que graves, ni a veces deja de ser institución dura y contraria a la equidad.

Es cierto que la viudedad navarra, en confrontación con la aragonesa, ofrece ciertas peculiaridades que la hacen menos rígida, más flexible y, en consecuencia, más justa y útil. Me limitaré aquí a indicar algunos extremos:

1) En Navarra, a diferencia de Aragón, no existe el llamado *derecho expectante de viudedad* (359), que constituye una verdadera obsesión para los juristas aragoneses, y es fuente de graves problemas en orden a la enajenación de bienes inmuebles propios de los cónyuges, singularmente si tales bienes radican fuera de Aragón o si los otorgantes contratan fuera del reino (360).

2) Pero es más: para justificar dicho derecho de viudedad en situación de expectativa, actuante ya en vida de ambos cónyuges, los juristas aragoneses han tenido que recurrir al expediente teórico de atribuir a la viudedad *carácter no de derecho sucesorio, sino familiar*. Esto, unido al consagrado; bien que sobradamente discutible, principio de la inmutabilidad del régimen matrimonial no obstante el cambio de condición civil, provoca unos gravísimos conflictos de Derecho interregional, sin posible solución dentro de las premisas indicadas. Veamos un par de ejemplos: a) cónyuges de régimen común que, después de su matrimonio, adquieren condición civil aragonesa: al fallecimiento de uno de ellos, el viudo no tendrá ni la cuota usufructuaria del Código civil —por ser un derecho sucesorio sometido a la ley personal del causante al tiempo de su fallecimiento—, ni tampoco la viudedad aragonesa —pues ésta es un derecho familiar que se adquiere por la ley personal al tiempo del matrimonio, y no por la ley del causante en el momento de su muerte—;

---

(359) Arregui Gil, el único autor navarro que se ha ocupado de este problema, escribe: "en Derecho navarro, a diferencia de lo que ocurre con la viudedad aragonesa, no existe, ni se conservan vestigios de que haya existido, derecho expectante" (*Fidelidad vidual*, pág. 215; vid. también págs. 72-74 y 228).

La inexistencia del derecho expectante es un hecho evidente en el ordenamiento jurídico navarro, así histórico como vigente. Sin embargo, no falta algún documento, correspondiente a la época más remota de gestación de la viudedad, en el que podría estimarse hay huellas de dicho derecho expectante: me refiero al doc. XX de la nota 121, cuyo texto puede también interpretarse en el sentido de hacer referencia a la fealdat derivada de las arras. Con todo, aunque se entendiese como positivo reconocimiento de un derecho expectante, es un dato aislado del que no he encontrado confirmación en otras fuentes. Si hacia el siglo XIII existió en Navarra algún vestigio del derecho expectante de viudedad, bien pronto desapareció totalmente sin dejar huellas.

(360) Con razón dice Roca Sastre (*Estudios*, II, pág. 159) que el carácter expectante que tiene el usufructo de viudedad foral aragonesa no es aceptable en buenos principios jurídicos, sobre todo atendiendo a los grandes problemas que provoca.

resultado: el esposo sobreviviente queda desamparado y sin derecho alguno de carácter viudal, tanto del Código civil como de la Compilación aragonesa; b) cónyuges de condición foral aragonesa que, después de contraer el matrimonio, adquieren otra cualquier condición civil (de Derecho común, o foral navarra, o catalana): al fallecimiento de uno de los cónyuges, el sobreviviente tendrá, cumulativamente, la viudedad del Derecho aragonés —pues la ha conservado pese al cambio de regionalidad, por su condición de derecho matrimonial— más los derechos sucesorios que correspondan según el Derecho aplicable en razón de la nueva condición civil adquirida (361). En ambos supuestos, la conclusión a que se llega es con-

(361) Preciso es reconocer que estos problemas fueron ya señalados por los propios juristas aragoneses, así: Martín Ballester y Costea (*Derechos sucesorios del cónyuge viudo en Aragón*, en *Primera Semana de Derecho Aragonés*, Jaca 1942, págs. 27-35) y Pelayo Hore (*Problemas de la viudedad foral*, en *Segunda Semana de Derecho Aragonés*, Jaca 1943, págs. 188-191; y *La viudedad foral aragonesa*, en *Revista de Derecho Privado*, XXVIII, núm. 322, 1944-enero, págs. 33-35).

Una buena y clara exposición de la cuestión puede verse en Sancho Rebullida (*Viudedad*, págs. 39-41).

Personalmente encuentro muy poco convincentes todas las soluciones propuestas por estos juristas para tratar de encontrar una vía aceptable en el callejón sin salida a que conduce el famoso derecho expectante:

a) La tesis de Martín-Ballester (aplicación del Código civil, como supletorio en Aragón) no es admisible, porque no se trata de ninguna laguna del Derecho aragonés, que regula perfectamente la sucesión, y, además, porque no parece demasiado consecuente con la ortodoxia foral.

b) Más correcta parece la solución que propone Pelayo Hore: admitir la mutabilidad del régimen jurídico del matrimonio, si bien dejando a salvo los derechos adquiridos. La fórmula es técnica y admisible, pero choca abiertamente con el mantenimiento rígido, por la doctrina y la jurisprudencia, del principio de inmutabilidad del régimen matrimonial no obstante el cambio de condición personal de los cónyuges. En el fondo, esta solución no deja de ser una clara renuncia a conceptuar la viudedad como derecho regio exclusivamente por la ley personal al tiempo del matrimonio.

c) Finalmente, Sancho Rebullida brinda como solución conceder en todo caso al cónyuge superviviente las ventajas de la ley aragonesa, como más favorable. Sin embargo, esto —como el propio autor noblemente reconoce— no tiene apoyo en los textos; y se podría añadir que no deja de ser bastante gratuita esta aplicación, a todo evento, de la viudedad aragonesa sólo en razón de ser “más favorable” (para el viudo, naturalmente, no para los herederos nudo propietarios), lo que sitúa la cuestión en términos ajenos al Derecho.

En realidad, el problema constituye —en el Derecho aragonés— un auténtico galimatías, insoluble mientras se aplique rigurosamente, y hasta sus últimas consecuencias, el criterio de que la viudedad es un derecho que nace por el matrimonio y que actúa ya, como expectante, aun antes del fallecimiento de alguno de los cónyuges.

Por el contrario, la dificultad desaparece por completo —más podría decirse que la cuestión no llega a suscitarse— si se considera la viudedad como un derecho —de naturaleza familiar o sucesoria, es indiferente— regido por la ley del cónyuge causante al tiempo de su fallecimiento.

Toda la construcción doctrinal del derecho expectante y el artificio de considerarlo institución de carácter exclusivamente matrimonial, parecen obedecer al fin práctico de evitar que un marido aragonés, por su simple voluntad y sin más que cambiar de regionalidad, pueda privar a la esposa del derecho de viudedad. Esto es resolvería mediante el sencillo expediente de

traría a la lógica más elemental; pero como el razonamiento seguido es irrefutablemente lógico, quiere ello decir que las premisas de que se parte son falsas, cuando menos una de ellas: la afirmación dogmática de que la viudedad es y debe ser un derecho regido por la ley personal vigente al tiempo del matrimonio, e inmutablemente sujeto a la misma.

Por el contrario, según el Derecho de Navarra (362), la viudedad es una *institución sucesoria* y, en consecuencia, no planteará conflicto alguno de Derecho interregional por razón de cambio de condición civil: los cónyuges navarros que, después de su matrimonio, adquieran condición civil común, se regirán a efectos hereditarios, por el Código civil; y, viceversa, si los cónyuges de régimen común posteriormente ganan condición de navarros, al fallecimiento de uno de ellos el sobreviviente tendrá el usufructo foral de fidelidad.

No es, pues, el Derecho de Navarra el que plantea conflictos con el de Aragón, sino éste el que choca con todos los demás ordenamientos civiles españoles (363). Basten estas consideraciones para desautorizar, cumplidamente, el derecho expectante, la calificación de la viudedad como derecho exclusivamente familiar e, incluso, el carismático principio de la inmutabilidad del régimen matrimonial.

