

## "SALLIO EL FIJO, VISTO ET OYDO"

SUMARIO: I. *Un pasaje de la «Crónica de los reyes de Navarra» de García de Eugui.*—II. *Nacimiento de un hijo vivo: efectos jurídicos.*—III. *Nacimiento, vida y viabilidad: perspectiva histórico-jurídica:* A) Derecho romano: 1. Examen de las fuentes. 2. Resumen. B) Derechos bárbaros: 1. Indicación general. 2. La doctrina romana. 3. Demostración de vida. 4. Imposición del nombre. 5. Bautismo. C) Derechos medievales: 1. Indicación general. 2. «Tantummodo ut lucem videat». 3. «Tam diu vivit filius quod vox eius auditur per quatuor angulos domus». 4. «Si filius vixerit per novem dies». 5. «Si nasciere fijo, ó fija, é fuere baptizado». 6. «Qui contra formam humani generis converso more procreantur». D) Derecho de la Edad Moderna. 1. Indicación general. 2. Castilla. 3. Navarra. 4. Aragón. 5. Cataluña. E) La Codificación. 1. Indicación general. 2. Viabilidad como aptitud fisiológica para vivir. 3. Viabilidad legal: vida durante cierto tiempo. 4. Nacimiento con vida. 5. La codificación en España. F) Recapitulación.—IV. *Las fuentes jurídicas navarras y la crónica de García de Eugui:* A) Contradicción de esos textos. B) Valoración crítica de las crónicas: 1. Los respectivos autores de las mismas. 2. Narraciones fabulosas. 3. El significado jurídico de los datos. C) Una posible interpretación histórico-jurídica.—V. *Consideraciones finales:* A) Historia del Derecho europeo. B) Valor jurídico de las fuentes literarias.

### SIGLAS O ABREVIATURAS UTILIZADAS

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

ADF = ANUARIO DE DERECHO FORAL, Pamplona.

AHDE = ANUARIO DE HISTORIA DE DERECHO ESPAÑOL, Madrid.

BRUNNER, *Die Geburt* = H. BRUNNER, *Die Geburt eines lebenden Kindes und das eheliche Vermögensrecht*, en *Zeitschrift des Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, XVI (1895), pp. 63-108

Crónica García de Eugui = C. ORCASTEGUI GROS, *Crónica de los Reyes de Navarra de García de Eugui*, en *Príncipe de Viana*, XXXIX, núms. 151-152 (1978), pp. 547-572.

Crónica Príncipe de Viana = C. ORCASTEGUI GROS, *La Crónica de los Reyes de Navarra del Príncipe de Viana. Estudio, Fuentes y Edición crítica*, Pamplona 1978.

- GARCÍA-GALLO, *Curso* = A. GARCÍA-GALLO, *Curso de Historia del Derecho español. II. Historia del Derecho privado, penal y procesal. 1. Conceptos generales. La persona natural*, Madrid 1950.
- HAENEL, *LRV* = G. HAENEL, *Lex Romana Visigothorum*, Lipsiae 1848 [reimpresión 1962, Scientia Aalen].
- LACARRA, *Textos navarros* = J. M.<sup>a</sup> LACARRA, *Textos navarros del Códice de Roda*, en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón*, I (1945), páginas 193-283.
- MALDONADO, *La condición* = J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, Madrid 1946.
- ORCASTEGUI, *Crónica García de Eugui* = C. ORCASTEGUI, *Crónica de los Reyes de Navarra de García de Eugui*, en *Príncipe de Viana*, XXXIX, núms. 151-152 (1978), pp. 547-572.
- ORCASTEGUI, *Crónica Garci López* = C. ORCASTEGUI, *Crónica de Garci López de Roncesvalles. Estudio y edición crítica*, Pamplona 1977.
- ORCASTEGUI, *Crónica Príncipe de Viana* = C. ORCASTEGUI, *La Crónica de los Reyes de Navarra del Príncipe de Viana. Estudio, Fuentes y Edición crítica*, Pamplona 1978.
- ZEUMER, *LV* = K. ZEUMER, *Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio. I. Leges Visigothorum*, Hannover 1902 [reimpresión de 1973].

## I. UN PASAJE DE LA «CRÓNICA DE LOS REYES DE NAVARRA» DE GARCÍA DE EUGUI

Durante el reinado de Carlos III el Noble, y a fines del siglo XIV, el cronista navarro García de Eugui escribió una *Crónica General de España*<sup>1</sup>, que comprende un apéndice sobre *genealogía de los Reyes de Navarra*<sup>2</sup>. Como ha señalado Carmen Orcastegui<sup>3</sup>, en esa genealogía

---

1. Fue publicada por G. EYZAGUIRRE ROUSE, *Crónica General de España por Frai García de Eugui, obispo de Bayona*, en *Anales de la Universidad de Chile*, CXXI (1907), pp. 603-649 y 737-801; CXXII (1908), pp. 1-68, 387-515 y 859-874.

2. La genealogía ha sido objeto de una reciente y cuidada edición por Carmen ORCASTEGUI GROS, *Crónica de los Reyes de Navarra de García de Eugui*, en *Príncipe de Viana*, XXXIX, núms. 152-153 (1978), pp. 547-572; y este texto es el que sigo en el presente estudio.

3. *Crónica García de Eugui*, p. 550

llama la atención la gran cantidad de leyendas, que no aparecen en crónicas anteriores, así como la ampliación de algunas otras ya recogidas por Ximénez de Rada o por la Crónica de los Estados Peninsulares. Una de tales leyendas es la referente al nacimiento, coronación y hazañas del rey Sancho Garcés II, llamado Sancho Abarca.

Seguidamente, y por cuanto van a constituir el tema objeto de este estudio, transcribo los correspondientes pasajes de la Crónica de García de Eugui.

[2]. *Recuenta del rey don García Yniguiz, fijo del rey don Yniego Ariesta.*

Muerto el rey don Yniego Ariesta, regnó su fijo don García Iniguiz; sallió muy bueno et fizo grandes males a moros. Item por ventura hun día, seyendo el rey don García en hun burgo que le dezían Larunbe et la reyna dona Urraqua su muller con él, plegaron moros asodora escondidos et barraron el burgo, et mataron al rey don García; e a la reyna dieron una lançada en el costado et después acorrieron las gentes et fuyeron los moros. La reyna era preynada et vivó poco pero prió<sup>4</sup> ante que muriesse et sallió el fijo, segunt estonces fue dito, visto et oydo et assí es oy en día, la fama dice que nasció por la lancada et después adebant a días, quando finó la madre, assí lo juró et dello testimonió et lo dio por probado. Este obo Sancho nonbre Garceyz Abarca. Et murió este rey don García Yniguiz en el ayngo que andaba la era en IX<sup>C</sup> XXVI.

«[3]. *Recuenta del rey don Sancho Abarca, fijo del rey Don García Yniguiz.*

La reyna finada, hun noble homme de las montanas qui fuera criado del rey don Yniego Ariesta, priso el ninno et criolo bien como debía et mostrole buenas maynas, e traballó a tanto fasta que le fizo cobrar el regno et diole por muller a dona Teuda, de natura de reyes (.....). Item este rey don Sancho púsose en Cantabria et guerreó mucho con los moros, et ganó fasta monte d'Oqua et fasta Tudela et fasta Guesca. Este fizo algunos castillos por la tierra por guerrear a moros et púsoles sus nombres, et porque a vegadas asalteaban los moros por las montannas et que los suyos no avían todos bestias et que quiso socorrer a Pomplona, que era la ora cerquada de los arabes, et que abía a passar por las niebes et por las montaynas de pie e los gelos eran muy grandes, fizo fazer abarcas de cuero crudio, et andaban por los fuertes logares todos a pie; et dende le dixieron el rey don Sancho Abarca. Et abía por maynna que si caballero o escudero o otro homme de cuenta veyra cansado dabale su caballo et él andaba a pie. Después los moros obieron con él fazienda et vinciolos que apenas escapó qui lo contasse de-

---

4. C. ORCASTEGUI, *Crónica García de Eugui*, p. 55, nota 7 a § 2, señala que varios manuscritos dicen: «vivió poco pero parió».

llos. Murió este rey don Sancho Abarca en el aynno que andaba la era en IXC XLIII»<sup>5</sup>.

Dejando al margen las cuestiones cronológicas —o sea, los años de la muerte de García Iñiguez<sup>6</sup> y de Sancho Garcés II Abarca<sup>7</sup>—, y caso omiso, también, del error histórico que supone tal supuesta relación de paternidad<sup>8</sup>, quiero destacar en ese relato los detalles referen-

5. C. ORCASTEGUI, *Crónica García de Eugui*, pp. 558-559.

6. La Crónica de García de Eugui da, como fecha de la muerte del rey García Iñiguez, «el aynno que andaba la era en IXC XXVI»; o sea, el año 888, lo que puede ser bastante aproximado. Vid. J. M.<sup>a</sup> LACARRA, *Historia Política del Reino de Navarra, desde sus orígenes hasta su incorporación a Castilla*, I, Pamplona 1972, pp. 67-70 y 101-105; y del mismo autor, *Historia del Reino de Navarra en la Edad Media*, Pamplona 1975, p. 45.

7. La Crónica de García de Eugui dice al respecto: «Murió este rey don Sancho Abarca en el aynno que andaba la era en IXC XLIII»; es decir, el año 907 lo que, evidentemente, es falso, pues Sancho Garcés II Abarca reinó desde 970 a 994, año en que falleció. Vid. LACARRA, *Historia Política del Reino de Navarra*, I, pp. 144-155; e *Historia del Reino de Navarra en la Edad Media*, pp. 67-70. El error de la Crónica procede, seguramente, de la confusión entre Sancho Garcés I y Sancho Garcés II Abarca, este último nieto de aquél. Todo ello, aparte de que García de Eugui ha reproducido crónicas anteriores, en las que asimismo se da la omisión de varios reyes navarros. Sobre esto, *vid* lo que se indica en las notas 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18 y 19 del presente estudio.

8. La afirmación de que Sancho Garcés II Abarca era hijo de García Iñiguez es un arrastre del mismo error contenido en crónicas más antiguas. Conviene recordar que a García Iñiguez sucedió su hijo Fortún Garcés, último rey de la dinastía Iñiga, que reinó hasta 905. En este año se produce un cambio de dinastía, y sube al poder la familia Jimena, en la persona de Sancho Garcés I (905-925), seguido por su hijo García Sánchez I (925-970) padre, a su vez, de Sancho Garcés II Abarca (970-994). Es decir, el cronista García de Eugui no señala el cambio de la dinastía Iñiga por la Jimena, y pasa por alto tres reinados: los de Fortún Garcés, Sancho Garcés I y García Sánchez I; lo que provoca tanto la inexactitud cronológica como el error de considerar que García Iñiguez fue padre e inmediato antecesor de Sancho II Abarca. El tema ha quedado perfectamente esclarecido después del profundo estudio de J. M.<sup>a</sup> LACARRA, *Textos navarros del Códice de Roda*, en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón*, I (1945), pp. 193-283. Vid. también, del mismo LACARRA, *Historia Política del Reino de Navarra*, I, pp. 39-160; e *Historia del Reino de Navarra en la Edad Media*, pp. 33-73. Hay que señalar el artículo de A. UBIETO ARTETA, *Los reyes pamploneses entre 905 y 970*, en *Príncipe de Viana*, XXIV, núms. 90-91 (1963), pp. 77-82. Este autor estima que debe ser revisada la cronología de los primeros reyes de Pamplona durante el comienzo del siglo X, pues luego de

tes al nacimiento de Sancho Abarca. La narración —aparte su fondo legendario y fabuloso— proporciona un dato que —pienso— puede revestir interés histórico-jurídico en orden a los requisitos del recién nacido para ser considerado vivo y con capacidad jurídica. Me refiero al párrafo que cuenta: «*La reyna era preynada et vivó poco, pero prió [parió] ante que muriesse et sallió el fijo, segunt estonces fue dito, visto et oydo et assí es oy en día*».

La fantástica versión que, sobre el nacimiento de Sancho Abarca, nos da la Crónica de García de Eugui, falta en crónicas navarras más antiguas, que son sólo genealogías reales muy escuetas. Así sucede en el *Ordo numerum Regum Pampilonensium* y en el *Initium Regnum Pampilonam* (ambos de fines del siglo x, y contenidos en el llamado Códice de Roda)<sup>9</sup>, y también en fuentes historiográficas no navarras, como la *Crónica del obispo don Lucas de Tuy*<sup>10</sup>.

---

Sancho Garcés I (905, a 10 diciembre 925), sitúa a Jimeno Garcés (10 diciembre 925 a 29 mayo 931), y la regencia de la reina Toda, en favor de su hijo García Sánchez I (29 mayo 931 a julio-agosto 934), seguida ya del reinado de este último (julio-agosto 934 a 22 febrero 970).

Por lo demás, el desconocimiento o silencio de varios reyes navarros, que se acusa en la Crónica de García de Eugui, se da también en algunas genealogías navarras anteriores. Así, el *Ordo numerum Regum Pampilonensium* (escrito entre 980-990) da el sobrenombre de Abarca a Sancho Garcés I (905-925), a quien confunde con su nieto Sancho Garcés II, el verdadero Abarca (970-994), y cuyo reinado omite; y de García Sánchez I (925-970) salta a García Sánchez II, *Garsias rex cognomento Tremulosus* (vid. LACARRA, *Textos navarros*, pp. 222-223, 236 y 239). Y el *Initium Regnum Pampilonam* omite a Sancho II Abarca y a García Sánchez II el Trémulo, pues pasa de García Sánchez I (925-970) a Sancho Garcés III el Mayor (100-1035); omisión que se explica fácilmente por repetirse alternativamente los nombres de Sancho y García a lo largo de siete generaciones (vid. LACARRA, *Textos navarros*, pp. 257-259).

Pero es que tales omisiones de varios reinados se siguen reproduciendo en textos posteriores, como la *Crónica de Garcí López de Roncesvalles* e, incluso, la *Crónica del Príncipe de Viana*. (Vid. los correspondientes textos de ambas en las notas 14, 18 y 19 de este estudio).

9. Respecto al *Ordo numerum Regum Pampilonensium* y el *Initium Regnum Pampilonam*, véase la nota 8. Para la datación de ambos textos y las fases de su redacción, el trabajo de A. UBIETO ARTETA, *La elaboración de las «Genealogías de Roda»*, en *Miscelánea José M<sup>a</sup> Lacarra Estudios de Historia Medieval*, Zaragoza 1968, pp. 7-14.

10. J. PUJOL, *Crónica de España por Lucas, obispo de Tuy Primera edición del texto romanceado, conforme a un códice de la Academia, preparada y pro-*

Por el contrario, esa narración legendaria sí aparece —aunque en forma más breve— en el *Liber Regum* (fines del siglo XII)<sup>11</sup>, en el *Libro de las Generaciones* (segunda mitad del siglo XIII)<sup>12</sup> y en el *De*

---

*logada por*, Madrid 1926, p. 339. El cap. XLVI, *Dey rey Abarca don Sancho*, incurre en el mismo error de confundir a Sancho Garcés I y a Sancho Garcés II (el verdadero Abarca), y de aquél salta al que considera su hijo, García Sánchez III.

11. *Liber Regum*: «Est rei Garcia Ennequez priso muller la reina dona Urracha, & oueron un fillo qui ouo nomne Sancho Garceç, e pues ouo nomne el rei Sanch Auarca, e dire uos como. Matoron moros al rei Garcia Ennequez, e rremaso so muller prennada, la reina dona Urracha. E pues a la Cumberri, prueb de Pamplona, firieronla d'una lança e murie la madre, e naxie el fillo biuo por la plaga de la lançada. Est fillo priso lo un ric omne de la montanna e criolo al mellor que pudo, e puso l nomne Sancho Garcez. E quando est ninno fo grande, fo omne muit esforçado e muit franc, & accullie a ssi todos los fillos d'algo que trobo en las montannas e daua les quanto que podia auer; e sos omnes quando uedieron qu'el era omne muit esforçado e de grant trauallo, pusieron le nomne Sanch Auarcha, e plegoron se todos los ricos omnes de la tierra, e por la bondat e por l'esfuerço que uedieron en el leuantaronlo rei. Est rei Sanch Auarcha miso se en Cantabria e guerrio a moros, e conuerie de Cantabria tro a Nagera e tro a Monte d'Oca e tro a Tudela, e conuerie toda la plana de Pamplona e grant partida de las montannas. E pues conuerie tod Aragon e fizo muitos castiellos por la tierra por guerriar a moros, e fizo muitas batallas con ellos e rrancofas. Est rei Sanch Auarcha priso muller la reina dona Toda, & ouo en ella un fillo e quatro fillas: el fillo ouo nomne el rei don Garcia el tembloso, .. » (Edic. de L. COOPER, *El Liber Regum. Estudio lingüístico*, Zaragoza 1960, pp. 35-36). Como se ve, este texto contiene los mismos errores genealógicos que la Crónica de García de Eugui, da una parecida —pero más sucinta narración sobre el nacimiento de Sancho Abarca, y silencia el dato que en aquella crónica he destacado por su interés para el tema.

12. *Libro de las Generaciones*: «El rey don Garcia Yéniguiz ovo por muger a la reyna donna Urraca, et ovieron un fijo que ovo nombre Sanc Garceyz; pues ovo nompne el rey Sancho Auarca. Corrieron moros a Larraún, et el rey don Sancho yssió a ellos, et matáronlo. Et la reynna dona Urraca su muger remasó preynnada. Et en Lecumberri, prope de Pamplona, ferieronla d'una lança, et morió la madre. Parió de un fijo, et nació este fijo por el lugar do ovo la ferida de la lança et remanió él, vino desconsejado et trovoló un ric omne de la montayna et levolo a su casa et púsole nompne Sanç Garceyz. Est rico omne avía muytas bacas, et criolo al mejor que él pudo. Et quoando este nino fo grant, fo muy esforçado et franco et acullió assí todos los fijos dalgo que podió trovar en las montaynnas, et dioles todo lo que podió aber. Et quoando vidieron sus gentes que assí hera esforçado, et que hera omne de gran travallo, pusieronle nombre Sancho Auarca, et aplegáronse todos los omnes de la terra et por grant bondat que vidieron en él, levantáronlo rey. Et este rey Sancho Auarca metioso en Cantabria, et di guerreó muyto a moros, et conuerió de Cantabria tro a

*rebus Hispaniae* del arzobispo don Rodrigo Ximénez de Rada<sup>13</sup>.

También una versión compendiada de tal leyenda es la que ofrece la *Crónica de Garci López de Roncesvalles*, escrita en 1404, o sea pocos años después que la *Crónica de García de Eugui* y que, al igual que

Nágera, et tro a monte d'Oca, et tro a Tudela, et conquerió toda la plana de Pompilona e Longuida, con la canal de Aragón, et Sant Estevan de Montjardín et otras terras muytas que non son escritas, et grant partida de las montaynnas. Et pues conquistó todo Aragón et fezo muytos castillos por la terra por guerrar a moros, et fezo muytas batallas con moros, et vençiólo, et fo leal rey et mantuvo justia. Este rey Sancho Avarca ovo por muger la reyna donna Toda, et ovo en ella un fijo et IIII° fijas. El rey ovo nompne el rey don García el Tembloso,...». (Edic. de Josefa FERRANDIS MARTÍNEZ, *Libro de las Generaciones*, Valencia 1968, pp. 58-59). Es patente la coincidencia de este texto con el correlativo del *Liber Regum*. Ferrandis Martínez (*cit*, p. 8) ha señalado, con carácter general, las muchas analogías entre el *Libro de las Generaciones* y el *Liber Regum*, y estima que aquél es una ampliación de este último, con intercalación de muchos relatos y leyendas interesantes.

13. RODRIGO XIMÉNEZ DE RADA, *De rebus Hispaniae*, lib. V, cap. XXII. «*De rege Garsia Enechonis et filio eius Sancio*. Mortuo autem Enechone Arista regnavit Garsias Enechonis filius eius, vir largus, et strenuus, et in bellis continue se exercens. Cumque quadam die minus caute in quodam viculo qui Larumbe dicitur, residet, supervenientes Arabes improvidum occiderunt, et Reginam Urracam uxorem suam praegnantem in utero lancea percusserunt. Sed continuo adventu suorum latrunculis Arabum effugatis, Regina morti proxima, tamen viva, per vulnus lanceae, sicut Domino placuit, infantulum est enixa, et fetus ministerio muliebri, vitae miraculo omnium est servatus, et Sancius Garsiae fuit vocatus. Mortua autem matre, quidam nobilis qui à tempore Enechonis Aristae adhaeserat Regi Garsiae, suscepit infantulum, et fecit eum diligentissime enutriri, et transactis infantiae et pueritiae annis, cum ad adolescentiam pervenisset, aetatem indole, et indolem strenuis operibus superabat, et successit in regno Regi Garsiae AERA DCCCXVIII. Nutricius autem eius cum esset nobilis et abundans, semper eum consiliis et auxiliis ad magnalia provocabat, et procuratus est ei uxorem de regio semine quae Theoda vocabatur, ex qua suscepit filium Garsiam nomine, qui agnominatus est Tremulosus. Habuit etiam quatuor filias, Semenam, Mariam, et Tarasiam, et Valasquitam, quae fuit data Comiti Biscagiae Munioni. Verum Rex Sancius ex Cantabria Arabes graviter infestabat, adeo quod usque ad montem Aucae, et Tudeliam, et prope Ocam fere omnia suae subdidit ditioni. Acquisivit etiam Aragoniam et montana. Verum populi Cantabrorum agilitati et frigori assueti, tempore irruptionis Arabum expeditiones viriliter sustinebant, et quadam vice cum Arabes hiemali tempore invaderent Pampiloniam, et Rex Sancius ultra Pyrenacum ageret, audito periculo, periculo se ingessit, et propter importunitatem nivium de crudis coriis fecit abarcas, quibus pro sotularibus per medias nives transivit illaesus, et ab hoc facto fuit exinde dictus Abarca: (et ali-

ésta, incide en el error de considerar que Sancho II Abarca (al que confunde con su abuelo Sancho Garcés I) fue hijo de García Iñiguez<sup>14</sup>.

Por último, hay que mencionar la obra más conocida de la historiografía navarra medieval: la *Crónica de los reyes de Navarra*, escrita por el Príncipe de Viana<sup>15</sup>. Esta incurre —respecto a genealogía real—

---

qui qui ex eius genere processerunt, adhuc hodie cognomen retinent ab Abarca) et circa Auroram obsessis adveniens, impetu dirupit obsessores, et tanta succubuit multitudo, ut vix superesset qui Arabum infortunium nunciaret. Et quia habebat populos agiles, et in spiculorum actibus expeditos, ut eos ad bella et infestationes Arabum amplius provocaret, interdum cum militibus studio militari, interdum cum peditibus officio peditali, semper tamen proeliis fidei insistebat, et in rupibus arduis munitiones saepius construebat, et aliquando pugna, aliquando furtim castra plurima occupabat, et more peditum calciatis abarcis, peditibus comitatus, pari, immo praecellenti agilitate, in Carpetania et Celtiberia loca plurima acquisivit, quae adhuc hodie Regis Sancii Abarcae dicuntur, et ipse Rex Sancius Abarca adhuc hodie memoratur; et inde sic compescuit incursantes, ut terra diebus eius securitate continua laetaretur, et regnavit Rex Sancius, dictus Abarca, annis XXV, et decessit AERA DCCCXLIII». (Reimpresión facsímil de la edic. de 1793, con índices preparados por M.<sup>a</sup> Desamparados CABANES PECOURT, *Rodericus Ximēnius de Rada Opera*, Valencia 1968, pp. 112-113).

14. *Crónica de Garci López de Roncesvalles*: «[16]. Item el ovo fijo don García Yniguiz qui regno empues él, el qual moros mataron, segunt la Crónica de don Rodrigo, en Larumbe et otras crónicas que fue en Lecumberri — [17]. Este había por muger la reyna donna Hurraqua, la cual moros plagaron de una lançada por el vientre, estando ella casi al tiempo de parir, et sacaron la criatura por misterio de las mugeres por la plaga de la lançada; morió la madre et el fijo finquo vivo por miraglo de Dios, qui fue clamado don Sancho Garcia et otrament fue clamado don Sancho Abarqua porque andaba con çapatos de cuero pelludo, que son dichos abarquas, con los hombres a pie; et fizo grandes conquistas: conquerió el reyno de Aragón et otras tierras Regnó este Rey don Sancho Abarqua XXVº annos et morió en la era de DIIIIº XL III, do iaze non lo dize la croniqua, como es en las otras crónicas contenido». (Edic. de Carmen ORCASTEGUI, *Crónica de Garci López de Roncesvalles Estudio y edición crítica* Pamplona 1977, pp. 61-62).

15. Fue publicada por J. YANGUAS Y MIRANDA, *Crónica de los Reyes de Navarra escrita por D. Carlos Príncipe de Viana, y corregida en vista de varios códices, é ilustrada con notas*, Pamplona 1843. Se trata de una edición realizada sobre pocos manuscritos y que no responde a las exigencias actuales de transcripción de textos. He prescindido de ella, y me he atenido a la excelente, y recién aparecida, edición crítica de Carmen ORCASTEGUI GROS, *La Crónica de los Reyes de Navarra del Principe de Viana Estudio, Fuentes y Edición crítica*, Pamplona 1978.

en la misma equivocación que la de Garci López de Roncesvalles<sup>16</sup>, y sobre el nacimiento de Sancho Abarca presenta una versión mucho más pormenorizada y, además, con importantes variaciones entre la primera y la segunda redacción<sup>17</sup>. Comparativamente a la antes resaltada expresión de la Crónica de García de Eugui (*sallió el fijo, ... visto et oydo*), la primera redacción de la Crónica del Príncipe de Viana dice, en vez de ello, que «*assí sacó el ninno del vientre de su madre echando muchas lágrimas*»<sup>18</sup>; y, en su lugar, la segunda redacción narra que «*saco hun ninno bibo, e lebolo consigo, e luego lo batizo*»<sup>19</sup>.

---

16 La coincidencia en el mismo error no puede sorprender si se considera que una de las principales fuentes de la Crónica del Príncipe de Viana fue la de Garci López de Roncesvalles (Cfr. ORCASTEGUI, *Crónica Príncipe de Viana*, pp 55-58). El fallo puede arrancar también de la Crónica de García de Eugui, otra de las fuentes históricas que el Príncipe utilizó, como éste mismo lo declara en el *Prólogo* de sus Crónicas. «... esso mesmo por don fray García de Euguí obispo de Bayona, confessor de nuestro aguelo el rey don Karlos que Dios aya, en la copilación que fizo et quoales regnaron et senoriaron fasta la venida de los nuestros predecessores de los quoales tractar nos fue complidero et de las cosas susodichas en esta special scriptura...» (*Id.*, p. 76). Con acierto señala Carmen Orcastegui que, en la Crónica del Príncipe de Viana, la sucesión de reyes no encaja con la realidad hasta García el Temblón y la cronología no se afirma sobre una base sólida hasta Sancho de Peñalén. «Como compilación tiene valor en cuanto nos muestra la dificultad para conocer los orígenes del reino en el siglo xv. La concepción de una historia mejor ya se había iniciado, el método también, pero los resultados son todavía escasos y la Crónica ha de ser sometida a una depuradora labor crítica antes de ser aceptados sus asertos» (*Id.*, p. 63).

17. Carmen ORCASTEGUI (*Crónica Príncipe de Viana*, p. 61) ha advertido la diversidad de detalles entre ambas redacciones, y al respecto dice: «La Crónica recoge la leyenda del milagroso nacimiento de Sancho Abarca que tiende a salvar el desconocimiento de este período oscuro de la historia —el cambio de la dinastía Iñiga a la Jimena—, mediante un hecho fantástico y maravilloso muy propio de la concepción providencialista de la historia que anima todavía a los cronistas del xv; pero el afán de amplitud que el Príncipe transmitió a sus colaboradores animó a éstos a completar el relato con nuevos detalles. El hecho de que ambos redactores difieran en estas pequeñas adiciones nos permite suponer que fueron debidas a la tradición oral o a sus propias deducciones. Ambos coinciden en señalar que el caballero que salvó al infante pertenecía a la casa de los Abarcas, quizá por la donación que el rey le hizo posteriormente, pero difieren en la duración del interregno y en el lugar de la coronación del nuevo rey».

18. *Crónica del Príncipe de Viana* (primera redacción), lib. 1, cap. VIII «*Capítulo en el qual se scrive como el rey Sancho Abarca miraglosamente vino a ser rey en este reyno de Navarra e como fue levantado rey e qué armas traxo* —

Conviene retener esos datos —así de la Crónica de García de Euguí como de las dos versiones de la Crónica del Príncipe de Viana—,

---

Después que murió el rey don García Yniguiz e, intitulado Ariesta como su padre, traxo aquellas mismas armas, quedó la dicha reyna Urraqua su muger preñada como dicho es; e un día por grant desventura, pasando la dicha reyna por la Val de Ybarri, los moros que estaban en celada salteáronla e mataron todos los que con ella iban, e la dicha reyna fue ferida de una lancada por el vientre de la qual ferida moría, e dende a poco rato, pasó dende un noble caballero de las montañas d'Aragón el qual era señor de la casa e solar de las Abarquas que ay son, e mirando la terrible mortalidad que de christianos ende había fecho de que hobo grandísima compasión, así andando mirando los muertos por ver si cognoscería algunos de sus parientes e amigos y entre los otros muertos, fallo a la reyna de que sobre todos los otros hizo mucho mayor llanto; e mirando por donde fuera ferida, vido como tenía una lançada por el vientre e como de la dicha lançada salía el vraco de un ninno y maneaba los dedos de que fue muy pasmado, e así como conoció la reyna tener el ninno vivo en la variga, sacó su puñal y comenzó de fender el vientre donde estaba ferida e así sacó el ninno del vientre de su madre echando muchas lagrimas; partió para su tierra con el ninno e alla lo hizo criar muy bien, como si fuera propio fijo, ata tanto que obo XIII años. En este medio, los aragoneses y nabarros lloraron mucho la falta de la sucession de sus naturales reyes e estovieron XIII años sin rey ninguno, el qual tiempo fueron arto fatigados de los moros; e así a XIII<sup>o</sup> años de la muerte del rey don García Yniguiz su señor, los dichos aragoneses e nabarros se llegaron e fizieron juntamiento en Sobarbe para haver de levantar rey que los governase e defendiese; a este llegamiento vinieron los principales d'Aragón e Navarra, en los quales hobo mucha distinción sobre quien llevarían por rey. A este llegamiento veno aquel caballero que había sacado el ninno del vientre de la reyna e delante todos levantó en pie, el qual havia traydo consigo al dicho ninno que tenía XIII años e lo hizo llamar por su nombre Sancho, e lo traxo vestido de habito de pastor, en los pies calzadas abarquas, ha dar ha entender que los que han de regnar an de ser pastores e guardas del comun pueblo, e dixo el caballero ha altas voces estas palabras valerosas: «Senhores que aqui estays llegados para haver de llevar rey, ya no avreis de mas altercar sobre esta elección, que este ninno que aquí está es vuestro rey e natural señor y es fijo del rey don García Yniguiz y de la reyna su muger, vuestros reyes e señores naturales»; et contóles toda la forma como obiera sacado el ninno del vientre de su madre e dixo así esto que yo digo: «yo lo probaré con mis parientes e criados que presente se fallaron, e quando hobiere ninguno que no lo quisiere otorgar que es así, yo le saldré sobre ello al campo y le aré dezir que es así»; e así los presentes se allaron a la dicha elección, visto como este caballero daba tan buenas razones e como él era persona de mucha auctoridad, mucha fe dieron, e tambien conociendo en el ya dicho ninno Sancho abarquas e su phisonomía sin más, ser el fijo del rey sin más dificultad,

porque, según al final de este estudio se verá, pueden resultar significativos en relación al tema que seguidamente vamos a tratar.