3) Otro gravísimo inconveniente de la regulación de la viudedad aragonesa lo constituye el artículo 74-2 de la vigente Compilación: "Los ascendientes no pueden prohibir o impedir que el cónyuge de su descendiente tenga viudedad en los bienes que transmitan a éste por donación o sucesión" (364). La obsesiva preocupación de los

---

exigir el acuerdo de ambos cónyuges para el cambio de regionalidad o de nacionalidad. (Vid., en este sentido, Arregui Gil, *Fidelidad viudal*, págs. 216-217). De otro lado, tampoco parece demasiado defendible ni conveniente ese carácter coactivo, o impositivo a ultranza, de la viudedad navarra y, sobre todo, de la aragonesa. Sobre esto, vid., lo que más adelante se expone en este mismo capítulo, apartado D) del texto.

(362) El carácter de institución sucesoria mortis causa y, en consecuencia, regida por la ley personal del marido al tiempo de la muerte de cualquiera de los cónyuges, aparece expresamente proclamado en la *Recopilación Privada de 1971* (ley 253) y en el *Proyecto de Fuero Recopilado de 1959* (ley 201).

La práctica jurídica navarra (declaraciones judiciales de herederos ab intestato, otorgamiento de testamentos, o de escrituras de herencias y particiones) es unánime y constante: para atribuir o no al cónyuge superviviente el usufructo universal de fidelidad se atiende, exclusivamente, a la condición personal del causante al tiempo de su fallecimiento; es decir que, precisamente en ese momento, tenga o deje de tener la regionalidad navarra; y se prescinde en absoluto de cualquier otra condición civil, foral o común, que el causante hubiere podido tener con anterioridad. En cuanto mi conocimiento y experiencia personal alcanzan, puedo aseverar la unanimidad y permanencia indiscutida de esta práctica.

(363) No creo sea necesario insistir en este punto. Por ello me considero dispensado de discutir la argumentación contraria de Lacruz Berdejo (*Cuestiones*, págs. 254-257), quien intenta achacar al sistema de la ley sucesoria supuestos graves inconvenientes, tal vez para disculpar al Derecho aragonés de los reales problemas que verdaderamente ocasionan el derecho expectante y la naturaleza estrictamente familiar, y no sucesoria, de la viudedad.

(364) En este punto, la vigente Compilación del Derecho civil de Ara-

juristas aragoneses por defender la viudedad les lleva a sancionar esa norma en patente contradicción con la libertad dispositiva, que constituye uno de los principios cardinales del Derecho de Aragón, así histórico como vigente. Con esto, se impide a los ascendientes, sean cuales fueren las justas razones que para ello tuvieren, que puedan privar del usufructo viudal al cónyuge de su descendiente (365), a no ser que quieran recurrir a la solución extrema de desheredar totalmente a este último. Por el contrario, el Derecho navarro, consecuente con el principio de libertad dispositiva, permite a toda persona donar o dejar bienes a otra *con expresa exclusión del usufructo* que la ley establece a favor del cónyuge viudo del donatario o heredero (366).

A pesar de esta evidente superioridad estructural de la viudedad navarra respecto a la aragonesa, una y otra no dejan de presentar serios inconvenientes que les son comunes. Podemos sintetizarlos en relación a los siguientes temas: 1) las segundas nupcias; 2) las diferencias entre el usufructuario y los nudo propietarios; 3) el contenido de los derechos del usufructuario; 4) el carácter forzoso e imperativo de la viudedad.

B) LAS SEGUNDAS NUPCIAS.—Este supuesto ha provocado situaciones en las que, sin duda alguna, la viudedad presentaba sus perfiles más ingratos y producía efectos manifiestamente contrarios a la justicia. El segundo matrimonio del cónyuge viudo, con hijos de anteriores nupcias, daba lugar al usufructo de viudedad a favor del nuevo consorte, en ocasiones más joven incluso que los hijos del matrimonio precedente, por lo que éstos se veían privados del disfrute de la herencia durante largo tiempo —a veces no lo obtenían jamás—, y ello en razón de la existencia de una persona, el nuevo cónyuge, que, en un orden normal de sentimientos, poco grata podría resultarles. Se trataba, pues, de uno de los más típicos ejemplos de matrimonios desiguales, en los que la viudedad se presentaba como institución odiosa.

Con respecto a Navarra, tal situación, sobre resultar injusta, era además contradictoria con lo dispuesto en el capítulo 7 de la ley 48 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766 (367). Es evidente que este precepto, en cuanto exige que el bínubo no pueda dejar al nuevo

---

gón no ha hecho sino seguir el mismo criterio que el Apéndice de 1925 (art. 63, párrafos segundo y tercero).

(365) Ello es lógica e inevitable consecuencia de considerar la viudedad como derecho que se adquiere desde el momento mismo del matrimonio. Se ponen así de manifiesto los graves efectos que, inevitablemente, se derivan del erróneo punto de partida que se toma.

(366) En este sentido, la *Recopilación Privada de 1971* (ley 256, núm. 3) declara que la viudedad no se extiende a los bienes que el cónyuge premuerto hubiere recibido por título lucrativo con expresa exclusión del usufructo de fidelidad. Análogamente el *Proyecto de Fuero Recopilado de 1959* (ley 202). Vid. también Arregui Gil, *Fidelidad viudal*, pág. 115.

(367) El texto completo de dicha ley puede verse en *Cuadernos de las leyes y agravios reparados por los tres estados del Reino de Navarra*, Pamplona 1896, I, págs. 54-55.

cónyuge o a cualquiera de los hijos habidos con éste, más que al menos favorecido de los hijos de anterior matrimonio, mal queda cumplido si se admite que, sin embargo, el usufructo de viudedad del nuevo cónyuge se hace extensivo a los bienes dejados a los hijos de primeras nupcias. La doctrina se planteó la cuestión de si el cónyuge de segundas nupcias del difunto tendría derecho de viudedad, y dio una respuesta afirmativa, no sin cierta ligereza y, desde luego, sin un meditado estudio del problema (368). La Recopilación Privada de 1971 ha sabido resolver equitativa y correctamente la cuestión, por vía meramente interpretativa de las fuentes, o sea mediante el expediente técnico de entender modificado el Fuero General por la ley 48 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766; y, de este modo, ha excluido del usufructo a favor del cónyuge de segundas nupcias todos los bienes que, por estricta aplicación de dicha ley, han de quedar para los hijos de anterior matrimonio, quienes así reciben tales bienes libres de todo gravamen de usufructo (369). Mediante una sencilla *interpretatio*, basada en las mismas fuentes jurídicas navarras, se ha rectificado la injusticia provocada por una excesiva e impremeditada aplicación de la viudedad.

En Aragón fue también discutido el problema de la extensión de la viudedad a favor del cónyuge de segundas nupcias (370). Bajo el imperio del Apéndice de 1925, la doctrina estimaba que, al carecer éste de normas especiales para el caso, habría que estar a las normas generales de viudedad (371). Sin embargo, el problema podía haber sido correctamente resuelto en base al Derecho histórico aragonés, en particular la observancia 10 *De secundis nuptiis* (372). Los autores de la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón, aprobada por ley de 8 de abril de 1967, han sabido afrontar decididamente la cuestión de las segundas nupcias, y solventarla con

(368) Lacarra, *Instituciones*, II, pág. 222.

(369) *Recopilación Privada de 1971* (ley 257) y *Proyecto de Fuero Recopilado de 1959* (ley 203). Vid. los comentarios de Arregui Gil, *Fidelidad viudal*, pág. 110 y nota 126; y págs. 116-120.

(370) Sobre esta cuestión, Sancho Rebullida, *Viudedad*, págs. 111-112.

(371) Sancho Rebullida, *Viudedad*, pág. 112.