---

tomaron el dicho Sancho Abarquas e, quitado el habito pastoril, lo bistieron de vestidos reales e lo levantaron e juraron por su senyor et rey. E truxo este rey glorioso por armas sobre las ariestas dos abarquas d'oro, e fue muy bueno e cathólico rey; e este caballero que hobo criado le fizo mucha honra e le dio mucha tierra e le dio sus mismas armas salvo que tubiese esta differencia, que el rey traya dos abarquas y el caballero tres». (ORCASTEGUI, *Crónica Príncipe de Viana*, pp. 217-218).

19. *Crónica del Príncipe de Viana* (segunda redacción), lib. I, cap. VIII «Capitulo VIIIº en el quoyal se scrive como el rey don Sancho Abarca pervino miraglosamente en el presente siglo e como fue lebandado por rey el que armas truxo e por qué—Despues que murió el dicho rey don García Iniguiz e intitulado Ariesta como su padre e truxo aquellas mesmas armas, quedó la dicha reyna dona Urraqua su muger preynnada como dicho es, e hun dia por grant desaventura, passando la dicha reyna por el valle de Aybar, los moros, los quuales estaban en celada, saltearonla e mataron todos los que con ella yban, e la dicha reyna fue ferida de una lancada por el vientre de la quoyal murió, e dende a poco rato, passó por ende hun noble caballero de las montanas de Aragón, el quoyal hera senyor de la casa e solar de los Abarquas que oy son, e mirando la terrible mortaldat que de christianos ende hera, vio por la ferida que la reyna tenia que parecía una mano de creatura e que maneaba los dedos, e apeado, havrió con su punnal a la dicha reyna por el vientre e saco hun ninno bibo, e lebolo con signo, e luego lo batizó e púsole nombre don Sancho García, al quoyal crió muy honestamente; e despues de algunos dias e annos, las gentes de la tierra procuraban senyor e complayniansen mucho e no sin razón qua non pensaban que quedasse heredero en la tierra; e hun dia, aiuntados los nobles e caballeros con la gente popular de la tierra por lebandar rey a algun noble varon, quisieron tener parlament; e el noble varon que al ninno había salvado la vida, sabiendo el dicho aiuntamiento que se debía fazer por el general de la tierra, fizo vestir el ninno como pastor, denotando que los reyes son pastores de su pueblo e fízole calçar avarquas, e aiuntados todos sus parientes e amigos e vassallos, bien honrradamente aparejado para el dia assignado, fue presente en el dicho aiuntamiento e entrando por el palatio en Pomplona, donde se celebraba el dicho parlament, fue bien recogido e rescebido por el dicho general e teniendo el ninno entre sus piernas, dixo a altas voces: Varones, tomat a este ninno e desnudadle las vestiduras que trahe, lebandadlo por rey, ca por cierto este es vuestro senyor, ca bien sabedes vosotros que quando la reyna su madre murió, hera gruessa prennada, e yo so aquel que passando por el valle donde la dicha reyna murió, vi la creatura que saco la mano por la ferida del vientre de su madre e saquele vibo, loado Dios, sin peligro ninguno, e séanme testigos mis parientes e vassallos que esto vieron, e si alguno querrá dezir que no es assí, entre con mí en campo de batalla e combatergelo he, e dichas estas palabras, lebandáronse todos e dixieron a alta voz: Viva, viva, viva, que este es nuestro senyor, e conosciéronle por

## II. NACIMIENTO DE UN HIJO VIVO: EFECTOS JURIDICOS

En el orden familiar y sucesorio es manifiesta la importancia y significación de que, al fallecimiento de uno de los cónyuges, haya, o no, descendencia del matrimonio. Pero es que, incluso, la simple circunstancia del nacimiento de un hijo, aunque éste fallezca poco después, puede tener relevantes consecuencias jurídicas.

En un orden muy amplio de conceptos, y con carácter de generalidad, cabe establecer que la existencia de hijos —uno o varios— implica un reforzamiento del vínculo conyugal, con sus naturales efectos: ampliación e intensificación de la comunidad, mayor confusión de los patrimonios propios de los cónyuges, y tendencia de favor hacia las situaciones de comunidad continuada o de unidad de administración en el cónyuge sobreviviente; por contra, y correlativamente, tal hecho supone exclusión o suspensión o, cuando menos, un debilitamiento de las expectativas sucesorias pertenecientes a los respectivos círculos parentales o familiares de ambos cónyuges. 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— tienen, como destino último, llegar a ser de los hijos, en quienes —como prolongación o continuación de ambas familias—, todos los bienes resultan fundidos para formar una sola masa. Por el contrario, en ausencia de hijos, la cuestión es más delicada, pues interesa que los bienes vuelvan a las respectivas familias: de aquí se deducirá la necesidad de una previa separación de las masas de bienes privativos de cada cónyuge y una clara distinción entre los patrimo-

---

la filosofía, ca mucho parecía al rey don García su padre, e luego le desnudaron los vestidos que traya e vestiéronle de hábitos reales e, jurado los fueros, lebantáronle por rey de edad de VIIIº años, e con grant gozo e alegría fue fecha grant fiesta por su bienaventurado coronamiento. E por quanto vno calcado con abarquas intituláronle Sancho Avarqua. E truxo por armas dos abarquas de oro sobre las dichas ariestas e por el grant servicio que el dicho caballero que le crió le fizo e otorgol: por privilegio para él e sus descendientes que se llamassen Abarquas e que truxiessen las dichas abarquas por armas, pero que por diferencia truxiessen tres abarquas». (ORCASTEGUI, *Crónica Príncipe de Viana*, pp 102-103)

niales y los adquiridos; respecto a aquéllos se impondrán soluciones de sucesión troncal o de recobro y reversión; e incluso en cuanto a los bienes ganados o conquistados, surgirá el problema de su ulterior destino.

No corresponde a los fines del presente estudio un análisis detenido de estos problemas y de sus distintos planteamientos y soluciones<sup>20</sup>. Sólo es dado aquí, en un intento de síntesis, exponer lo que cabría considerar criterios o principios generales informadores de las diversas fuentes jurídicas de la Edad Media, donde son acogidos con mayor o menor alcance y, a veces, con signo contrapuesto.

a) El simple hecho del nacimiento de un hijo, aun cuando poco después fallezca, origina en algunas fuentes la comunidad de bienes en el matrimonio; y, con frecuencia, como efecto correlativo, hace ineficaz la promesa o constitución de arras por el marido, o extingue o suspende el deber de restituir la dote aportada por la mujer.

b) La existencia o —por el contrario— la no existencia de hijos al tiempo de fallecer uno de los cónyuges, determina *a posteriori* el régimen de bienes en el matrimonio, así como la procedencia, o no, de la comunidad conyugal continuada como consorcio entre el viudo y los hijos, y la situación jurídica del cónyuge supérstite, ya en calidad de gestor de dicha comunidad ya como usufructuario del patrimonio familiar, al menos mientras guarde viudedad y fidelidad.

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 esposos en la gestión del patrimonio, y otras, inversamente, en una ampliación de los poderes de gestión y representación del marido, incluso respecto a los bienes propios de la mujer.

20. De la influencia del nacimiento de un hijo respecto al régimen de bienes en el matrimonio, con respecto al Derecho alemán medieval se ocupó H. BRUNNER, *Die Geburt eines lebenden Kindes und das eheliche Vermögensrecht*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, XVI (1895), pp. 63-108; y posteriormente, en cuanto a las fuentes jurídicas holandesas, lo hizo J. VAN KUYK, *Het schreind Kind*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, II (1920), pp. 278-297. En mi estudio *Fuero General de Navarra 4,2,3. El cónyuge viudo que tiene «fealdat», ¿puede enajenar en caso de necesidad?*, en *Anuario de Derecho Civil*, XXVII-1 (1974, enero-marzo), pp. 91-268, en especial pp. 131-168, traté del tema con respecto a los Derechos medievales europeos y, en particular, con referencia al de Navarra.

d) La falta de descendencia común de los cónyuges dará lugar, al fallecimiento de uno de éstos, a una devolución hereditaria inspirada en los principios de sucesión troncal y de recobro o reversión. Por el contrario, habiendo descendencia del matrimonio, la herencia se rige por los principios de sucesión personal, con indiferencia de la procedencia y naturaleza de los bienes. Pero también en este último supuesto, si el hijo falleciere poco después, o posteriormente mas sin llegar a la edad de testar, pueden plantearse nuevamente problemas de devolución troncal, o sea de recobro de bienes por los parientes del cónyuge que causó herencia a favor de ese mismo hijo.

e) El hecho de haber hijos —o cierto número de éstos— puede suponer un mayor grado de derechos sucesorios a favor de la madre (tal es el caso del *ius liberorum* del Derecho romano); o, por el contrario, una reducción de las facultades de libre disposición *mortis causa* de los cónyuges, y hasta puede actuar como *conditio iuris* de efecto resolutorio respecto a las liberalidades que los mismos cónyuges hubieren otorgado entre sí.

f) La falta de descendencia al fallecimiento del causante da lugar a instituciones como la *mañería*, o sea el recobro de los bienes por quien los hubiere concedido en feudo, prestimonio o relación jurídica análoga; o, cuando menos, puede determinar el pago de una cantidad como reconocimiento de la *mañería* y para dejar sin efecto la devolución patrimonial que ésta implicaría. Inversamente, la existencia de hijos —a veces el mero hecho de que hubieren llegado a nacer— actúa como circunstancia jurídica que excluye o elimina toda aplicación de ese mismo instituto.

En definitiva: si hay hijos, en éstos se prolonga el tronco y se perpetúan las familias de que ambos cónyuges proceden. Por el contrario, si no quedan hijos del matrimonio, éste ha resultado una unión puramente temporal sin proyección de futuro. La muerte de un cónyuge, sin dejar descendencia, supone la liquidación de los vínculos o relaciones entre el sobreviviente y la familia del fallecido. Así lo expresaba, gráficamente, un viejo principio del *Droit coutumier* francés: «*Morte ma fille, mort mon gendre*»<sup>21</sup>; y, casi en iguales términos, un

21. El proverbio viene formulado en *Les Institutes coutumières de Loysel*, núm. 118 (edición de M. REULOS, París 1935, p. 32) Sobre el alcance de ese aforismo, H. ROLAND y L. BOYER, *Locutions latines et adages du Droit français contemporain*, II. *Adages M à Z*, Lyon 1979, núm 157, pp. 55-58.

proverbio del antiguo Derecho alemán: «*Wenn die Frau todt ist, so hat die Schwägerschaft ein Ende*»<sup>22</sup>.

De todo ello se deduce la gran trascendencia que reviste determinar cuándo se entiende que un hijo ha nacido vivo y en condiciones aptas para adquirir derechos, para poder a su vez transmitirlos y, finalmente, para que se produzcan los efectos jurídicos condicionados ya al nacimiento, ya a la existencia, ya, por último, a la sobrevivencia del hijo.

Es evidente que, para considerar jurídicamente que una persona existe, se requerirá que nazca viva, no muerta. Pero, ¿será preciso, además, que permanezca con vida durante cierto tiempo?, ¿o bien que presente determinados signos o demostración de vida, o que reúna condiciones de viabilidad, o sea, de aptitud para seguir viviendo en el futuro? Es, precisamente, en este punto, donde puede resultar ilustrativo el dato que recoge la Crónica de García de Eugui, tal vez reflejo de una costumbre jurídica navarra que permite una mejor interpretación de las fuentes medievales del antiguo reino pirenaico.

### III. NACIMIENTO, VIDA Y VIABILIDAD: PERSPECTIVA HISTORICO-JURIDICA

#### A) DERECHO ROMANO

##### 1. EXAMEN DE LAS FUENTES

Los textos romanos afirman la necesidad de que el recién nacido esté vivo y de que no sea monstruoso. Pero —como destaca Biondi— en las fuentes se habla de tales requisitos a los fines, no de la capacidad, sino de aplicación de algunas instituciones que prevén precisamente el hecho del nacimiento de los hombres, sin referencia a la cuestión de capacidad<sup>23</sup>. De ahí que no exista una doctrina rígida y uni-

22. L. VOLKMAR, *Paroemia et regulae juris romanorum, germanorum, francogallorum, britannorum*, Berlín 1854, p. 344, *paroemia germanorum* núm. 103.

23. B. BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano* 3.ª, Milán 1956, p. 106. señala a este respecto: a) la *lex Iulia et Papia Poppaea* del tiempo de Augusto, queriendo favorecer la procreación establecida en materia de sucesión hereditaria ventajas a aquellos que tuviesen hijos y desventajas a los que no los tuviesen: b) el *senatus consultum Tertullianum* del tiempo de Adriano llamaba a la madre a la herencia del hijo siempre que tuviera el *ius liberorum*, esto es que tuviese

taria sino más bien una flexible solución de cada caso según las circunstancias concretas.

Veamos lo que al respecto nos dicen los textos e, incluso, algunas fuentes no jurídicas.

#### a) *Nacimiento*

El hijo concebido no es todavía hombre: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* (D. 25,4,1,1). Lo cual no obsta a una protección jurídica del concebido, pues éste, en casi todo el derecho civil, es considerado como nacido (*qui in utero sunt, in toto pene iure civili intellegentur in rerum natura esse*: D. 1,5,26); aunque, conviene advertir, tal regla se aplica sólo en cuando se trate de ventajas propias del mismo hijo: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esse custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit* (D. 1,5,9)<sup>24</sup>.

#### b) *Vida*

No es suficiente que el hijo haya sido dado a luz; se requiere que nazca vivo. Los que nacen muertos no se consideran nacidos ni procreados, pues nunca pudieron llamarse hijos: *qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt* (D. 50,16,129). Sin embargo, en relación a la preterición del póstumo fue discutido si el nacimiento de un hijo abortivo era o no suficiente para invalidar el testamento: Ulpiano lo admitió<sup>25</sup>; pero Diocleciano

---

tres o cuatro hijos, según que fuese ingenua o liberta; c) la *adgnatio postumi*, por la cual el testamento venía anulado cuando al testador le fuese nacido un póstumo no contemplado en el testamento

24. Para el estudio de este principio: E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, en *Bulletino dell'istituto di diritto romano*, XXXIII (1923), pp. 1 y ss [recogido en *Studi di Diritto romano*, I, 1933, pp. 1-60], y M. ROBERTI, «*Nasciturus pro iam nato habetur*» nelle fonti cristiane primitive, en el volumen *Cristianesimo e Diritto romano*, Milán 1935, pp. 65-84.

25. D. 28,2,12,1. ULPIANUS libro nono ad Sabinum Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe et si exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et tamen rumpit.

estableció, en contrario, que *uxoris abortu testamentum mariti non solvi*<sup>26</sup>.

### c) *Demostración de vida*

A veces, puede resultar dudoso si un recién nacido llegó a vivir algún tiempo o si, por el contrario, nació muerto. El Derecho romano primitivo resolvió la cuestión de un modo muy simple, al requerir, como prueba de vida, que alguien oyese el grito del niño<sup>27</sup>. Esta regla arcaica —y aparentemente rigurosa— fue mantenida por los proculeyanos, quienes requerían, como demostración de vida, el *emittere vocem*; los sabinianos entendieron, en cambio, que bastaba cualquier manifestación de vida del nacido, *etsi vocem non emisit*; y esta opinión fue aceptada por Justiniano (año 530), quien tan sólo exigió que el recién nacido viniese al mundo todo vivo y no tuviese forma de monstruo o prodigio alguno (*si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium*)<sup>28</sup>.

### d) *Forma humana*

Los romanos se plantearon la cuestión de si podía contar como hijo nacido el que fuese portentoso, monstruoso, inmaduro o de aspecto

26. C. 6,29,2 *Impp Diocletianus et Maximianus AA. et CC Sotericho Uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito. quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum iuris evidentissimi est. S. XII k Mart Sirmi CC cons.*

27. A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo, das Romische Recht im ersten Jahrhunderte des Kaiserzeit*, I, Halle 1873, p. 204.

28. C. 6,23,9. *Imp Iustinianus A. Iuliano pp* Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. cum igitur is qui en ventre portabatur praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisse redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet et nascendo ruptum testamentum faciebat, si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum potest. Veteres animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet, quod et, si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit vel in manibus abstetricis decessit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans nostrum vel prodigium. D. XV k Dec Constantinopoli Lampadio et Oreste v v cc cons

o llanto insólitos, sin forma humana. Y la resolvieron de modo vario: en sentido afirmativo, cuando la norma consideraba la procreación como título de mérito de los padres (especialmente para el *ius liberorum* correspondiente a la madre que había tenido un cierto número de hijos)<sup>29</sup>; y en sentido negativo, siempre que se tratase de ver en el monstruo un titular, siquiera fuese momentáneo, de derechos y de obligaciones (concretamente, en orden al *senatus consultum Tertullianum*)<sup>30</sup>. En cualquier caso, el parto del que tiene miembros humanos en número superior al normal parece, en cierto modo, perfecto, y por lo tanto se contará entre los hijos<sup>31</sup>.

#### e) *Viabilidad*

Del requisito negativo de que el hijo no fuese monstruoso, resulta aventurado derivar la exigencia positiva de la viabilidad, esto es la aptitud del recién nacido para continuar la vida. En general, los romanistas no aceptan tal circunstancia como necesaria para que el hijo sea sujeto de derecho<sup>32</sup>. Al parecer de Emilio Costa, este concepto de la *vitalitas* —como aptitud para continuar la vida— se afirma, de manera sensiblemente precisa y concreta, en una de las comedias de Plauto<sup>33</sup>;

29. D. 50,16,135. ULPIANUS libro quarto ad legem Iuliam et Papiam. Quæret aliquis, si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius magis animalis quam hominis, partum, an, quia anixa est, prodesse ei debeat? et magis est, ut hæc quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quæ qualiter potuerint, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet.

30. *Pauli Sententiae* 4,9,3. Mulier si monstruosum aliquid aut prodigiosum anixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis conuerso more procreantur.

31. D. 1,5,14. PAULUS libro quarto sententiarum. Non sunt liberi, qui contra formam humani generis conuerso more procreantur: veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur.

32. Así, B. BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano*<sup>3a</sup>, Milán 1956, p. 107; y V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*<sup>12a</sup>, Nápoles 1954, p. 46.

33. PLAUTO, *Bacchides*, IV, 9, vv. 74-75:

ducentos Philippos...

Da, si esse saluom uis me aut uitalem tibi.

(E. COSTA, *Il Diritto privato romano nelle commedie di Plauto* Turín 1890 [Roma 1968], pp. 73-74)

pero a este propósito conviene recordar la advertencia que hace Alvaro d'Ors respecto al valor tan sólo relativo de ese autor de comedias como fuente de información para el estudio del Derecho de su época<sup>34</sup>. Sea cual fuere la solución que pueda estimarse más correcta para el Derecho romano, algunos intérpretes posteriores llegaron a deducir el requisito de la viabilidad, expresamente acogido —como luego se verá— por el Código civil francés y otros códigos que siguieron a éste.

f) «*Dies lustricus*»

Aun cuando no se refería a los requisitos jurídicos para considerar nacido al hijo sino, más bien, al ingreso de éste en la *familia* y ser colocado bajo la *patria potestas*, conviene aquí recordar la forma en que se exteriorizaba la voluntad del padre de acoger al hijo procreado por la mujer. Esa voluntad —dice Emilio Costa<sup>35</sup>— se manifestaba ordinariamente mediante el acto por el cual el padre recogía al hijo cuando, inmediatamente después del parto, era depositado a sus pies (*tollere liberos*)<sup>36</sup>, conforme a una costumbre largamente difundida entre los pueblos indoeuropeos; o bien, mediante la celebración, por él mismo ordenada, de la *lustratio*, ceremonia religiosa que acompañaba la asignación del nombre del recién nacido, y que, según éste fuese varón o hembra, se celebraba al noveno u octavo día del nacimiento (*dies lustricus*)<sup>37</sup>.

Considero de interés subrayar que la legislación matrimonial de Augusto (leyes *Iulia de maritandis ordinibus* y *Papia Poppaea*) se refería a ese momento (*dies nominum*) para dar a los cónyuges un derecho a recibir *mortis causa*, uno del otro, una décima parte por cada

34 A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca 1943, pp. 63-64.

35. *Storia del Diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*<sup>2a</sup>, Turín 1925, p. 74.

36. Ver el estudio de S. PEROZZI, *Tollere liberum*, en *Studi in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Nápoles 1917, pp. 213-238 [recogido en *Scritti giuridici*, III, Milán 1948, pp. 93-126].

37. MACROBIO, *Saturnalia* 1,16,36. Est etiam nundina Romanorum dea a nono die nascentium nuncupata, qui lustricus dicitur. Est autem dies lustricus quo infantes lustrantur et nomen accipiunt; sed si maribus nonus octavus est feminis. (Tomo la cita de E. COSTA, *Storia del Diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*<sup>2a</sup>, Turín 1925, pp. 74-75, nota 3).

hijo común que hubiera muerto después del *dies lustricus*<sup>38</sup>. Como Justiniano (año 534)<sup>39</sup> derogó esta legislación de Augusto, nada nos dice el *Corpus Iuris* sobre tal práctica o ceremonia del *dies lustricus*, la cual, pese a la tendencia contraria del Cristianismo —que trató de sustituirla por el bautismo—, debió sin embargo subsistir por vía consuetudinaria; y posteriormente llegará a influir respecto a la fijación de un término —nueve o diez días— que el recién nacido habrá de cumplir para ser considerado sujeto capaz de adquirir y de transmitir derechos.

## 2. RESUMEN

En definitiva, las fuentes romanas presentan no una doctrina única, sino diversidad de soluciones prácticas y casuísticas adecuadas a las circunstancias de cada institución. Pero en ellas se contienen una serie de criterios —nacimiento, vida, parto no monstruoso, demostración de la vida, y plazo de nueve u ocho días para la *lustratio*— que van a pesar en la evolución jurídica posterior y que, de diversas formas, dejarán huella en distintos ordenamientos jurídicos.

## B) DERECHOS BARBÁRICOS

### 1. INDICACIÓN GENERAL

En el Derecho germánico más antiguo la capacidad jurídica no se adquiría inmediatamente al nacimiento, sino sólo después de ser impuesto el nombre al recién nacido y de que éste recibiese la aspersion con el agua lustral (*Wasserweihe*)<sup>40</sup> o sea —según antes se dijo— en forma análoga a las prácticas paganas de Roma. De otro lado, para que el niño fuera considerado vivo, el primitivo Derecho germánico

---

38. *Tituli ex Corpore Ulpiani* 15,2. Item communis filius fliaue post nomen diem amissus amissaue unam decimam adicit: duo autem post nomen diem amissi duas decimas adiciunt.

39. C 6,51,1.

40. H. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1887, p. 76; y SCHRÖDER, *Lehrbuch des deutschen Rechtsgeschichte*<sup>2a</sup>, Leipzig 1894, p. 260

exigía ciertas señales de vida típicas, en particular que el recién nacido abriese los ojos o gritase a las cuatro paredes de la casa <sup>41</sup>.

Estas prácticas consuetudinarias se acusan en las fuentes de los Derechos bárbaricos e, incluso, tendrán una larga persistencia posterior, pues se hallan presentes en numerosos textos jurídicos europeos de la Alta Edad Media.

Junto a tales factores, y por efecto de la progresiva cristianización de los pueblos bárbaros, se hace notar la influencia de la Iglesia Católica, manifestada en el papel relevante del bautismo, que se trata de imponer en sustitución de las ceremonias paganas —romanas y germánicas— de aspersion con el agua lustral y de imposición del nombre <sup>42</sup>. Esta tendencia consigue triunfar plenamente en el Derecho visigodo, pues —como a continuación se verá— el *Liber Iudiciorum* consagra explícitamente el carácter del bautismo como requisito necesario para que el recién nacido adquiriera la cualidad de sujeto de derecho. Ello no obstante, este triunfo de la doctrina cristiana será efímero, pues la caída del Reino de Toledo dará lugar a la afirmación y renacimiento de prácticas anteriores. Sólo a fines del siglo XIII, tanto en los reinos hispánicos como en el resto de la Europa Occidental, el sacramento del bautismo llegará a imponerse como *conditio sine qua non* para que el hijo nacido sea capaz de derechos y obligaciones.

Además de la influencia cristiana y de esas prácticas consuetudinarias, algunos textos de Derecho romano-bárbarico reflejan también la impronta jurídica romanística, cuya presencia resulta difícil determinar si responde a una efectiva vigencia o más bien denota un recuerdo puramente doctrinal o teórico.

A continuación, examinaré la huella que tan distintas corrientes jurídicas han dejado en las fuentes de diversos pueblos bárbaros.

---

41. H. PLANITZ, *Grundzuge des deutschen Privatrechts* <sup>3a</sup>, Berlín 1949, traducción española de C. Melón bajo el título *Principios de Derecho privado germánico*, Barcelona 1957, pp. 47-48; y H. BRUNNER-C. VON SCHWERIN, *Historia del Derecho germánico*, traducción española de la 8.ª edic. alemana por J. L. Alvarez López, Barcelona 1936, p. 188.

42. Ya en la legislación cristiana del Imperio romano —señala BIONDI, *Il Diritto romano cristiano*, I, Milán 1952, pp. 161-162—, el sacramento del bautismo, tal como es disciplinado por la Iglesia, viene elevado a institución jurídica por las consecuencias que produce en el ámbito del derecho, en relación al carácter confesional del Estado.

## 2. LA DOCTRINA ROMANA

El *Breviarium Alaricianum* o *Lex Romana Wisigothorum* se limita a reproducir, tomándolos de las *Pauli Sententiarum*, algunos de los requisitos que, según el Derecho romano, eran necesarios para que el recién nacido fuese reputado con capacidad jurídica<sup>43</sup>: el aborto no se considera como nacido<sup>44</sup>; no son tampoco hijos los monstruosos o prodigiosos que contra forma humana han sido procreados<sup>45</sup>, pero sin que sea obstáculo el que un ser nacido tenga mayor número de miembros humanos<sup>46</sup>.

Nada añaden a esta doctrina los textos derivados del *Breviario*, esto es los *Epitomes*<sup>47</sup> y la *Lex Romana Curiensis* (también conocida como *Epitome S. Galli*)<sup>48</sup>.

---

43. M. CONRAT, *Breviarium Alaricianum*, Leipzig 1903 [reimpresión de 1963, Scientia Verlag Aalen], p. 35.

44. *Lex Romana Wisigothorum, Pauli Sententiarum* 4,8,13. Aborsus vel abactus venter partum efficere non videtur. (G. HAENEL, *Lex Romana visigothorum*, Lipsiae 1848 [reimpresión de 1962, Scientia Aalen], p. 406).

45. *Lex Romana Wisigothorum, Pauli Sententiarum* 4,8,10. Mulier, si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur. (HAENEL, *LRV*, p. 406).

46. *Lex Romana Wisigothorum, Pauli Sententiarum* 4,8,11. Partum, qui membrorum humanorum officia ampliavit, quia hac ratione aliquatenus videtur effectus, matri prodesse placuit. (HAENEL, *LRV*, p. 406).

47. Los *Epitomes* del *Breviario de Alarico* se limitan a reproducir la doctrina de éste, bien en forma compendiada bien, en algunos extremos, con adiciones explicativas: *Epit. Aegidii* 4,8,10. Mulier, si monstruosum aliquid enixa sit, nihil proficit. Non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur.—4,8,11: Duplicata etenim membra non imputantur, (HAENEL, *LRV*, p. 406).. *Epit. Guelpherbytani* 4,8,10. Si mulier monstruosum. enixa sit. filii. non computandi.—4,8,11. De membrorum officia duplicata. porcio eius. matri adquiritur.—4,8,13. De aburso uel abactu. uentris. partum non conpotari. (HAENEL, *LRV*, p. 407). *Epit. Monachi* 4,8,10. Mulier, si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit, quia non sunt filii.—4,8,11. Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, matri prodesse placuit.—4,8,13. Aborsus et abactus venter partum efficere non videtur (HAENEL, *LRV*, p. 407).

48. *Lex Romana Curiensis* 4,10. Quod si ipsa mulier talem infantem habuerit, qui tota membra sic non habeat, sicut alteri homines, ipse partus pro libero non amittatur.—Nam si digitus duplos aut aures habuerit, ipse partus

### 3. DEMOSTRACIÓN DE VIDA

La *Lex Alamannorum* (años 712-725) refleja algunas de las prácticas consuetudinarias germánicas en relación al nacimiento y vitalidad del recién nacido: si la madre fallece en el parto, para que el hijo adquiera la herencia materna y, a su vez, pueda transmitirla al padre, es necesario que viva cuando menos una hora y que haya abierto los ojos y visto el techo y las cuatro paredes de la casa<sup>49</sup>.

### 4. IMPOSICIÓN DEL NOMBRE

Varias fuentes del Derecho de los francos y de otros pueblos bárbaros acreditan la vigencia de las costumbres germánicas acerca de la imposición del nombre al recién nacido y de la necesidad de que éste viva nueve noches —es decir, nueve días cumplidos— para ser estimado sujeto de relaciones jurídicas. Lo prueban así aquellos pasajes que establecen una composición o sanción pecuniaria muy inferior cuando, por consecuencia de agresión a la madre en estado de gravidez, el hijo muere antes de nacer o, aun habiendo nacido, sin llegar a vivir nueve noches y a recibir el nombre. En este sentido cabe citar la *Lex Salica* (en sus distintas redacciones)<sup>50</sup>, el *Pactus leges Alamannorum* (siglo

---

pro libero reputabitur. (Edición de E. MEYER-MARTHALER, en *Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen. XV. Abteilung - Die Rechtsquellen des Kantons Graubünden. Erster Teil - Alträtisches Recht. Erster Band - Lex Romana Curiensis*, Aarau 1966, p. 581).