(372) Observancia 10 *De Secundis nuptiis*: Item, si vir fecerit emptiones durante matrimonio inter ipsum, & primam uxorem, vel usque ad tempus secundi matrimonii, nondum facta divisione cum filiis primae uxoris, de istis debent habere filii primae uxoris medietatem, in qua secunda uxor nullum habebit ius: & alia medietas contingens viro debet dividi inter filios primae uxoris, & secundae per capita: & in ista medietate secunda uxor tenebit viduitatem. In operibus vero factis per virum in bonis primae uxoris constante matrimonio inter eos, vel usque ad tempus secundi matrimonii. Vir lucratur medietatem operum, vel quartam partem rei operatae: & ista pars contingens virum debet dividi inter filios primae uxoris, & secundae. In qua secunda uxor nullum ius habet, nisi viduitatem in medietate contingente filios secundae uxoris, & primae ratione patris. Et si vir operatus fuerit in bonis propriis infra tempus supradictum, filii primae uxoris habebunt medietatem operum: vel quartam partem proprietatis, relicta semper optione illi in cuius solo fuit operatum, plantatum, vel aedificatum; & alia medietas debet dividi inter filios primae, & secundae uxoris, & in ista medietate secunda uxor tenebit viduitatem (Savall y Penén, *Fueros*, II, pág. 38).

acierto, en el artículo 73 (373), mediante una reducción de la viudedad hasta un máximo de la mitad del caudal hereditario, lo que evita situaciones que en verdad eran irritantes.

C) LAS DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTUARIO Y LOS NUDO PROPIETARIOS.—Uno de los serios obstáculos que la aplicación práctica de la viudedad suele encontrar es la contraposición de intereses entre el viudo usufructuario y los nudo propietarios. Ya Roca Sastre puso de manifiesto que “el usufructo universal viudal es altamente perturbador muchas veces, sobre todo tratándose de patrimonios integrados por algún negocio, empresa o explotación industrial o comercial, pues la viuda o el viudo (quizá por su edad, generalmente avanzada) es naturalmente quietista, enemigo de grandes empresas y contrario a correr riesgo alguno de especulación” (374).

La vigente Compilación del Derecho civil de Aragón, aun sin precedente alguno en el Derecho histórico, ha sabido enfocar decididamente el problema, y lo ha resuelto con tacto y prudencia (375).

Entre los tratadistas de Derecho foral navarro, sólo Arregui Gil ha planteado, dentro de la temática de la viudedad, los supuestos de falta de armonía o acuerdo entre el cónyuge usufructuario y los nudo propietarios en orden a la mejor explotación de los bienes, sobre todo cuando se trata de establecimientos industriales o comerciales e incluso agrícolas; y para resolverlos propone la adopción de unas medidas análogas a las arbitradas por la Compilación aragonesa (376). De acuerdo con él, creemos necesario subsanar en este punto el vacío de la Recopilación Privada (377), mediante una solución flexible y prudente. Más que innovar el Derecho histórico navarro, se trata, simplemente, de adecuarlo a las exigencias de la vida moderna: lo que el Fuero General representa respecto del si-

---

(373) Art. 73. En el supuesto de matrimonio de viudo o viuda que tuviere descendencia de anteriores nupcias, el derecho de viudedad a favor del otro cónyuge no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario. Esta limitación quedará sin efecto si al fallecimiento del bínubo no sobrevivieren descendientes de aquella procedencia.

(374) Roca Sastre, *Estudios*, II, pág. 158.

(375) Compilación del Derecho civil de Aragón:

Art. 85. Desatendidas por el usufructuario las indicaciones o advertencias que le hicieren los nudo-propietarios sobre administración y explotación de los bienes, podrán aquéllos acudir a la Junta de Parientes o a la autoridad judicial, ante la cual también serán apelables los acuerdos de dicha Junta.

Art. 87. En el caso del artículo 85, si el viudo usufructuario no pudiera o no se aviniera a cumplir el acuerdo de la Junta de Parientes o la decisión judicial, podrán pedir los nudo-propietarios la entrega de los bienes y la sustitución del usufructo por una renta a su cargo no inferior al rendimiento medio obtenido en los cinco últimos años y revisable cuando varíen las circunstancias objetivas.

(376) Arregui Gil, *Fidelidad viudal*, págs. 219-221.

(377) Como exculpación de esa laguna en la Recopilación Privada, valga considerar que dicha obra es, no tanto un proyecto legislativo, como una exposición del Derecho vigente en Navarra.

glo XIII debe ser la Compilación del Derecho civil de Navarra en relación al momento actual.

D) CONTENIDO DE LA VIUEDAD.—Es oportuno traer a colación la diferencia de supuestos en que juega la viudedad, según que los nudo propietarios sean o no descendientes legítimos del cónyuge finado y del usufructuario.

En el primer caso, cuando los nudo propietarios son descendientes legítimos del mismo cónyuge usufructuario, es cuando la institución de la viudedad realiza plenamente su función de instrumento de unidad familiar, de medio de cohesión y de reforzamiento de los poderes del cónyuge supérstite. En tal situación, y señaladamente cuando los hijos u otros descendientes son menores de edad o viven juntamente con el viudo, es cuando se pone de manifiesto la justicia y fundamento de la viudedad, que viene a ser, más que un usufructo exclusivo del cónyuge viudo, un usufructo solidario de todos los miembros de la familia, concebida ésta como entidad transpersonal. Así se aprecia en un examen del conjunto de los derechos y obligaciones del cónyuge viudo, en razón a los cuales la viudedad viene configurada no como un usufructo exclusivo del cónyuge supérstite, sino como ejercido en beneficio de todos los miembros de la familia (378). Y es que, en el fondo, sigue latiendo aquí la antigua idea de la prórroga de la comunidad conyugal que, después de ser históricamente el punto de arranque para la viudedad, tanto en Navarra como en Aragón continúa constituyendo el *substratum* natural y el fundamento jurídico de la institución. Podría afirmarse que, cualquier que sea el medio social y económico, ya rural (agrícola, ganadero), ya urbano (industrial, comercial), en que se desenvuelva la viudedad, ésta funcionará perfectamente y cumplirá eficazmente su misión, siempre que se apoye sobre una situación familiar que, de hecho, responda a la idea de prórroga o subsistencia de la comunidad familiar entre el cónyuge viudo y los hijos. En tal situación, el cónyuge viudo es, y debe ser, *señor mayor, dueño, poderoso y usufructuario*, según la fórmula descriptiva de los antiguos documentos y de las viejas fuentes históricas.

Por el contrario, cuando no existe resto alguno de tal situación de comunidad familiar, y singularmente si los nudo propietarios no son descendientes legítimos del cónyuge usufructuario, la viudedad se presenta con perfiles bien distintos: no es ya un instrumento de unidad de la familia y un medio de anudar en el cónyuge viudo los poderes de mando y dirección de la Casa; es, simplemente, un medio técnico de asegurar una decorosa subsistencia al titular del usufructo, cuya función, en principio, podría perfectamente realizarse a

---

(378) Para Aragón, vid. el art. 84 de la Compilación. Respecto a Navarra, FGN 4, 2, 3 establece que el infanzón que tiene fealdad "todo el mueble deve rezebir, et todas las deudas pagar mientre toviere fealdat, et deve crear et conseyllar sus creaturas". Una exposición más moderna o actualizada de las obligaciones inherentes al disfrute de la fealdad navarra, en la ley 261 de la *Recopilación Privada de 1971*.



través de una pensión vitalicia u otro cualquier medio de supervivencia viudal. En estos casos, no lo olvidemos, el usufructo no deja de representar una carga, en ocasiones un durísimo gravamen, sobre unos bienes cuya nuda propiedad pertenece a otras personas, frecuentemente extrañas, cuando no hostiles, al usufructuario. Pues bien, cuando los nudo propietarios no son descendientes legítimos del cónyuge premuerto y del supérstite, los poderes y atribuciones de éste deben medirse con el estricto rasero que corresponde al usufructo, entendido éste no como un señorío mayor o amplia potestad de mando familiar, sino como *un simple derecho real en cosa ajena*. Si en algún caso resulta inoportuno atribuir facultades dispositivas al cónyuge usufructuario, es aquel en que los nudo propietarios no son hijos comunes del viudo y del cónyuge premuerto. De ahí que, aun prescindiendo de toda consideración histórica o de interpretación de textos, en un plano puramente institucional carece de toda razón y del menor asomo de lógica la doctrina usualmente mantenida, respecto a FGN 4. 2, 3, en orden a la pretendida facultad del usufructuario para enajenar, en caso de necesidad, y siempre que del disuelto matrimonio no existan descendientes legítimos. Si en algún supuesto podría ser de justicia reconocer facultades de enajenación a favor del viudo usufructuario, sería precisamente en el caso inverso: cuando el matrimonio se disuelva con hijos, sobre todo si éstos son menores, y continúe subsistente una situación de prórroga o continuación de la comunidad familiar; pero, en tal hipótesis, la facultad dispositiva vendría atribuido al viudo no tanto como usufructuario, sino como administrador del patrimonio común y como rector del grupo familiar, como *señor mayor de la Casa*.

E) EL CARÁCTER FORZOSO O IMPERATIVO DE LA VIUEDAD.—Es evidente que el usufructo viudal constituye una fortísima limitación a la facultad de libre disposición mortis causa, esencial en los Derechos de Navarra y de Aragón.

En favor de esta imposición legal de la viudedad podría aducirse, no sin cierta razón, que la ley no hace, al menos en la generalidad de los casos, sino presumir una voluntad de los cónyuges conforme con la experiencia de la vida jurídica.

En cuanto a Navarra se refiere, el conocimiento directo de la realidad jurídica, a través de mi actividad profesional como Notario, me permite aseverar que, hoy día, entre cónyuges de condición foral, es práctica, más que usual, generalizada y con muy pocas excepciones, la ordenación conjunta de la última voluntad bien por contrato sucesorio, bien, más corrientemente, por testamento de hermandad. En la *praxis* actual constituye un hecho excepcional, casi insólito, que los cónyuges navarros ordenen individualmente su voluntad sucesoria y otorguen separadamente el testamento. Más aún: los testamentos de hermandad, sea cual fuere el medio económico, social o cultural de los otorgantes (agricultores, obreros, empleados, industriales, comerciantes, profesionales), en más de un ochenta por ciento de ellos contienen, como cláusula fundamental, la institución

mutua de herederos, de suerte que el sobreviviente queda como único y universal heredero y con facultad de libre disposición inter vivos y mortis causa, así respecto de sus propios bienes como de los heredados del premuerto consorte. Es lo que el lenguaje jurídico popular denomina *hacer carta de hermandad* o *hacer lo del uno para el otro*. En los restantes testamentos de hermandad suele establecerse el mutuo reconocimiento del derecho de usufructo universal, vitalicio y viudal, con expresa dispensa de las obligaciones de formalizar inventario y prestar garantía. En ocasiones, y siempre que existan hijos del matrimonio, el contenido normal del derecho de viudedad suele adicionarse con poderes fiduciarios, por los cuales el cónyuge sobreviviente, por sí y como comisario-fiduciario del premuerto, queda facultado para instituir heredero o herederos y señalar dotaciones entre los hijos comunes; también, a veces, se concede al usufructuario la facultad de hipotecar o enajenar en caso de necesidad, ya libremente estimada en conciencia ya probada a juicio de determinadas personas.

Visto todo esto parece que la ley, al establecer la viudedad, no hace sino presumir lo que, fundadamente, juzga como voluntad usual o normal entre los cónyuges. Sin embargo, una cosa es que la ley suponga una voluntad y, en consecuencia, establezca el derecho de viudedad en defecto de disposición sucesoria, y otra, bien distinta por cierto, que la ley imponga esta viudedad aun en contra de la real voluntad del testador.

La práctica jurídica actual en Navarra presenta, con creciente frecuencia, situaciones en que, por diversas razones (379), *los cónyuges no desean la viudedad*. Por ello, unos veces se renuncia ésta anticipadamente, ya sea en capitulaciones ya en otra escritura pública; y otras, de común acuerdo ambos esposos, la excluyen al otorgar mancomunadamente su testamento de hermandad. Pero la dificultad surge cuando es sólo uno de los cónyuges, unilateralmente, quien desea privar al otro del derecho de usufructo viudal. En el

---

(379) No cuesta imaginar hipótesis en que la privación unilateral de la viudedad por un cónyuge esté más que sobradamente justificada. Sin recurrir a la fantasía, basta pensar en cualquiera de los supuestos que el art. 855 del Código civil considera justas causas para desheredar al cónyuge.

(380) El art. 78 de la Compilación aragonesa dispone tan sólo la extinción del derecho expectante de viudedad por las causas de indignidad para suceder y por la declaración de nulidad del matrimonio.

Así, pues, existe en dicha Compilación una grave laguna, en cuanto no ha previsto la posibilidad de que un cónyuge pueda privar de la viudedad al otro, en razón de concurrir alguna de las causas legales de desheredación. Esto, sin embargo, es una consecuencia ineludible de atribuir a la viudedad naturaleza de derecho familiar exclusivamente; al partir de una premisa equivocada —que la viudedad queda por completo sustraída al Derecho sucesorio—, por lógica implacable se deduce que no le es aplicable la doctrina de la desheredación.

Hace ya algún tiempo que, bajo la vigencia del Apéndice de 1925, la doctrina aragonesa lo proclamó así expresamente: Lacruz Berdejo (*Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad*, en ADA, III, 1946, págs. 353 y 354) y Sancho Rebullida (*Viudedad*, pág. 39).

Derecho aragonés, incluso según la vigente Compilación, este problema ha sido pasado por alto (380). En el Derecho navarro, la cuestión se ha centrado en términos más aceptables, pues existe alguna mayor flexibilidad a este respecto, mediante aplicación de la doctrina de la desheredación, cuando concorra causa legal para ello (381).

Sin embargo, incluso esto último resulta a todas luces insatisfactorio. Roca Sastre ha sabido enfocar el problema: la conveniencia o no del usufructo universal de viudedad estará en función del tipo de familia troncal o no troncal que exista en cada caso. "Se podrá objetar —añade dicho autor— que la ley no puede establecer esta distinción, cristalizándola en una norma, cuya ejecución sería difícil, si no perturbadora. Evidentemente, esto es cierto, y por ello no puede ser criticable el usufructo universal viudal, impuesto ciegamente por la ley, sin que ello quiera decir que dicho usufructo se deje libremente a la voluntad del interesado. Pero cabe una fórmula flexible, que consiste en que tal usufructo universal viudal se establezca por ministerio de la ley, pero con carácter subsidiario o supletorio, o sea mientras el causante no ha dispuesto o pactado otra cosa. Entonces serán los propios interesados quienes efectuarán este proceso de adaptación, según sea de uno u otro tipo el patrimonio correspondiente, y entonces, la gran misión será la del Notario, el cual aconsejará a las partes, con gran libertad de regulación, si es conveniente mantener el usufructo universal concedido supletoriamente por la ley, o si requiere modificarlo o suprimirlo, adoptando otros medios de sobrevivencia viudal" (382).

Nos inclinamos decididamente por esta solución (383) que, si en todo caso es respetuosa con la voluntad privada, armoniza mucho mejor con el sistema jurídico navarro, basado en la libre potestad de la persona para, sin imposición legal alguna, ordenar libremente el régimen de la familia, de la Casa y del patrimonio.

Ahora bien, en tanto la viudedad conserve, como actualmente su-

(381) La *Recopilación privada de 1971*, en su ley 254, dispone que no tendrá derecho de usufructo el cónyuge al que el otro hubiese privado de su derecho por cualquiera de las causas del art. 855 del Código civil. En términos análogos, si bien con menor precisión técnica, se expresa la ley 200 del *Proyecto de Fuero Recopilado de 1959*.