49. *Lex Alamannorum* 89,1. Si quis mulier, qui hereditatem suam paternicam habet post nuptum, et prignans peperit puerum et ipsa femina mortua fuerit, et infans vivus remanserit tantum spatium vel unius horae, ut possit aperire oculus et videre culmen domus et quatuor parietes, et postea defunctus fuerit, hereditas maternica ad patrem eius perteneat.—89,2. Tamen si testes habet pater eius, qui vidissent illum infantem quod oculus aperire potuisset et potuisset culmen domus videre et quatuor parietes, tunc pater eius habeat licenciam, cum lege ipsas res defendere. Cui est proprietas, ipse conquirat. (Edición de K. A. ECKHARDT, *Leges Alamannorum. II. Recensio Lantfridana [Lex]*, Göttingen 1962, p. 65).

50 *Pactus legis Salicae* (texto de 65 títulos), 24,6. Si quis vero infantem in ventrem matris suae occiderit aut ante quod nomen habeat infra novem noctibus cui fuerit adprobatum, mallobergo anowado sunt, IVM denarios qui faciunt solidos C culpabilis iudicetur.—41,20. Si quis infantem in utero matre occiderit aut antequam nomen habeat, solidos C culpabilis iudicetur. (Edición de K. A. ECKHARDT, *Pactus legis Salicae. II-1. 65 Titel-Text*, Göttingen 1955, pp. 192 y 270).

vii) <sup>51</sup> y el *Pactus legis Ribuariae* <sup>52</sup>. La misma práctica existió también en el antiguo Derecho anglosajón, aunque las llamadas *Leges Henrici* (años 1114-1118) <sup>53</sup> denotan ya su abolición, sin duda —como advierte Pertile <sup>54</sup>— debido a la Iglesia, que se oponía a esta forma diversa de valorar la vida de los niños.

## 5. BAUTISMO

El famoso palimpsesto parisino (cód. París Lat. 12161) nos ha conservado parcialmente el *Código de Eurico*, cuyo cap. 327 —de incompleta e insegura lectura <sup>55</sup>— se ocupa de la *luctuosa hereditas*, es

---

*Lex Salica Karolina* 26,5. Si quis infantem in ventre matris saue aut natum, antequam nomen habeat, infra IX noctes occiderit, IVM denariis qui faciunt solidos C culpabilis iudicetur. (Edición de K. A. ECKHARDT, *Pactus legis Salicae* II-2. *Kapitularien und 70 Titel-Text*, Göttingen 1956, p. 490). *Lex Salica* (texto sistemático) 33,5. Si quis infantem in ventre matris suae aut natum, antequam nomen habeat, infra novem noctes occiderit, IVM denariis qui faciunt solidos C culpabilis iudicetur. (Edición de K. A. ECKHARDT, *Pactus legis Salicae* I-2. *Systematischer Text*, Göttingen 1957, p. 337).

51. *Pactus legis Alamannorum* 12,1. Si quis mulier gravata fuerit et per factum alterius infans natus mortuos fuerit, aut si vivus natus fuerit et [in] novem noctis non vivit, cui reputatum fuerit XL solidos solvat aut cum XII medicus electus iuret. (Edición de K. A. ECKHARDT, *Leges Alamannorum*, I *Einführung und Recensio Chlotariana [Pactus]*, Göttingen 1958, p. 108).

52. *Pactus legis Ribuariae* 36,10. Si quis partum in feminam interfecerit. seu natum priusquam nomen habeat, bis quinquagenus solidus culpabilis iudicetur. Quod si matrem cum parto interfecerit, septingenus solidus multetur. (Edición de R. SOHM, en *Monumenta Germaniae Historica. Legum*, V. Hannover 1875 1889 [reimpresión de 1965, Kraus Reprint], p. 231).

53. *Leges Henrici* 70,15. Si infans occidat uel occidatur, siue nomen habeat siue non habeat, plena wera coniectetur. (Edición de F. LIBERMANN, *Die Gesetze der Angelsachsen*, I, Tubinga 1903-1916 [reimpresión de 1960, Scientia Aalen], p. 589). El inciso *siue nomen habeat siue non habeat* denota, sin duda, la corrección de un régimen jurídico más antiguo según el cual la imposición del *nomen* era requisito necesario para la adquisición de la capacidad. Las *Leges Henrici*, por el contrario, establecen decididamente que la personalidad jurídica no depende de que el nombre haya sido impuesto. Cfr. L. J. DOWNER, *Leges Henrici Primi*, Oxford 1972, p. 385.

54. *Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione* <sup>2a</sup>, III, Turín 1894, pp. 245-246, y nota 7.

55. K. ZEUMER, *Monumenta Germaniae Historica Legum sectio*, I. *Leges Visigothorum*, Hannover 1902 [reimpresión de 1973], p. 25, da la siguiente lectura:

decir: *patre defuncto*, el hijo muere, a su vez, sin dejar descendencia ni hermanos, sino sólo madre y tíos paternos; y en tal caso —según la ley euriciana— la madre debe tener derecho a toda la herencia del hijo, con tal que siga viuda. Este capítulo —que ha provocado abundantes estudios y encontradas interpretaciones<sup>56</sup>— no determina los

---

327. In priori lege fuerat constitutum,  
 ut, si pater ..... [pa]tris filius cum matre  
 .. . . . . portione, ea ratione  
 ..... . . ue defuncti tam-  
 .... . . nis modo meliori ordi-  
 nantes [praecipimus], ut patre defuncto si  
 f[ilius] ..... . omnem facultatem eius  
 ..... ma . . dibeat vindicare, quae tamen di[e]-  
 bus ..... Si vero qui moritur fili-  
 os, nepotes et pronepotes reliquerit, ipsi  
 omnes habeant facultates, ea conditione ser-  
 vata, ut nepos ex eo filio, qui patre supersti-  
 te mortuus fuerit integram de avi bonis, quam  
 fuerat pater eius, si [vixisset], habiturus,  
 percipiat porcionem; nam nepotes ex ea fi-  
 lia, q[ue ant]e patrem mortua est, de ea portio-  
 ne, quam mater fuerat habitura, tertiam por-  
 [tionem perdant] ..... ..

A. D'ORS, *El Código de Eurico Edición, Palingenesia, Indices*, en *Estudios Visigóticos*, II, Roma-Madrid 1960, p. 41, ofrece un texto con importantes diferencias: 327. In priori lege fuerat constitutum ut si patruus aut patruus filii cum matre ... vindicarentur. 2 Nos modo meliori ordinatione censuimus ut patre defuncto, si filius decesserit, omnem facultatem eius sibi mater dibeat vindicare, quae tamen sit post obitum vidua. 3. Si vero qui moritur filios, nepotes et pronepotes relinquerit, ipsi omnes habeant facultates, ea conditione servata ut nepotes ex eo filio qui patre superstite mortuus fuerit integram de avi bonis quam fuerat pater eorum, si vixisset, habiturus percipiant portionem; 4 nam nepotes ex ea filia quae ante patrem mortua est de ea portione quam mater fuerat habitura tertiam portionem perdant .....

56. K. ZEUMER, *Historia de la Legislación Visigoda* [traducción española de C. Clavería], Barcelona 1944, pp. 315-326; P. MERÊA, *O capítulo 327 do Código Euriciano e a tese da territorialidade*, en *Estudos de Direito visigótico*, Coimbra 1948, pp. 209-220; G. BRAGA DA CRUZ, *A sucção legítima no Código Euriciano*, en *AHDE*, XXIII (1953), pp. 785-790; A. D'ORS, *Codex Euricianus 321*, en *Studi in onore de Pietro de Francisci*, II, Milán 1956, pp. 451-469; reproducido parcialmente, bajo el título *El capítulo 327 del Código de Eurico*, como apéndice I del trabajo *La territorialidad del derecho de los visigodos*, en *Estudios Vi-*

requisitos que ha de reunir el hijo para que se le pueda reputar nacido y, consecuentemente, sea capaz de causar, a favor de su madre, la *luctuosa hereditas*<sup>57</sup>.

La ley *Patre defuncto*, de Chindasvinto, afrontó el mismo supuesto que el cap. 327 del Código de Eurico y, aparte de resolver el problema de derecho sucesorio, determinó los requisitos de viabilidad del hijo recién nacido (*si filius filiave decem diebus vivens et baptizatus ab hac vita discesserit*). Esta ley pasó al *Liber Iudiciorum* (4,2,18), precedida de un modo de ley introductoria (4,2,17)<sup>58</sup>, donde se fijan los mismos

---

sigóticos, I, Roma-Madrid 1956, pp. 127-141; y del mismo autor, *El Código de Eurico*, en *Estudios Visigóticos*, II, Roma-Madrid 1960, pp. 40-41 y 262-264.

57. A. GARCÍA-GALLO, *Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda*, en AHDE, XIII (1936-1941), pp. 201-202, aceptando la lectura de Zeumer sobre Código Eurico 327, y haciendo un paralelismo de este texto con una ley de Chindasvinto (*Liber Iudiciorum* 4,2,18 redacción recesvindiana), relaciona la expresión *quae tamen diebus* del capítulo euriciano con *decem diebus vivens et baptizatus* de la ley de Chindasvinto, lo que le lleva a insertar este requisito de la viabilidad en C Eurico 327. «El *quae tamen diebus* del capítulo euriciano —escribe García Gallo— podría aludir al tiempo que el niño ha de vivir para obtener capacidad sucesoria, como la exige el derecho germánico primitivo y una ley de Chindasvinto. El sentido de la ley sería claro: si muere el padre y después de él el hijo sin dejar descendencia, siempre que cumpla los días fijados, la madre puede reclamar todos los bienes que han sido sucesivamente de su marido y de su hijo. Y de aquí el *si vero qui moritur filios, nepotes et pronepotes reliquerit...*». MERÊA, op. cit., en nota anterior pp. 212-213, y nota 8, estima que las palabras *quae tamen diebus* es una alusión al usufructo vitalicio de la madre, ya que el requisito de diez días de vida es más probable haya sido introducido por Chindasvinto. A. D'ORS, *El capítulo 327 del Código de Eurico*, en *Estudios Visigóticos*, I, Roma-Madrid 1956, p. 129, rechaza la interpretación de García-Gallo basada en la lectura de Zeumer (*quae tamen diebus*), y que d'Ors corrige por *quae tamen si post obitum vidua*. Con posterioridad, GARCÍA-GALLO, *Curso de Historia del Derecho español. II. Historia del Derecho privado, penal y procesal. 1. Conceptos generales La persona natural*, Madrid 1950, p. 104, parece abandonar su anterior interpretación, pues en relación al tema del nacimiento, dice: «Desconocemos cuál fue la solución legislativa dada a esta cuestión por Eurico, si es que la hubo».

58. *Liber Iudiciorum* 4,2,17 *Recc*: Flavius gloriosus Reccesvindus rex. *De parvulo, qualiter hereditatem capere possit*. Interdum rem dubiam, nisi ratiocinationis disceptatio deducat in lucem, frequenter hanc ambiguitas precipitat in errorem. Contendunt namque plurimi, si genitus infans non longe defunctus hereditatis parentum possit iura sortiri; quorum litibus hos ponit ratio modus. Nature origo ita condita manet talique usu decurrit, ne his, qui nascitur, prius

requisitos de plazo (diez días) y del bautismo, y que, aunque nada nuevo añade<sup>59</sup>, ofrece interés en cuanto muestra la marcada influencia sobre la legislación visigoda de la doctrina católica acerca del bautismo y la significación de este sacramento como símbolo de adquisición de la capacidad jurídica. Ervigio suprimió dicha introducción (4,2,17 redacción recesvindiana) y mantuvo la ley *Patre defuncto* (que, como 4,2,17, pasó a la redacción ervigiana), al propio tiempo que establecía

---

aliut quam se suscipientem adsumat herem, ut de tenebris genitalibus prodiens illarum rerum sentiat tactum, quarum unc partibus constat esse concretum. Quo ergo ordine libere capiet hereditatem terrene possessionis, qui vix extreme capuit primordia lucis? Quinque sortius vix est usum elementorum, quibus concretus est quomodo sortietur bona rerum, ad quarum dominium natus non est? Quemque non hereditabit producta lux celi, qualiter morte contractum inprobisa ditabit portio mundi? Quave etiam ratione adgreditur viventium iura, cui vicinius fuit, mortem adisse quam vitam? Sicque naufragus in medio lucis angustias mox genitales exiit, mox fatales relapsus est in tenebras. Ut ergo et proximis parentibus ad successionem huius aditus reserctur, et ipsa defuncti vita conprobetur, si vere clara sit vita, adque hanc ipsam licet parvi temporis vitam comitetur eterne participatio vite, non aliter in utroque sexu hereditatem capiet qui nascitur, nisi post nativitatis ortum et sacri baptismatis gratiam consequatur et decem dierum spatiis vixisse probetur: ut successoris patris vel matris persona, que per hunc parvulum terrene cupit hereditatis acquirere commoda, ante morituro eterne mansionis preparat vitam et ita demum adsequatur vivens cum rebus labentibus terram. Sicque salutari commercio, dum hereditat ille celum, hereditet istae solum; dum illi providentur celestia, isti permittantur adire terrena; dumque adsquitur ille vitalia, conquirat iste caduca: ut, etsi defunctus terrenum ius non potuit possidere, terreno saltim emtum iure celeste lucrum valeat obtinere (ZEUMER, LV, pp. 184-185).

59. K. ZEUMER, *Historia de la Legislación Visigoda* [traducción española], Barcelona 1944, pp. 315-316, hace una dura crítica del estilo de 4,2,17: «Recesvinto ha producido en esta ley una verdadera obra maestra de redacción dentro del estilo de las leyes visigóticas. El simple principio de que un niño sea capaz de ser heredero y causante cuando haya vivido, de manera probada, por lo menos, diez días y haya sido también bautizado, está rodeado de un confuso y casi impenetrable conjunto de frases que tiene a fundamentar, con consideraciones de carácter general muy pomposas y con dudosos comentarios de orden religioso, aquella disposición. Estando expresado ese mismo precepto, con las consecuencias que da lugar, de una manera más clara y mejor, en la siguiente ley de Chindasvinto, debo suponer que Recesvinto no se propone ninguna ley independiente, sino que quiere ser sólo una introducción a la ley que hizo redactar por un retórico en un estilo parecido al del autor del absurdo libro I. La comisión redactora de Ervigio demostró su buen tacto dejando simplemente fuera de la compilación toda la palabrería de esta ley».

una importante modificación (*si filius filiave decem sive amplius vel infra diebus vivens et baptizatus ab hac vita discesserit*).

Los textos de ambas redacciones del *Liber Iudiciorum* dicen así:

Redacción de Recesvinto 4,2,18

Redacción de Ervigio 4,2,17.

Flavius Chindasvintus Rex.

*Qualiter hereditatem parvuli parentes adsequi possunt.*

*Qualiter hereditatem parvuli parentes adsequi possunt.*

Patre defuncto, si filius filiave decem diebus vivens et baptizatus ab hac vita discesserit, quidquid ei de facultate patris competere poterat, mater sibi debet vindicare. Idemque matre defuncta non aliter defuncti filii portionem pater obtineat, nisi natum filium filiamve decem diebus vixisse et fuisse baptizatus edoceat; ...<sup>60</sup>.

Patre defuncto, si filius filiave decem sive amplius vel infra diebus vivens et baptizatus ab hac vita discesserit, quicquid ei de facultate patris competere poterat, mater sibi debeat vindicare. Idemque matre defuncta non aliter defuncti filii portionem pater obtineat, nisi natum filium filiamve decem diebus sive amplius vel infra vixisse et fuisse baptizatus edoceat; . . .<sup>60</sup>.