(382) Roca Sastre, *Estudios*, II, pág. 159.

(383) La fórmula de considerar la viudedad como institución legal, siquiera con carácter supletorio, o sea en defecto de disposición en contrario, fue ya defendida por Durán y Bas al sostener el restablecimiento en Cataluña del *usatge Vidua*. "Sin embargo —dice este autor—, no estaríamos distantes de encarecer el restablecimiento del *Usage Vidua*, á lo menos para el caso de no haberse renunciado en las capitulaciones matrimoniales su beneficio, y el de fallecer sin testamento. La libertad de contratar y de testar, quedaría de esta suerte respetada; y como los hombres más frecuentemente mueren sin testamento por imprevisión que de intento, ó por considerar que basta la disposición de la ley, ésta supliría en tal caso lo que de ordinario hacen los maridos en correspondencia a la conducta conyugal de sus mujeres, y en mira á la autoridad y prestigio que debe conservar la viuda ante los hijos y ante los extraños" (*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona 1883, pág. 80).

cede en Navarra, su carácter fuertemente imperativo o forzoso, será peligroso e inoportuno pretender incrementar el ya de por sí muy amplio contenido del usufructo viudal mediante la concesión al usufructuario de facultades dispositivas, siquiera sea en caso de necesidad y sólo en el supuesto de que los nudo propietarios no sean descendientes legítimos del cónyuge viudo y del premuerto. Esta tentativa sería tanto más recusable en cuanto contradice la naturaleza misma del usufructo y, sobre todo, se halla en flagrante oposición con los textos forales navarros y con todos los precedentes históricos de la institución. Su explicación única, que no su fundamento, estriba en un error doctrinal derivado de una mala lectura de FGN 4, 2, 3, a su vez motivada por una incorrecta transcripción en las ediciones *ad usum*, realizadas sobre un solo manuscrito del Fuero General de Navarra.

#### IV. CONCLUSIONES.

I. Las ediciones del Fuero General de Navarra, así las de 1686 (Chavier) y 1815 (de la Diputación) como la de 1869 (Ilarregui y Lapuerta), transcriben incorrectamente parte del texto 4, 2, 3, en términos tales que pueden hacer creer al intérprete, como así ha sucedido, lo contrario del que es verdadero sentido del texto.

La versión correcta del pasaje, en la parte que interesa a los efectos de este trabajo, es la siguiente:

*Marido et muyller casados ensemble, no oviendo creaturas, muerta la muyller, el marido puede tener sus heredades biuiendo en fealdat, non deve uender, nin cambiar, nin ayllennar, ni empeynnar las heredades de la muger; mas si ouiere mester de las sus heredades, venda: esto puede fer porque no ha creaturas.*

II. Una exacta transcripción del mencionado texto, y una simple lectura de éste, nos enseñan que, conforme a FGN, el cónyuge viudo usufructuario, haya o no haya hijos del cónyuge premuerto, y aun en caso de necesidad, en modo alguno tiene facultades de disposición respecto a los inmuebles objeto del usufructo.

III. Esta interpretación gramatical es conforme, además, con el contexto o conjunto sistemático del Fuero General, y con los datos que brindan las fuentes históricas: los antecedentes remotos de la institución de la viudedad, los documentos de aplicación del Derecho así anteriores como posteriores al Fuero General, y los Derechos locales de Navarra.

IV. La tesis que afirmamos es congruente, asimismo, con los elementos de interpretación que proporciona el Derecho comparado, no sólo el Derecho aragonés, sino también otros sistemas jurídicos medievales, tanto ibéricos como extrapeninsulares.

V. El conocido libro de José Alonso (*Recopilación y comentarios de los fueros y leyes del Antiguo Reino de Navarra*, 2 tomos, Madrid 1848-1849) deberá ser recibido por el jurista —y nada digamos respecto al historiador del Derecho— con extraordinaria cau-

tela y profunda desconfianza, pues constituye una auténtica *summa* de errores forales y refleja un completo desconocimiento del Derecho aplicado en Navarra en la época en que fue escrito. Ha sido fuente de múltiples interpretaciones erróneas, más tarde generalizadas al ser admitidas, sin crítica alguna, por la doctrina de los foralistas y de los civilistas en general.

VI. En términos cada vez más acuciantes se define como tarea necesaria y urgente una edición crítica del Fuero General de Navarra, que contenga las distintas redacciones, y hecha con arreglo a las exigencias de la moderna técnica de la edición de textos. Esperamos con impaciencia la publicación que actualmente prepara el profesor don José María Lacarra y de Miguel, y que estamos seguros vendrá a llenar esa aspiración.

VII. La investigación monográfica realizada en este trabajo, respecto a unos aspectos concretos de la viudedad, pone de manifiesto la necesidad de comenzar la raíz, de abajo a arriba, una profunda revisión de gran parte de las obras y estudios hasta ahora publicados sobre Derecho civil foral de Navarra. Prácticamente es casi un empezar de nuevo.

VIII. Esa labor deberá realizarse directamente sobre los textos del Fuero General, los fueros locales y las leyes posteriores y, especialmente, sobre los documentos de aplicación del Derecho. Sólo así podremos alcanzar una visión precisa de cuál ha sido, en cada momento histórico, el Derecho realmente vigente y vivido en Navarra.

IX. Asimismo deberán ser tenidas en cuenta las conexiones del Derecho navarro con aquellos sistemas jurídicos que, en cada época, han ejercido sobre él más acusada influencia o que con él guardan una más estrecha relación: en sus primeros tiempos, el Derecho romano vulgar y el Derecho franco; posteriormente, el Derecho aragonés, sin olvidar al de Vizcaya, y con señalada importancia el Derecho medieval francés; y, por último, a raíz de la unión de los reinos de Navarra y Castilla, el Derecho castellano. Prácticamente, casi nada se ha hecho en ese sentido (384). Una labor científica de investigación en estas direcciones, aun cuando dura y exigente, podrá proporcionar alentadores resultados.

X. El deficitario estado de la investigación respecto a la Historia de las instituciones del Derecho civil navarro, e incluso en cuanto a su vigencia y aplicación actual, es realmente insatisfactorio. Se requiere llevar a cabo, con el máximo rigor científico y utilizando el mayor número posible de fuentes y documentos, serios estudios so-

---

(384) Naturalmente, quedan a salvo de esta crítica algunos excelentes trabajos de los historiadores del Derecho, entre los que, por vía de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar a Rafael Gibert, Alfonso Otero Varela, Alfonso García Gallo, José Martínez Gijón, José Luis Lacruz Berdejo, Ramón Sáinz de Varanda, Mariano Alonso Lambán y otros, cuyos estudios monográficos sobre diversas cuestiones constituyen serias aportaciones a la investigación de la Historia del Derecho privado del antiguo Reino de Navarra.

bre instituciones concretas, sin acudir al fácil recurso de arrastrar opiniones poco dignas de crédito, o de hacer vagas generalizaciones y superficiales formulaciones teóricas establecidas sobre bases inseguras.

XI. Por ello, aun cuando para todos los juristas navarros sea una tentadora aspiración disponer, lo más pronto posible, de un verdadero *Tratado de Derecho civil foral navarro, histórico y vigente*, ello sólo será posible, supuesto que pretendamos obtener una obra seria y útil, después de recorrer un largo proceso de edición de fuentes y documentos, de realización de estudios monográficos y de análisis sobre muchos puntos determinados. Lo contrario, querer proceder *per saltum*, para obtener precipitadamente un *Tratado*, en el mejor de los casos sólo podrá conducir a un *nuevo Alonso*, más o menos modernizado, pero igualmente peligroso. Una obra así, no sólo sería científicamente inútil, sino, inclusive, perturbadora, pues, por inevitables errores o por falta de previa y suficiente investigación, no haría sino lesionar el patrimonio jurídico-foral de Navarra. Por nobles que fuesen los propósitos de su autor, tal *Tratado* no dejaría de ser un mal favor a los Fueros de Navarra, con infracción del ineludible compromiso de todos los navarros de mejorar y no perjudicar los Fueros. Recordemos que el Fuero General, inmediatamente después de su prólogo, en la ley 1.<sup>a</sup>, título 1.<sup>o</sup>, libro 1.<sup>o</sup>, consagra como principio constitucional del Reino el juramento del rey respecto a los navarros de que “*los toviess á drecho, et les meiores siempre lures fueros, et non les apeyoras*”. Y este juramento obliga hoy, con la misma fuerza, a todos los navarros.

#### ADDENDA.

En la fase de estudio y revisión del Anteproyecto de Compilación del Derecho civil foral de Navarra fueron examinadas y discutidas las enmiendas que al mismo habían sido presentadas durante el periodo de información pública. Entre ellas, figuraba la que formuló el autor de este trabajo. Dicha enmienda, aparte otros extremos que no son del caso, impugnaba la doctrina tradicional interpretativa de FGN 4, 2, 3, y, en consecuencia, proponía la supresión del párrafo segundo de la ley 258 del Anteproyecto.

Discutida la propuesta, fue aceptada por unanimidad, así por la *Sección Especial constituida en la Comisión General de Codificación* como por la *Comisión Oficial Compiladora de Navarra*.

Consecuentemente a la admisión de dicha enmienda, se llevaron a efecto determinados cambios o correcciones en el texto definitivo de la *Compilación del Derecho civil foral, o Fuero Nuevo, de Navarra*, sancionado por Ley de la Jefatura del Estado de 1 de marzo de 1973 (*Boletín Oficial del Estado* de los días 7 a 10 y 12 a 14 de los mismos mes y año). Estas modificaciones pueden sintetizarse así:

I. Ha quedado suprimido el párrafo segundo de la ley 258 del Anteproyecto, donde se recogía la doctrina hasta entonces mantenida, según la cual el usufructuario, no habiendo hijos, y en caso de necesidad, podía enajenar o gravar los bienes usufructuados.

II. El párrafo primero de la misma ley 258 del Anteproyecto ha pasado a ser el párrafo tercero de la ley 253 del Fuero Nuevo. Bajo la rúbrica de “inalienabilidad” dice, respecto al usufructo de fidelidad: “este derecho es inalienable; no obstante, los nudo propietarios y el usufructuario conjuntamente podrán enajenar o gravar el pleno dominio de los bienes sobre los que recae el usufructo”.

III. La prohibición de enajenar se afirma expresamente. Así, a la ley 262 del Fuero Nuevo —correspondiente a la ley 263 del Anteproyecto— se adiciona un número, que formula doctrina congruente con la supresión del párrafo segundo de la ley 258 del Anteproyecto.

Bajo la rúbrica “privación”, la ley 262 dice así: “Los nudo propietarios podrán pedir que se prive del usufructo de fidelidad al viudo: ... 2) Si enajenare o gravare bienes, salvo los casos previstos en las leyes 253 y 255, número 5), y a no ser que se hallare debidamente autorizado para ello por pacto o disposición del cónyuge premuerto”.

Por lo tanto, se establece como norma general la prohibición de que el cónyuge viudo pueda enajenar o gravar bienes objeto del usufructo; y se exceptúan los casos siguientes:

a) El previsto en el párrafo tercero de la ley 253 —anteriormente transcrito—; es decir, si la enajenación o gravamen de bienes se realiza conjuntamente por el usufructuario y los nudo propietarios.

b) El establecido en la ley 259, n.º 5), según la cual, “el cónyuge usufructuario debe: ... 5) Pagar con dinero de la herencia las deudas del cónyuge premuerto que fueran exigibles. Si no hubiere dinero suficiente, podrá enajenar bienes de la herencia previo acuerdo con los nudo propietarios, y a falta de acuerdo, o si los nudo propietarios fuesen desconocidos o estuvieren ausentes, será necesaria la autorización judicial para enajenar bienes”.

c) Y, en todo caso, el supuesto de que el usufructuario, por pacto o por disposición del cónyuge premuerto, hubiera sido debidamente autorizado para enajenar o gravar. En armonía con ello, la ley 264 determina que “por voluntad del disponente o por pacto se podrá: ... 2) Facultar para enajenar o gravar los bienes en caso de necesidad”. Con ello queda a salvo, y se respeta escrupulosamente, el principio de libertad civil, esencial en el Derecho navarro, en razón a la cual las leyes se presumen dispositivas (ley 8), ya que, “conforme al principio *paramiento fuero vienze* o *paramiento ley vienze*, la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad” (ley 7). La Exposición

de Motivos reafirma esta doctrina en los términos siguientes: “Hay que tener en cuenta, por lo demás, que las mismas Leyes de esta Compilación, como todas las Leyes vigentes en Navarra, tienen normalmente carácter dispositivo (ley 8), y que el primer principio y fundamento de todo el Derecho navarro es la primacía de la voluntad privada, como se expresa en la antigua regla *paramiento fuero vienze* (ley 7)”.



## SIGLAS O ABREVIATURAS UTILIZADAS

- Se refieren a las obras o fuentes mencionadas con mayor frecuencia, ya que las demás se citan siempre in extenso.
- ADA: Anuario de Derecho Aragonés, Zaragoza.
- 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 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*. Bajo esta sigla me refiero a los documentos que personalmente he consultado en ese archivo.
- APP-M. Duque y G.<sup>a</sup> Larragueta: *Archivo de Protocolos de Pamplona*. Bajo esa sigla me refiero a una selección de documentos del mismo Archivo según transcripción de Angel Juan Martín Duque y Santos García Larragueta, por encargo del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, y cuyas copias se encuentran en el mismo Colegio.
- Armendáriz, *Additiones*: *Additiones sive annotationes Licenciati Armendáriz ad suam Recopilationem Legum Regni Navarrae*, Pamplona 1617.
- Arregui Gil, *Fidelidad vidual*: José Arregui Gil, *La fidelidad vidual en el Derecho privado de Navarra*, Pamplona 1968.
- Bourdout de Richebourg, *Cot. Gén.*: Charles A. Bourdout de Richebourg, *Nouveau Coutumier général ou Corps des Coutumes générales et particulières de France*, 4 tomos, París, 1724.
- Brunner, *Die Geburt*, ZSS: Heinrich Brunner, *Die Geburt eines lebenden Kindes und das eheliche Vermögensrecht*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, XVI (1895), páginas 63-108.
- Durán Gudiol, *Catedral Huesca*: Antonio Durán Gudiol, *Colección Diplomática de la Catedral de Huesca*, 2 tomos, Zaragoza, I (1965) y II (1969).
- EEMCA: Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón, Zaragoza.
- Elizondo, *Nov. Rec.*: Joaquín Elizondo, *Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra, hechas en sus Cortes Generales desde el año de 1512, hasta el de 1716, inclusive*, 2 tomos, Pamplona 1735.
- 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.
- FR: Fuero Reducido.
- F Tudela: Fuero de Tudela.
- 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, Pamplona 1957.
- Illarregui-Lapueta, 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 Illarregui y D. Segundo Lapuerta, Pamplona 1869.
- Lacarra, *Instituciones*: Victoriano Lacarra y Mendiluce, *Instituciones del 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 1972, págs. 179-199.
- Lacarra-Martín Duque, *F Estella*: *Fueros de Navarra. I. Fueros derivados de Jaca. I. Estella-San Sebastián*, por José María Lacarra, con la colaboración de Angel J. Martín Duque, Pamplona 1969.