De estos pasajes cabe deducir:

a) La *luctuosa hereditas* debía suscitar —aparte los problemas referentes al destino sucesorio de los bienes— el tema concreto de determinar cuándo el hijo se consideraba nacido vivo y con capacidad para adquirir la herencia del padre o madre premuerto y para, a su vez, transmitirla al sobreviviente. Durante la vigencia del Código de Eurico es posible que surgieran dudas por la coexistencia de prácticas consuetudinarias antiguas y de las normas del Breviario de Alarico.

b) Chindasvinto resolvió tal cuestión exigiendo la concurrencia de un doble requisito: que el recién nacido viviese diez días, cuando menos, y que hubiese recibido el bautismo. El primero fue tomado de la antigua práctica consuetudinaria romana y germánica, aún viva; y el plazo fue traducido por diez días lo que, en rigor, significaba nueve noches enteras cumplidas<sup>61</sup>. En cuanto al segundo requisito —el bau-

60. ZEUMER, *LV*, pp. 185-186.

61 El término *diez días* representaba, realmente, *nueve noches enteras*, cumplidas. Se trataba así de aclarar un problema de cómputo de plazo. Es la misma solución que, posteriormente, se seguirá en relación al famoso plazo de *año y día*, tan frecuente en textos medievales europeos y españoles, sobre todo en los fueros aragoneses y navarros. Lo que tal expresión pretende significar es que ha de ser

tismo—, representa simplemente, como ya señalaron Ficker<sup>62</sup> y Melicher<sup>63</sup>, una cristianización de la antigua ceremonia pagana de la aspersión con el agua lustral (*dies lustricus* de los romanos; *Wasserweihe* de los germanos), sin límite de plazo, ya que éste —diez días— quedaba ahora fijado como mínimo espacio de tiempo que el recién nacido habría de vivir.

c) La redacción recesvindiana del *Liber Iudiciorum* recibió la ley *Patre defuncto* de Chindasvinto (4,2,18), a la que antepuso una glosa introductoria (4,2,17) que justificaba el valor y eficacia del bautismo<sup>64</sup>.

d) Ervigio, finalmente, en su redacción revisada del *Liber*, llevó a cabo una doble modificación: de una parte, suprimió la ley introductoria o explicativa (4,2,17), con lo cual, bajo ese mismo número de orden, quedó el texto de la ley *Patre defuncto* (4,2,18 en la redacción de Recesvinto); y de otra, vino realmente a suprimir la exigencia del plazo pues, si bien dejó subsistente *decem diebus*, añadió *vel amplius*

---

un año completo Cfr. L. HARDENBERG, *Zu Frist von Jahr und Tag*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, LXXXVII (1970), pp 287-290

62 *Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo-hispánico y el noruego-islándico* [traducción española de J. Rovira], Barcelona 1928, pp. 46-47.

63 *Der Kampf zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht in Westgotenreiche*, Weimar 1930. He consultado la amplia recensión de R. RIAZA, en *AHDE*, VII (1930), p. 506.

64 La doctrina de San Isidoro, acerca del bautismo, en *Etymologiarum sive Originum*: 6,19,43. Baptismum Graece, Latine tinctio interpretatur, quae idcirco tinctio dicitur, quia ibi homo spiritu gratiae in melius inmutatur, et longe aliud quam erat efficitur.—6,19,44. Prius enim foedi eramus deformitate peccatorum, in ipsa tinctione reddimur pulchri dealbatione virtutum; unde et in Canticis scribitur canticorum (8,5): 'Quae est ista quae ascendit dealbata?'—6,19,45 Cuius mysterium non aliter nisi sub Trinitatis designatione, id est Patris et Filii et Spiritus sancti cognominatione completur, dicente Domino ad Apostolos (Math 28,19). 'Ite docete omnes gentes, baptizantes eos in nomine Patris et Filii et Spiritus sancti'.—6,19,46. Sicut enim in tribus testibus stat omne verbum, ita hoc sacramentum confirmat ternarius numerus nominorum divinatorum—6,19,47 Quod autem per aquam baptismum datur haec ratio est Voluit enim Dominus ut res illa invisibilis per congruentem, sed profecto contrectabilem et visibilem inderetur elementum, super quem etiam in principio ferebatur Spiritus sanctus—6,19,48 Nam sicut aqua purgatur exterius corpus, ita latentem eius mysterio per Spiritum sanctum purificatur et animus—6,19,49 Cuius sanctificatio ita est Invocato enim Deo descendit Spiritus sanctus de caelis, et medicatis aquis sanctificat eas de se metipso; et accipiunt vim purgationis, ut in eis et caro et anima delictis inquinata mundetur

*sive infra*, «de manera que —como afirma Zeumer<sup>65</sup>— se originó la ridícula frase de que el niño debía haber vivido diez días, o más, o menos. Esta forma de expresarlo depende quizá sólo de la torpeza del redactor que procedió a la nueva redacción, pero el resultado es que la edad se convirtió desde entonces en una cosa absolutamente indiferente, mientras el bautismo venía a ser la única cosa decisiva».

Durante la Alta Edad Media española, en un nutrido grupo de fueros veremos resurgir este plazo de vida, concretado en nueve días. Sólo más tarde, con el Fuero Real, se volverá a afirmar el bautismo como requisito necesario y único para adquisición de la capacidad por el hijo nacido vivo.

## C) DERECHOS MEDIEVALES

### 1. INDICACIÓN GENERAL

Un estudio completo, y en profundidad, sobre el nacimiento y la viabilidad según los distintos Derechos del Medievo europeo requeriría gran detenimiento y extensión<sup>66</sup>. De otro lado, más que un examen de las distintas áreas jurídicas, interesa aquí poner de relieve las líneas maestras o esenciales, aun cuando esto suponga tratar de modo conjunto fuentes pertenecientes a zonas geográficas muy distantes entre sí.

En los textos medievales europeos se registra la coexistencia, y en ocasiones la pugna, de corrientes jurídicas muy diversas: prácticas consuetudinarias populares o de Derecho vulgar (romanas y germánicas); concepciones romanísticas, renacidas por vía erudita con el resurgir del Derecho justiniano; y, por último, decididas y crecientes influencias canónicas, centradas en el valor sacramental y jurídico del bautismo.

Todo ello se traduce en una gran diversidad de soluciones y de fórmulas —muchas de éstas plenas de simbolismo—, las cuales, al margen de su dispersión geográfica y de su variedad concreta, cabe siste-

<sup>65</sup> *Historia de la Legislación Visigoda*, Barcelona 1944, p. 318.

<sup>66</sup> Aparte la índole de este trabajo —simples notas sin pretensión de tratamiento monográfico—, he de reconocer el carácter incompleto del mismo, como consecuencia de la dificultad de acceso a determinadas fuentes, especialmente germánicas y nórdicas.

matizar conforme a los siguientes criterios fundamentales: a) basta el nacimiento con vida; b) se requiere que el recién nacido dé ciertos signos externos de vitalidad; c) es preciso que el hijo nacido continúe con vida durante un mínimo período de tiempo, mayor o menor según las fuentes; d) es necesario y suficiente, para considerar sujeto de derecho al recién nacido vivo, que éste reciba el sacramento del bautismo; e) por último, los textos fuertemente influidos por el Derecho romano reproducen, más o menos exactamente, los criterios establecidos por el *Corpus Iuris* justiniano.

## 2. «TANTUMMODO UT LUCEM VIDEAT»

Indica García-Gallo que el Derecho pirenaico navarro-aragonés parece no exigir más requisito que el simple hecho de que el hijo nazca vivo, aunque éste muera acto seguido<sup>67</sup>. Efectivamente, una serie de fuentes de este área jurídica lo expresan de modo concreto. Una *Recopilación privada aragonesa* (obra de un jurista de Huesca, principios del siglo XIII), al tratar de las arras de la mujer franca, dice que no puede exigirlas «*si ipsa mulier habuerit prolem, uiuat proles aut moriatur*»; lo que, respecto a la mujer villana, repite con estas gráficas palabras: «*Et in qualicumque hora habuerit prolem tantummodo ut lucem uideat iam dicta mulier perdit suas dotes*»<sup>68</sup>. En forma análoga se manifiesta el *Fuero de Viguera y Val de Funes* respecto a las arras de infanzona (*siquiere muera el fijo, siquier biua*)<sup>69</sup> y las de villana (*si*

67. GARCÍA-GALLO, *Curso*, pp. 106 y 108.

68. *Recopilación privada aragonesa*, 10. ... De femina franca ... Verumtamen si ipsa mulier habuerit prolem, uiuat proles aut moriatur, de cetero ipsa non potest repetere dotes; set si de ipso marito non habuerit prolem et primitus maritus moritur ipsa debet accipere prescriptas dotes in rebus mobilibus et immobilibus que fuerunt de suo marito ... De femina de uillis istud est fuerum: . Et in cualicumque hora habuerit prolem tantummodo ut lucem uideat iam dicta mulier perdit suas dotes. In aliis causis que habuerunt accipiat partem sicut est fuerum (Edición de J. M.<sup>a</sup> RAMOS Y LOSCERTALES, *Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media. Recopilación de Fueros de Aragón*, en AHDE, V [1928], p. 393).

69. *F Viguera y Val de Funes* 387. *De dar arras a tiempo con fianças si oujere fijos non valle*—Todo hombre que prometiere dar arras a su muger entro tiempo con fianças, e antes que las aya ouiere fijo, siquiere muera el fijo, si quier biua, non debe la muger haber las arras (J. M.<sup>a</sup> RAMOS Y LOSCERTALES, *Fuero de Viguera y Val de Funes Edición crítica*, Salamanca 1956, p 72)

fijo oujere que nazca)<sup>70</sup>. Sobre el mismo tema de arras matrimoniales, la expresión «*uiua la criatura o no, solamente que ueya lum*», se repite en el *Fuero de Jaca*, tanto en sus versiones aragonesas como en las navarras<sup>71</sup>; y desde las redacciones jacetanas tal concepto pasa a la *Compilación de Huesca de 1247*<sup>72</sup>. La misma idea se reproduce, aunque en

70. *F Viguera y Val de Funes 389 Arras de villana*—Toda muger villana habrá al menos por arras vna casa cubierta con XII cabrjos e vna robada d: 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 después de muert d'él, e las arras pierde si fijo oujere que nazca. (*Op. cit.* en nota anterior, p. 72).

71. *F Jaca, redacción A (aragonesa), 12 De femma franca com la deu dotar so marit*—De femma franca atal es lo fuer: . E si aquela muyller: pura creatura, uiua o mura aquela creatura, no pot ella puxas, per fuero, demandar aquels dotz E si lo marit no a creatura e mura l marit enant que ella, deu prendre ella sos dotz en las cosas moules e sedentz que foron del marit ....—13 *De femna uilana quan pren marit com la deu dotar*—De femna uilana es atal fuer Pero si a criatura del marit, uiua la criatura o no, solamente que ueya lum, la uilana pert sos dotz. En las otras cosas que an, prenga ella sa part así com es fuer, e un iugo de bestiae e un lit entegre. (M. MOLHO, *El Fuero de Jaca Edición crítica*, Zaragoza 1964, p. 30)

*F Jaca, redacción S (navarra), 34. De la franquia com deu estar doalizada*—For es que la franquia deu estar dotada de . . Mas si la muyller ha efant, bina o moria l'efant, d'aylli adeuant la muyller non pot demandar son dot — 35. *De dotar muyller uillana*—De la uillana es for que deue auer per son dot . . Empero si ha creatura de son marit, biua la criatura o no, solamente que ueya luz, la uillana pert son dot. mas en les otras cosas que son en casa prenga la part assi como for es (J. M<sup>a</sup> LACARRA y A. J. MARTÍN DUQUE, *Fueros de Navarra I. Fueros derivados de Jaca 2 Pamplona*, Pamplona 1975, pp. 312-313). Coincide con las restantes redacciones navarras del mismo fuero B 166 y 167, C 32 y 33; D 31 y 32; y E 35 y 36 (*Vid* MOLHO, *op. cit.*, pp. 250, 320-323 y 524) Respecto a B 167, hay que advertir que, aun cuando contiene la misma doctrina, omite el inciso final que —en todas las demás versiones aragonesas y navarras— expresa la idea d: que basta que el recién nacido vivo vea luz.

72. *F Aragón, V, De iure Dotium, 3 Mulier francha dotatur in quingentis solidos* Tamen ex quo suscepit á viro filium, vivat aut moriatur filius, secundum Forum non potest peter: dotes sibi promissas Si vero filium non suscepit, debet recipere integre suas dotes cum omnibus aliis, quae in proximo praecedenti capitulo continentur.—4 Villana debet habere per suas dotes . Tamen si suscepit a viro filium, solummodo quod vivus nascatur, amittit villana suas dotes, licet incontinenti moriatur Et in aliis rebus, quae in domo fuerint, habeat secundum Forum similiter partem suam . (P. SAVALL Y DRONDA y S. PENÉN y DEBESA, *Fueros, observancias y actos de corte del Reino de Aragón, I*, Zaragoza 1866, pp. 231-232).

*F Aragón 221* La muller franca es dotada en . Empero depues que aura fi-

forma quizá algo menos contundente, en *Vidal Mayor*, donde se exige que el recién nacido viva un cierto tiempo, aunque sea muy breve: «*quoando ouiere fillo o filla, la quoal, uiua seyendo, ueniere a luz en este mundo, et encara que por poco momento biua*»<sup>73</sup>; y más claramente

---

llo del marido, biua o muera el fillo, segunt fuero, nol pora demandar las arras que fueron promesas. Mas si no aura fillo, deue recibir entregament sus arras, como todas las otras cosas que se contienen en aquest capitol desuso.—222 La billana, yes a saber, de billa de infançon, deue auer por sus arras .. Pero si aura fillo del marido, solament que biuo naxca perdera la billana sus arras, pero quiero decir que lugo muera. Et en las otras cosas que seran en casa aya, segunt fuero, su part (J. L. LACRUZ BERDEJO y J. BERGUA CAMON, *Fuero de Aragón Versión romanceada contenida en el manuscrito 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza*, Zaragoza 1953, p. 86).

F Aragón 223,8 Tal muller, ço es çudadana o burzesa o franca de carta, muerto el marido, si no ouiere fillos del marido o encara que aya auido fillos del marido, si muertos foren nascidos, assí que aquellos fillos non uean luç, puede demandar aquella quantitat en la qual las arras foron assignadas a ella por fer toda su propia uoluntad, e non las pierde mager que prenga marido o encara si corrompierre su castidad.—233,10 Empero, si, quando aquesta muller ouiere auido fillo o filla del marido que aurá uisto luç, si luego que nasce muere, luego pierde las arras la madre—224, 3-4. E si las arras foren assignadas a ella, luego que fillo o filla ouiere del marido que ueya luç d'aquest siglo por un moment, pierde las arras de todo en todo, maguer qu'el fillo o la filla sea muerto después que nasciere, qual, si en todo en todo nasciere muerto o muerta, non deua nozer a la madre en que non aya las arras, tan bien como si nunca ouiesse parido del marido. E si por uentura no nasciere la criatura biua e la muller uenciere de días al marido, deue auer las arras que'l foron conomnadas a fer todas sus propias uoluntades, maguer que case una uegada o más, o encara tan bien si ouiesse drudo (G. TILANDER, *Los Fueros de Aragón según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, Lund 1937, pp. 121-123)

73. *Vidal Mayor* 6,4,9-11. Empero la muiller çudadana o burgesa no auirá tener de arras ni ninguna cosa por nompne de arras, si expressament no es dotada con instrumento público, ni el marido será constreyrnido de dotar la después el matrimonio, quar tal muiller, las arras que lis son assignadas, luego las pierde quoando ouiere fillo o filla, la quoal, uiua seyendo, ueniere a luz en este mundo, et encara que por poco momento biua. Et no ouiendo alguna criatura en el tiempo de la muerte o de la uida o ouiendo criatura nascida pero muerta, en guisa que aqueilla creatura non uió la luz d'este mundo, aqueilla muiller que assí parió podrá demandar aqueilla quantitat, en la quoal quantitat fue dotada, assí como arras por fazer todas sus uoluntades propias, nin las pierde aqueillas arras, encara que, después que uiudó, se case o non touiere castidad en otra guisa—6.4 17-18. Empero, si a la uegada la muiller de burgo o franqueta ouiere criatura de su marido que ueniere a luz, encara que aqueilla criatura morriere luego que fuere nascida, perdrá luego la madre aqueillas arras. Et otrosí, quando la muiller perdió

el siguiente pasaje: «*si ouiere criatura del marido la quoyal ueniere a luz en este mundo, sol una hora que sea biua*»<sup>74</sup>. Por lo demás, Vidal de Canellas se preocupa de dejar bien determinado que es necesario que el hijo haya nacido vivo, pues caso contrario no perjudicará el derecho de la mujer a exigir las arras asignadas o prometidas por el marido<sup>75</sup>.

La misma expresión aparece en otros fueros pertenecientes a esa zona jurídica. *El Fuero de Tudela* y el *Fuero General de Navarra* —a diferencia de las fuentes antes citadas— no condicionan a la falta de nacimiento de hijo vivo el derecho de la mujer respecto a las arras; sin embargo, utilizan igual fórmula (*si la criatura ixiere a luç*) como requisito para reconocer a la madre, aunque *la criatura muere sines edat*, el derecho a suceder respecto a los bienes que el hijo o hija recibió del padre premuerto. La única diferencia entre ambos fueros estriba en la amplitud o contenido de tal sucesión: según *Fuero de Tudela*, sólo

---

las arras por tal razón, es assaber por la nasciença de la su criatura que uió la luz en tal guisa que sea feita que muera, sobrebiuiendo la criatura, assí como a la muiller assí son perdidos aquellos bienes ad aqueilla criatura, ni aqueilla criatura puede demandar algo en aquellas arras, si no assi como en aquellos otros bienes de su tiempo. (G. TILANDER, *Vidal Mayor Traducción aragonesa de la obra «in excelsis Dei thesauris»*, II, Lund 1956, pp. 394-395).

74 *Vidal Mayor* 6,5,4-5. Et si arras li fueren assignadas a eilla, si ouiere criatura del marido la quoyal ueniere a luz en este mundo, sol una hora que sea biua, aqueilla muiller et toda su criatura biua et muerta luego pierde las arras. maguer que la criatura, de que nació por algún tiempo biua, luego morió. Et si muerta nasciere, non nozdrá a la madre en ren mas que si non fuesse nascida (TILANDER, *op. cit* en nota anterior, p. 397).

75. Compruébese los pasajes transcritos en las notas 73 y 74.

76. *F Tudela* 34. *Como se ganan arras por marido o muller cuyas deven ser* — Et si ouiere fillos e mureren sines edat 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 hereditat, pues por ella fueron dadas . . (Ms 11-2-6, 406 *Academia de la Historia de Madrid*, fols. 11 vº y 12).—41. *De madre eredar arras por fillo*.—Es fuero que si algun marido assignare o dare a su muller en su casamiento arras de vna ereditat con carta o fiança e testimonias e afrontationes como fuero es e muere el marido e finça ella prenada e qualquiere criatura saliere della a luç e despues muere sines edat, la madre deue eredar estas arras por fuero por aquel fillo o filla, destinando el marido o non estinando, si el destinamiento non fuere feito por el padre con otorgamiento de la madre (*id.* fol. 13 vº).—42. *De prenada que fuere reptada*.—Si algun parient o entenado quisiere reptar la muller prenada ante la iusticia o alcalde e dice: «tu te enprenest despues que murio mi padre o mi parient e non eres prenada dél», podrali enbargar el moble e non parte

las arras y el mueble<sup>76</sup>; según *Fuero General*, la heredad y todo el mueble<sup>77</sup>.

En absoluta coincidencia con el grupo de fuentes aragonesas y navarras primeramente mencionadas (Recopilación privada, F Viguera, F Jaca y F Aragón), se sitúan algunos textos de la región asturiana. Así, el *Fuero de Avilés*, al regular las arras ofrecidas por el marido a la mujer, dice al final del § 25: «*Des que filio aver, las arras mortas et partiant zo que Deus los der*». Y con las mismas palabras se expresa el *Fuero de Oviedo*<sup>78</sup>.

---

ata que iutgado sia. Et mandamos por fuero que el marido murio en aquel dia que escriuan e que conten los meses e los días si uiene a conto assi que sia conocida la uerdat que era prenada ante que el marido muriessse, e si la criatura ixiere a luz deuen peitar por fuero estos que la reptaron e la mortificaron D sueldos al sennor. Et esta madre si la criatura muere sin es edat deue heredar todo el mueble, quanto romandra por esta criatura donde fue reptada (*id.*, fol. 13 vº). Tomo estos textos de la obra, inédita, de J. L. LACRUZ BERDEJO, *Fuero de Tudela. Introducción, transcripción con arreglo al ms. 11-2-6, 406, de la Academia de la Historia de Madrid, notas e índices*.

77. FGN 5,3,17. *Qué salva deve fazer muger preynada quoando alguno lo repta diziendo que no es preynada dequeill que aylla diz*—E si algun parient ó entenado reptará á la muyller preynada en Cort ó ante alcalde eyll dize, tú te empreynest despues que morió mi padre ó mi parient, et no eras preyna deyll, podráli embargar el mueble que no partrá troaque iurgado sea. Et mandamos por fuero, que escrivan el dia que el ombre morra et los meses et los dias que conten. Et si esta muyller viene á conto como pueda ser conocida la verdat que era preynada ante que el marido mories, et la creatura yssies a luz, deven peytar los qui la reptaron et la mortificaron por fuero D. sueldos el seynor. Et esta madre, si la creatura muere sin es hedat, deve heredar esta heredat et todo el mueble quoanto remayndrá por esa creatura ont fó reptada (P. ILARREGUI y S. LAPUERTA, *Fuero General de Navarra. Edición acordada por la Excelentísima Diputación Provincial, dirigida y confrontada con el original que existe en el Archivo de Comptos*, Pamplona 1869, pp. 103-104).

78. *F Oviedo 25*: ... desde que filo ouier, las arras son muertas, partan zo que dios lles dier (A. FERNÁNDEZ-GUERRA Y ORBE, *El Fuero de Avilés*, Madrid 1865, p. 126). HINOJOSA (*El elemento germánico en el Derecho español*, en *Obras*, II, Madrid 1955, p. 415, nota 16) interpretó los fueros de Avilés y de Oviedo en el sentido de que, en virtud del nacimiento de un hijo, se origina la 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

Igual circunstancia de que nazca un hijo, tanto si viviera como si muriese, es suficiente, en el *Fuero de Zamora*<sup>79</sup> y en los fueros portugueses de *Bragança* (de 1187)<sup>80</sup> y de *Castello de Pena-Ruiva* (c. 1188)<sup>81</sup>, a fin de que resulte excluida la *mañería*. Claro es —como señala García González— que ésta es una solución excepcional; pues, según la mayor parte de los fueros castellano-leoneses, la *mañería* es, en principio, un derecho de reversión basado en la entrega de unos bienes concedidos en prestimonio, que recae sobre aquellas personas que a la hora de morir no tengan hijos legítimos, independientemente de que éstos no hayan existido nunca o de que, una vez nacidos, hayan muerto<sup>82</sup>.

Hay que destacar que el giro *ad lucem pervenerit* —como requisito suficiente para considerar sujeto de derecho al recién nacido— se re-

---

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 de Oviedo utilizan una expresión muy amplia (*partant ço que dios lles dir*), 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.

79 *F Zamora* 37. *De maneria*—Mugier prenada, se parier fillo morto ho uiuo, non de manneria; e otrosi faga el varon que atal mugier ouier, onde aya atal fillo, non sea manero nen de manneria, o se podieren firmar con .v. mugieres bonas que fu prenada (A CASTRO v F DE ONÍS, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, Madrid 1916, p. 33).

80. *F Bragança*: *Damus ita uobis atque concedimus pro foro ut ex quo morator ciuitatis Bragancie filium habuerit non sit manarius, siue filius mortuus fuerit siue uiuus* (*Portvgaliae Monumenta Historica Leges et consuetudines*, I, Lisboa 1856 [reimpresión de 1967], p. 463).

81. *F Castello de Pena-Ruiva* *Id est in primis que non sedeant mannarios Homo qui filius natus et ad hobitum suum filii non reliquerit ita et de omnes ecclesiasticos que non sedeant mannarios* (*Op cit* en nota anterior, I, p. 550). H DA GAMA BARROS, *Historia de Administração Publica em Portugal nos seculos XII a XV*, 2.ª edic. dirigida por T de Sousa Soares, VI, Lisboa 1949, pp. 380-381, nota 3, considera este fuero no posterior a 1188.

82. J. GARCÍA GONZÁLEZ, *La «mañería»*, en *AHDE*, XXI-XXII (1951-1952), pp. 266-267.

gistra también en Italia: así, en la *Constitución de Siena* de 1262<sup>83</sup> y, sobre todo, en varios formularios notariales del siglo XIII<sup>84</sup>.

Y en análogo sentido de que basta el simple nacimiento de un hijo vivo, aunque poco después éste fallezca, cabría aducir algunas fuentes francesas: la *Summa de legibus Normannie in curia laicali* (1254-1258)<sup>85</sup>, y la *Somme rural*, obra del jurista Jean Boutillier (escrita hacia 1400)<sup>86</sup>, y decisiones judiciales correspondientes al Derecho de Metz<sup>87</sup>

83. *Constituto di Siena*, Dist. II, c. 41, *De posthumis heredibus defendendis*—Si uxor defuncti pregnans remanserit, aliis liberis non extantibus, et postumus et postuma ad lucem pervenerint vel pervenerit faciam illum vel illam quiete et pacifice vel tutorem suum pro eo vel pro ea habere, possidere et tenere omnia bona que fuerunt tempore mortis defuncti... (Tomo el texto de F. NICOLAI, *La formazione del Diritto successorio negli statuti comunali del territorio lombardo-tosco*, Milán 1940, p. 20).

84. Entre ellos cabe señalar los siguientes formularios: a) *Pseudo-Irnerio* Si vero uxor mea pregnans vel gravida fuerit, et postumus ad lucem non pervenerit vel abortum fecerit. (A PALMIERI, *Yrnerii Formularium tabellionum saeculo XIII ineunte in novam formam redactum*, en *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, Bologna 1888, I, p. 220) b) *Summa Notariae Aretu XXXV. Carta curatoris qui datur ventri*— quousque predictus venter fuerit exortus et ad lucem pervenerit (C CICOGNARIO, *Summa Notariae Annis XCCXL-MCCXLIII Aretu composita*, en *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, Bologna 1901, III, pp. 291-292)—CLXI. *De testamentis conscribendis secundum aliam formam*— . . Et si usor mea domina talis gravida sit vel erit et unum vel plures masculos ad lucem pervenientes ex me fuerit enixa ... (*Id.*, p. 331). c) *Salatiele Ars Notarie: Instrumentum sine scriptis et nuncupative*— . si vero filius suus nasciturus vel nascitura non pervenerit ad lucem vel si pervenerit et heres non erit. (G. ORLANDELLI, *Salatiele Ars Notarie*, Milán 1961, II, pp. 307-308) d) *Rolandino, Flores testamentorum Rub XLVIII. De forma institutionis posthumorum*.— ... Si vero ex ipsa A legitima eius coniuge nati, vel editi fuerint, ex nunc filii, unus uel plures, masculi uel foeminae, posthumi uel medio tempore ad lucem pervenientes, ipsum vel ipsos cum praedictis F & G. iam ratis, pariter ex aequis portionibus sibi in omnibus suis haeredes instituit (ROLANDINI BONONIENSIS *In Tractatum de Testamentis & ultimis voluntatibus, vulgo Flores Testamentorum*, en *Selecti Tractatus iuris, varii vere aurei De successione tam a Testato, quam ab Intestato*, Venecia 1580, p. 63)

85. *Summa de legibus Normannie* 119,1. Similiter autem revocanda sunt feoda que tempore quo per viduitatem viri possidebant fuerint impedita. Consuetudo enim est in Normannie ex antiquitate approbata quod si quis uxorem habuerit ex qua heredem aliquem procreaverit, quem natum vivum fuisse constiterit, sive vivat, sive decesserit, totum feodum quod maritus possidebat ex parte uxoris suo tempore quo decessit ipsi marito, quamdiu ab aliis cessaverit nuptiis, remanebit (E. J. TARDIF, *Coutumiers de Normandie II La suma de legibus Normannie in curia*

3. «TAM DIU VIVIT FILIUS QUOD VOX EÏUS AUDÏTUR PER QUATUOR ANGULOS DOMUS»

En los Derechos medievales europeos ofrece amplia difusión —Alemania, Francia, Flandes, Inglaterra, Escocia— el criterio de condicionar la capacidad jurídica del hijo nacido a la circunstancia de que éste

---

*laicali*, Rouen 1896 [reimpresión Ginebra 1977], p. 307). El texto se mantiene, prácticamente igual en la *Coutume de Normandie, Ancien Coutume* 119. Aussi doibvent estre rappellez les fiez qui ont esté encombrez en temps que les hommes les tenoient par lurs veufvetez. Coustume est Normendie despiecea que se ung homme a eu femme de qu'il ait eu enfant qui ait esté ney vif, jasoit ce qu'il ne vive mais: toute la terre qu'il tenoit de par sa femme en temps qu'elle mourut luy remaindra, tant comme il se tiendra de marier. Quad il sera mort ou quand il sera marié; la terre qu'il tenoit par la raison de la veufveté reviandra aux hoirs à la femme à qui elle debvoir eschoir de sa mort, ... (CH. BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau Coutumier Général ou corps des coutumes générales et particulieres de France e des provinces connues sous le nom des Gaules*, IV, París 1724, p. 51). En forma muy parecida figura en la *Nouvelle Coutume* (año 1583), 382. (Cfr. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, IV, p. 79).

86. *La Somme rural* 1, 45. rub. *Des coustumes de Paris, Orleans & Anjou*.—Item par la coustume de la Vicomté de Paris, d'Orleans, & d'Anjou, & de Touraine, sçachez que Gentilhomme tient sa vie durant tout ce que donné luy est à mariage, à la porte de monstier à l'espousaille faire apres la mort de la femme, iaçoit ce que nuls enfans n'at, mais que hoir masle ait eu qui ait eu vie sur terre, & que la femme ley ait esté donnée pucelle, .. (LOVYS CHARONDAS LE CHARON, *La Somme rural, ov le Grand Coustumier Général de pratique civil et canon: composé par M. Jean Bouteiller*, Lyon 1691, pp. 560-561). Este texto, referente a los derechos del marido sobre el *douaire*, procede seguramente de los *Établissements de Saint-Louis*, arbitrariamente generalizado por Boutillier. Cfr. O. MARTÍN, *Historie de la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, II, París 1926 [reimpresión de 1972], pp. 266-267, nota 4.