- Lacruz Berdejo, *Cuestiones*: José Luis Lacruz Berdejo, *Cuestiones fundamentales de la viudedad foral navarra*, en Príncipe de Viana, 27 (1966), números 104-105, págs. 254-266.
- Lacruz Berdejo, *Régimen matrimonial*: José Luis Lacruz Berdejo, *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*, en ADA, III (1946), págs. 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 Gijón, *Régimen económico*: José Martínez Gijón, *El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca*, en AHDE, XXIX (1959), págs. 45-152.
- 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, communiun-que intellectus, et recepta praxis causarum forensium explicantur. Cui addite sunt differentiae, ac concordiae inter tus regium, et regni Nauarrae*, Burgos 1575.
- Meijers, *Droit Cambrai*: Meijers, *Le Droit Coutumier de Cambrai*, II, Haarlem 1955.
- Meijers, *Droit Ligurien*: Meijers, *Le Droit Ligurien de succession en Europe Occidentale, I. Les Pays alpins*, Haarlem 1928.
- Meijers, *Droit Saint-Amand*: Meijers, *Les institutions municipales et le Droit coutumier de Saint-Amand en Pevèle au Moyen Âge, en Etudes d'Histoire du Droit*, I, Ley de 1956, págs. 87-151.
- Meijers-De Blécourt, *Droit Cambrai*: Meijers y De Blécourt, *Le Droit Coutumier de Cambrai*, I, Haarlem 1932.
- Meijers-Salverda, *Coutumes Saint-Amand*: Meijers y Salverda de Grave, *Des Lois et Coutumes de Saint-Amand*, Haarlem 1934.
- Meijers-Salverda, *Droits Verdun*: Meijers y Salverda de Grave, *Le Livre des Droits de Verdun*, Haarlem 1940.
- Molho, *F Jaca*: Mauricio Molho, *El Fuero de Jaca. Edición crítica*, Zaragoza 1964.
- Morales, *Memoria*: 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.
- Nov. Rec.: Novísima Recopilación de Navarra.
- Ramos Loscertales, *F Viguera*: José María Ramos y Loscertales, *Fuero de Viguera y Val de Funes (edición crítica)*, Salamanca 1956.
- Roca Sastre, *Estudios*: Ramón María Roca Sastre, *Estudios de Derecho Privado, II. Sucesiones*, Madrid 1948.
- Rubio, *DC. Pilar*: Luis Rubio, *Los documentos del Pilar. Siglo XII*, Zaragoza 1971.
- Sancho Rebullida, *Viudedad*: Francisco de Asís Sancho Rebullida, *La Viudedad aragonesa*, en ADA, VIII (1955-1956), págs. 7-208.
- Savall y Penén, *Fueros*: Savall y Dronda y Penén y Debesa, *Fueros, observancias y actos de corte del Reino de Aragón*, 2 tomos, Zaragoza 1866.
- Tilander, *F Novenera*: Gunnar Tilander, *Los Fueros de la Novenera*, Upsala 1951.
- Tilander, *Vidal Mayor*: Gunnar Tilander, *Vidal Mayor, traducción aragonesa de la obra In excelsis Thesauris*, 3 tomos, Lund 1956.
- Ubieto, *S.<sup>a</sup> Clara Huesca*: Agustín Ubieto Arteta, *Documentos para el estudio de la historia aragonesa de los siglos XIII y XIV: monasterio de Santa Clara, de Huesca*, en EEMCA, VIII (1967), págs. 547-701.
- Yanguas y Miranda, *Diccionario antigüedades*: José Yanguas y Miranda, *Diccionario de antigüedades del Reino de Navarra, y Adiciones*. Reedición por la Diputación Foral de Navarra, 3 tomos, Pamplona 1964.
- Zeumer: Karl Zeumer, *Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio V. Formulae*, Hannover 1886, nueva edición de 1973.

# VIDA JURIDICA

## NOTICIAS

### EN MEMORIA DEL PROFESOR GABRIEL MARTY

En la ciudad de Toulouse —a la que tan vinculado estaba como Decano que ha sido, durante largos años, de la Facultad de Derecho— ha fallecido el eminente civilista francés Gabriel Marty.

Nacido en 1905, el Profesor Marty ha vivido una existencia esencialmente consagrada al Derecho. Vertientes fundamentales de esta dedicación fueron la docencia universitaria, la abogacía (Marty ha sido una de las figuras más destacadas del Foro francés) y la investigación.

Cultivador de campos jurídicos diversos, Marty consagró al Derecho civil la parte principal de sus actividades e inquietudes, traducidas en un número considerable de publicaciones. Si el punto de partida de esa producción fue, en fecha ya lejana, la tesis doctoral, que versó sobre *La distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation* (de ella ha podido afirmarse que se convirtió en un clásico desde su misma aparición) el punto culminante ha sido el magistral y bien conocido tratado de Derecho civil redactado en colaboración con el también ilustre civilista francés, Pierre Raynaud.

Peculiar de la obra de Marty como civilista era acaso el deseo constante de renovar y potenciar la enseñanza de la materia con las aportaciones de otras disciplinas, con los avances de la Filosofía jurídica, con el empleo de los métodos nuevos... Resumiendo bien tales aspiraciones, su colega Raynaud ha podido escribir que la voluntad de Marty de mantener y enriquecer el Derecho civil se manifestaba en su preocupación de dar una dimensión nueva a una concepción fundamentalmente clásica, enriqueciendo la técnica tradicional y esforzándose en buscar por encima de ella una apertura sobre perspectivas más amplias.

En esa línea de Marty cabría acaso poner de relieve especialmente su preocupación por el conocimiento de los Derechos extranjeros. A Marty no cabe ciertamente dirigirle el reproche de *chauvinisme* que —no sin alguna razón en muchos casos— se dirige frecuentemente a los juristas franceses; él, a diferencia de otros compatriotas, estaba habitualmente atento a la legislación y doctrina extranjeras, recogiénolas, para con ellas dar una dimensión nueva a su exposición del Derecho civil francés.

La apertura de Marty hacia los Derechos foráneos había, naturalmente, de llevarlo hacia el estudio y cultivo del Derecho comparado. Y, en efecto, no sólo hizo acto de presencia en los estudios comparativos, sino que fue a lo largo de las últimas décadas uno de los juristas franceses más entregados a la empresa de extender, a nivel internacional, dichos estudios. Sus actividades en este orden se desplegaron a través de dos importantes instituciones: la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado (en la que, desde su fundación en 1958, colaboró intensamente como profesor y directivo) y la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya (de la que, a partir de 1965, fue secretario general, cabién-

dole, en tal concepto, la misión de organizar los dos más recientes Congresos Internacionales montados por la Academia: el de Upsala y el de Pescara). El nombre de Marty, pues, ha de inscribirse —juntamente con los de los maestros David y Rodière y con el del desgraciadamente fallecido Herzog— en la primera fila de los comparatistas franceses de nuestro tiempo.

En este mismo ámbito del Derecho comparado, la enseñanza que personalmente impartía Marty en su clase era de calidad y brillantez notables. Personalmente tuve ocasión de comprobarlo en 1959 cuando me cupo la fortuna de ser alumno suyo en el curso que explicó en Luxemburgo —dentro de las enseñanzas de la Facultad Internacional, en la primera etapa de ésta— acerca de *La responsabilité civile en Droit comparé*. En dicho curso (que traté de resumir en las páginas de este mismo Anuario, t. XII, fasc. IV, págs. 1298 y ss.) Marty expuso toda la problemática de la responsabilidad civil contemplada a la luz de la legislación comparada. El esquema del curso incluía todos los temas que en esa materia cabe plantear, desde los más clásicos hasta los más modernos, incluido el de la responsabilidad por daños producidos por la energía nuclear. En cada punto del esquema, Marty resumía la posición de las diversas legislaciones, agrupándolas y contrastándolas para extraer de la comparación conclusiones y señalar las tendencias dominantes. Su documentación sobre los distintos ordenamientos era muy completa y su aplicación del método comparativo resultaba sugestiva y fecunda. Por otra parte, su exposición, por su rigor, claridad y amenidad, mantenía siempre vivo el interés de los alumnos.

Conviene acaso observar también aquí que en las clases de Marty eran frecuentes las alusiones al Derecho español. El Decano de Toulouse, que leía castellano, mantuvo siempre una cierta atención hacia nuestro Derecho, que procuraba seguir a través de obras españolas. Era, por otra parte, amigo personal de varios juristas españoles y tuvo desde su cargo en la Academia Internacional de Derecho Comparado diversas deferencias hacia nuestra patria, que varias veces había visitado, una de ellas con ocasión de la Sesión organizada en Madrid por la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado: allí Marty explicó diversas lecciones y habló en representación de la Facultad —con la brillantez, cordialidad e incluso sentido del humor habituales en él— en la recepción que ofreció a aquélla el Ayuntamiento de Segovia.

El fallecimiento de Marty supone una sensible pérdida para la Universidad y el Foro de Francia, para la doctrina civil francesa y para las varias Corporaciones internacionales a que pertenecía. La ciudad de Toulouse, a la que tan fiel fue el Decano Marty, ha demostrado con ocasión de sus exequias un dolor vivo y sincero. Justo es que a él se unan también los juristas españoles.

JOSÉ M.<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**LOCHT-DELHAYE-ALSTEENS: "Matrimonio civil y matrimonio religioso"; Ediciones Paulinas, Madrid 1973, 263 págs.**

Publicado por una editorial no especializada y bajo un título cuya interpretación a simple vista no es unívoca. (El original francés lo expresa así: «Mariage et sacrement de mariage»), se ofrece a los lectores españoles una obra, rica por su contenido, del que no están ausentes los aspectos jurídicos. Se trata del trabajo realizado por un equipo de la Universidad de Lovaina con la finalidad de adaptar la liturgia del matrimonio a las necesidades actuales, pero en el que se abordan cuestiones teológicas, jurídico-canónicas y civiles, sociológicas y hasta filosóficas. Me han interesado especialmente los capítulos relativos al concubinato en Haití y en las Islas Seycheles, debidos a Goin y a Hoarau; por cierto que no parece del todo exacto traducir la palabra *plaçage*, con que se designa al concubinato en el primero de los países citados, por «afincamiento». Tiene gran valor testimonial el estudio de Marthe van Meulebroeke, titulado «El matrimonio civil. Punto de vista de una agnóstica». Pero la problemática general del estudio se debe a una específica situación jurídica de Bélgica, que es común a varios países europeos, a saber la necesidad de realizar una doble ceremonia matrimonial por parte de aquellos ciudadanos que desean cumplir la legislación canónica y la civil, así como las consecuencias pastorales derivadas de la disolución por divorcio de un matrimonio celebrado en doble forma, civil y canónica, y de la posterior celebración de un matrimonio civil con distinta persona por parte de católicos. Ello explica los esfuerzos encaminados a dotar de valor canónico a la simple ceremonia civil, o la extraña idea de una formación progresiva del matrimonio, de suerte que la ceremonia religiosa sea el último hito de un proceso más o menos largo que puede venir marcado por actos sociales y la misma celebración del matrimonio civil.

Debe reconocerse que esta problemática nos resulta altamente extraña, por lo que sorprende el empeño del presentador de la edición española de la obra, encaminado a «desacralizar el matrimonio y darle el auténtico tono secular que desde el Génesis hasta la Alta Edad Media lo ha caracterizado». En la misma obra, una autora no creyente alude a la necesidad de sacralidad que hay en todos los hombres, incluso agnósticos, en orden a la celebración del matrimonio. También es absolutamente inaceptable la idea de un matrimonio por etapas, con vinculaciones progresivas de los contrayentes; ello supondría resucitar los esponsales con eficacia obligatoria que representan un atentado a la libertad nupcial de la persona. A aquellos canonistas que desean plegarse a las exigencias del derecho secular laico, bueno será recordarles la advertencia del profesor Rigaux en el mismo volumen: «Todas las modificaciones del Derecho canónico que no mitiguen el precepto de la indisolubilidad, no harán sino ensanchar el foso que separa a la Iglesia de las reglamentaciones civiles del matrimonio». El reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, mantenido en España desde 1875 hasta nuestros días, con el interregno de 1932 a 1937, evita la complejidad de problemas que un sistema de matrimonio civil obligatorio origina en otros países (1).

GABRIEL GARCÍA CANTERO

---

(1) Sobre el tema, ampliamente y desde una perspectiva canónica vide, NAVARRO VALLS, *Forma jurídica y matrimonio canónico. Notas críticas a las tesis canonizadoras del matrimonio civil*, en *Ius Canonicum*, enero-junio 1974, páginas 63 ss.

**Salinas Quijada, Francisco:** "Derecho Civil de Navarra", Pamplona, Editorial Gómez. Tomo segundo, 1972, 666 págs. Tomo tercero, volumen 1.º, 1974, 361 págs., y volumen 2.º, 1974, 375 págs.

Con admirable laboriosidad Salinas ha continuado la publicación de su obra, cuyo primer volumen —de carácter introductorio— apareció en 1971 (1). En estos tres nuevos volúmenes estudia ya las instituciones jurídicas en particular, de las que ofrece los perfiles generales para enmarcar en ellos —lo que constituye, sin duda, un gran acierto sistemático— las peculiaridades del Derecho navarro, con una amplia noticia de sus antecedentes históricos, que valen tanto para ilustrar su origen y evolución a lo largo del tiempo como para servirse de ellos en la inteligencia del régimen hoy en vigor.

El tomo segundo trata sucesivamente del Derecho de las personas y del Derecho de cosas (de los bienes en general, del dominio y de la posesión). Merecen cita especial, por su interés y por el tratamiento que de ellas hace el autor, las materias siguientes: fundaciones privadas; entidades y asociaciones sin personalidad jurídica, con particular examen de la «Casa» navarra; bienes troncales, de abolitorio y de conquista; posibilidad de crear en el Derecho navarro nuevos tipos de derechos reales extraños a la normatividad foral; comunidades de bienes: corralizas, facerías, helechales, dominio concellar y vecindad forana.

El tomo tercero se dedica a los Derechos reales limitados y está dividido en dos volúmenes. El primero trata del usufructo; de los derechos de uso, habitación y otros similares; y de la servidumbres (personales, reales, voluntarios y legales). Este volumen va precedido de un amplio prólogo, en el que el autor explica algunas cuestiones de especial interés para quien desee iniciarse en el estudio del Derecho foral navarro: entre ellas, la sistemática, estilo, tipografía y traducción de los Fueros y Leyes; el valor de la doctrina de autores y del Derecho romano, y el alcance de las denominaciones «Recopilación Privada» y «Fuero Nuevo».

El segundo volumen de este tomo tercero se ocupa del derecho de superficie (y propiedad superficiaria); de los derechos de adquisición preferente (retractos legales, opción, tanteo y retractos convencionales); y de las garantías reales, rúbrica que incluye —además de la tradicional trilogía: prenda, hipoteca y anticresis— un buen número de figuras, entre las que descuellan las garantías fiduciarias (y por arras) y el depósito en garantía.

Es de señalar una circunstancia que distingue al tomo tercero de los anteriores: el haberse publicado después de la Ley de la Jefatura del Estado de 1 de marzo de 1973, por la que fue reconocida como vigente la Compilación del Derecho civil foral o Fuero Nuevo de Navarra. Por eso se incluyen ya en este tomo las Leyes de la Compilación; mientras que en el tomo segundo se recoge el texto del Anteproyecto oficial y las enmiendas presentadas durante la información pública acordada por la Diputación Foral.

Esperamos que Salinas complete muy pronto su Derecho civil de Navarra, que —aun sin haber alcanzado su techo— constituye un tratado valiosísimo, de indispensable consulta para quienes deseen o necesiten iniciarse en el estudio de este Derecho foral.

AMADEO DE FUENMAYOR

(1) Vid. la reseña en este ANUARIO, XXIV, 1971, págs. 1028 y s.

**Suscripción anual: España, 1.000,— pesetas**  
**Extranjero, 1.150,— pesetas**  
**Número suelto: España, 350,— pesetas**  
**Extranjero, 450,— pesetas**