87. *Jugements de Jean Noiron maître-échevin* (año 1338). N.º 399. *Heritage enchiet au pere a cause de son enffans*.—Jugement de Dopmangin, fil Jehan-Belzellaire, de Merlei, d'une pairt, et de Pierson, le maiour de Flerei, et de Jaicomun le bollengier d'authe pairt; et li sire Jehan Noiron a dit pour droit que, parmei ce que li enffans sorvesquit sa meire, ait bien tout l'eritaige a aller a Domangin, son peire. Collignon Roucel a ung tel parchamin pour escheivin.—N.º 400. *Coment ung enffans qui est tout fuer don ventre sa mere, que morte estoit, enheriteit son pere*. Collignon Roucel a ung tel parchamin pour eschevin.—*Jugements de Thiébaud Bluglei maître-échevin* (año 1355). N.º 794. *Coment le pere enherite de son enffant*—Jugement de ville que dit, se une femme grosse muert et que la baile la fandoicet et elle dit que'elle ait veu vie en l'enffant que la mere ait on

demuestre su vitalidad mediante ciertos signos externos, señaladamente que haya gritado o llorado. Extrañamente, no se encuentran huellas de este principio en las fuentes jurídicas hispánicas.

Una obra del Derecho feudal sajón, titulada *Auctor vetus de beneficiis*, para conceder capacidad al hijo nacido exige «*quod vox eius auditur per quatuor angulos domus*»<sup>88</sup>; lo que, en iguales términos, se repite en el *Sachsenspiegel Lehnrecht*: «*dat men sine stimme horen mach in vir enden des huses*»<sup>89</sup>; y asimismo viene expresado en otras fuentes alemanas<sup>90</sup>.

En relación a los derechos del *gentilhomme* para conservar, después de la muerte de su mujer, lo que ésta había aportado al matrimonio, en varias fuentes francesas no se requiere que haya hijos vivos sino, tan sólo, que la mujer hubiese dado al marido un heredero *qui*

ventre, que l'enfant enherite le pere. Jaicomin Boucquin ait ung tel parchamin.—N.º 809. *Heritaige encheut a pere de pairt son enffant*.—Jugement de Jehan Sallomont, de Marcei, d'une pairt, et dez hoirs Odelliatte, que fuit femme dondit Jehan Sallommon, d'autre pairt se volloit ledit Jehan-Sallemont, avoir les heritaiges que furent sa femme, pour tant qu'il dit en e heu ung enffans qui a sorvicsquut la meire; et lez parrans de ladite Odelliatte diënt qu'il n'en a nul a avoir Li maistre-eschevin dit pour droict que li peire l'ait bien a avoir, pour tant que son enffans a sorvisque la meire Segneur Willaume de Heu. (J. J. SALVERDA DE GRAVE, E. M. MEIJERS y J. SCHNEIDER, *Le Droit coutumier de la ville de Metz en Moyen Age*, I, Haarlem 1951, pp. 169, 170, 333 y 338). Vid también E. M. MEIJERS, *Le Droit coutumier de la ville de Metz au Moyen Age*, II. *Aperçu systematique de Droit civil de Metz d'apres la jurisprudence du XIV<sup>e</sup> siècle*, Haarlem 1965, p. 80.

88. *Auctor vetus de beneficiis* 1,44. Si post obitum patris tam diu vivit filius quod vox eius auditur per quatuor angulos domus attrahit sibi patris beneficia et alienat ea omnibus qui secundi erant in beneficio filius qui non vivere potest. (Edición de K. A. ECKHARDT, *Auctor vetus de beneficiis. Lateinische Texte*, Hannover 1964, p. 72).

89. *Sachsenspiegel Lehnrech* 20,1. Swenne de sone na des vader dode levet also lange, dat men sine stimme horen mach in vir enden des huses, so is he beerft mit sines vader lene, unde hevet it gevertet allen den de dat gedinge dar an hadden. De sone de stirft er dem vadere, de n'is nen lenerve, went he mit neneme lene heervet n'is; dar umme ne brikt he nemanne sin gedinge an des vader lene. (Edición de K. A. ECKHARDT, *Sachsenspiegel Lehnrech*, Göttingen 1956, p. 38)

90. Así, los siguientes textos que cita BRUNNER, *Die Geburt*, p. 64: a) *Ostfriesische Landrecht*: «aver vzer huses hoernern gehöert werden Kann». b) Y el *Statutargestzbuch der Siebenbürger Sachsen* se expresa en estos términos: «dum ex alvo matris egreditur, vagitum ediderit, qui intra quatuor angulos exaudiri potest».

*ait crié et brait*<sup>91</sup>, aun cuando éste hubiese muerto antes que la madre. En tal línea, cabe mencionar los siguientes textos de la región angevina, entre sí relacionados: la antigua *Coutume de Touraine-Anjou* (1246)<sup>92</sup>, la *Compilatio de usibus et consuetudinibus Andegavie*<sup>93</sup> y los *Établissements de Saint-Louis*<sup>94</sup>. Análogamente, fuentes de la región de Poitou, como las *Coutumes de Charroux* (1247), consideran suficiente que haya habido hijo *que l'on loet crier, quant il a nacus*<sup>95</sup>; o, según dice el *Livre des Droiz et des commandemens* (siglo XIV), que la mujer *ai eu enffant qui ait gité brait*<sup>96</sup>. Y todavía en el siglo XV, la

91. En el francés antiguo, *brait* significa «grito». Cfr F. GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IX<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle*, I, París 1880 [reimpresión de 1969, Kraus Reprint], p. 720, voz *brait*.

92. *Coutume de Touraine-Anjou* 4. *Gentis hom tient, sa vie, ce que l'an li done à porte de mostier en mariage, emprès la mort sa fame, tout n'ait il nul cir, por coi en ait aü qui ait crié et brait, se einsi est que sa fame li ait esté donée pucele; car si ele estoit veuve ou ele ne li aüst esté donée pucele, il n'en tenroit riens.* (Edición de P. VIOLLET, *Les Établissements de Saint Louis*, III, París 1883, p. 5).

93. *Compilatio de usibus et consuetudinibus Andegavie* 34. *Il est usage en Enjou que homes tient les heritages sa fame, puis que il a eü heir qui ait crié et brait* (Edición de P. VIOLLET, *Les Établissements de Saint Louis*, III, París 1883, p. 124).

94. *Établissements de Saint Louis* 1,13. *De don de mariage à porte de mostier et tenir sa vie puis que li oirs en a crié et brait*—*Gentis hom tient, sa vie, ce que l'an li done à porte de mostier en mariage, emprès la morte sa fame, tout n'ait il nul oir, por coi en ait eü qui ait et brait, se einsi est que sa fame li ait esté donée pucele; car se ele estoit veuve ou elle ni li eust esté donée pucele, il n'en tenroit riens* (Edición de P. VIOLLET, *Les Établissements de Saint Louis*, II, París 1881, p. 24).

95. *Coutumes de Charroux* 13. *Et si o avient que la fame ayet her de son senhor op jue l'on loet crier, quant il a nacus, et li enfans muere avant sa mère, et elle murríst après sans her, li muebles de celicy remaint durablement au marit, et li no mueble à sa vite tant solament.* (Edición de CH. GIRAUD, *Essai sur l'Histoire du Droit français au Moyen Age*, II, París 1846, p. 402).

96. *Livre des Droiz et des commandemens* 56. *De brait d'enfant*—La coutume de la ville de Poitiers si est telle, quant homme prent femme pucelle et elle meurt avant son seigneur, et elle ait eu enffant qui ait gité brait, tous les héritages de la femme demorent ceulx qui lui furent donnez en la procuración de leur mariage, et ceulx tendra son viage (Edición de C. J. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Le Livre des Droiz et des commandemens d'office de justice*, I, París 1865, p. 348)—415 *De brait d'enfant*—*Gentilhomme quant il prent pucelle à femme il tient sa vie ce qu'il fut donné en mariage à porte de monstier, jascit ce que n'v ait hoirs,*

misma solución se establece en Bretaña a través de unas *Notas Coutumières*<sup>97</sup>. Algún texto, como la *Ancien Coutumier de Picardie*, a través de una sentencia judicial de 1320, precisa que se trate de un *enfant plourant*<sup>98</sup>.

Philippe de Beaumanoir, en su obra titulada *Coutumes de Beauvaisis* (1283) estima que, existiendo *enfant qu'il soit nes, si qu'il püst estre bien tesmoigné que l'en li ait oï crier et après mort*, los muebles y *chateus*<sup>99</sup> provenientes de la parte del padre recaen en la madre como la más próxima<sup>100</sup>. Las *Anciennes Coutumes de Bayonne* (1275?)

par quoy il en ait au qui ait crié brait. Ceste coustume en Anjou, et en la villa de Poitiers aussi. (*Id.*, II, p. 41)

97. *Notas* 23. Nota que gentil homme tient sa vie durant ce que luy a esté donné en mariaige á la porte du moustier pour ce que sa femme fust pucelle et qu'il en ait eu enfens (Edición de M. PLANIOL, *La très ancienne Coutume de Bretagne avec les Assises, Constitutions de Parlement et Ordonnances ducales suivies d'un Recueil de textes divers antérieurs a 1491*, Rennes 1896, p. 507)

98. *Ancien coutumier de Picardie* 15. .. Et le dis Jehans se opposoit au contraire en disant que le coustume de Pontieu estoit tele que rapport n'i appartenoit quant il y avoit eu enfant plourant, il n'i a 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. (Edición de A. J. MARNIER, *Ancien coutumier inédit de Picardie, contenant les coutumes notoires, arrêts et ordonnances des Cours, Assises, et autres jurisdictions de Picardie, au commencement du quatorzième siècle [1300 à 1325]*, París 1840, p. 15).

99. *Chateus* (= *catalla*) no pueden ser identificados con los bienes muebles del Derecho moderno. Como señala E. M. MEIJERS (*La réalité et la personnalité dans le Droit du Nord de la France et dans le Droit Anglais*, en *Études d'histoire du Droit*, I, Leyde 1956, p. 228), en el antiguo Derecho del Norte de Francia y de Bélgica el patrimonio no está dividido en derechos reales y personales, sino en patrimonio de familia y en patrimonio personal. Se oponen así los *hereditagia* a los *catalla*, las *héritages* a los *chateux*, *de ewe* a *de have*.

100. *Beaumanoir, Coutumes de Beauvaisis* 618. Se dame demeure grosse quant ses barons muert et n'i a autres enfans aparans, a li appartient la saisine des bienes au pere, si comme nous avons dit dessus. Et après. s'ele porte tant l'enfant qu'il soit nes, si qu'il puis estre bien tesmoigné que l'en li ait oï crier et après muert tout soit ce qu'il ne vives pas tant qu'il soit portés au moustier pour baptisiere nous creons que, puis qu'il a eu oir né, que li mueble et li chateus de la partie au pere eschicent a la mere comme a la plus prochienne. Et aucun pourroient cuidier que non fissent puis que l'enfes ne fu baptisiés, et nous creons que si doit fere, car, si tost comme oirs est nes, nous creons que li drois du pere et de la mere li soit descendus temporeument et par le baptesme l'eritages de paradis espiritualmente. (Edición de AM. SALMON, *Philippe*

establecen que la compañía o comunidad de bienes entre marido y mujer no se produce *tant entro que ayen agut emfant o enfante de lor enterams engendrat qui aye cridat*<sup>101</sup>. Y según *Li Vsage de Borgoigne* (obra privada escrita en el siglo XIV por un jurista práctico borgoñón), la madre sucede vitaliciamente a su hijo si *il fait tant que il braie*<sup>102</sup>.

Algunos derechos matizan las condiciones que habrá de reunir el grito dado por el recién nacido a fin de que éste sea reputado sujeto de derecho. Las *Coutumes de Saint-Amand* (conjunto de redacciones privadas sucesivamente compiladas a lo largo de los siglos XIII al XIV)<sup>103</sup>, en su parte más antigua, *Le Facet* (1271), determinan que *l'entravestissement par sang* o comunidad universal de bienes entre los cónyuges se origina por el nacimiento de un hijo, siempre que éste hubiera sido oído desde la distancia del fuego hasta la puerta de la casa o, aun sin haber gritado, si hubiese tenido vida según testigos dignos de crédito<sup>104</sup>. Para algunos derechos holandeses, se requería que el niño hubiese gritado a las cuatro paredes de la casa<sup>105</sup>.

*de Beaumanoir, Coutumes de Beauvaisis*, I, París 1899 [reimpresión de 1970], p. 306).

101. *Anciennes coutumes de Bayonne* 61. *Costume souer la conjunction et compainhie enter marit et moilher.*—Le conjunction et compainhier deu marit ni de la moilher ni de lors beys et causes qui bienen per lor part no es feyte ni confermade tant entro que ayen agut emfant o enfante de lor enterams engendrat qui aye cridat. (J. BALASQUE, *Études historiques sur la ville de Bayonne*, II, Bayonne 1869, p. 618).

102. *Li Vsage de Borgoigne* XXXIII. *Quant li vns de ces qui sont en mariages muert*—On doit ensi traitiez de mariage: se le feme ha enfant ou roiaime de France, et il fait tant que il braie la feme est héritée à son viuant. Et après la mort de la feme, li héritage repaire arrières. Et en ... [*falta en el manuscrito*] ... (Edición de A.-J. MARNIER, *Ancien Coutumier de Bourgogne*, en *Revue historique de droit français et étranger*, 1857, p. 560).

103. Hoy Saint-Amand-les Eaux, departamento del Norte (Francia), cerca de la actual frontera con Bélgica.

104. *Coutumes de Saint-Amand* I, XIX,1. Hors que oïs est de ausi loncq que du feu jusques a l'uis, ou, sans crit, a eüt vie para le dit des tiesmoignaige qui creable soit, de tel hoirs est on ahirtés. (Edición de E.-M. MEIJERS y J. J. SALVERDA DE GRAVE, *Des lois et coutumes de Saint-Amand*, Haarlem 1934, p. 65). *Vid.*, también el comentario sobre este texto, y su traducción al francés moderno, en E.-M. MEIJERS, *Les institutions municipales et le Droit coutumier de Saint-Amand en Pévèle au Moyen Age*, en *Études d'Histoire du Droit*, I, Leyde 1956, pp. 106 y 108).

105. J. Van KUYK, *Het schreind kind*, en *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, II (1920), pp. 278-297; estudio que no he podido consultar

Del mismo modo que ciertas fuentes francesas antes citadas, en los Derechos de Inglaterra y de Escocia hay textos que reconocen al marido el derecho vitalicio de conservar el *maritagium* aportado por la mujer, si ésta premuriese habiendo dado a luz un hijo que gritase o llorase, tanto si el niño sobreviviera como si falleciese después. En este sentido, la obra de *Glanvill* (fines del siglo XII) habla de *filium uel filiam clamantem infra quatuor parietes*<sup>106</sup>; las leyes de Escocia tituladas *Regiam majestatem* dicen, con palabras muy parecidas, *si ex eadem haeredem habuerit auditum, vel brayantem inter quatuor parietes*<sup>107</sup>; y, por último, las *Leges et consuetudines Burgorum* (de las ciudades escocesas de Berwick, Roxburg, Edinburg y Stirling) requieren el testimonio de dos testigos legales y vecinos, varones o hembras, *qui audierunt infantem clamantem vel plorantem*<sup>108</sup>.

#### 4. «SI FILIUS VIXERIT PER NOVEM DIES»

El plazo de nueve días —como tiempo mínimo que ha de vivir el hijo nacido— figura en algún fuero aragonés (Daroca), en el grupo de

106. *Glanvill* 7,18. *Distinctio maritagiorum*.— ... Cum quis itaque terram aliquam cum uxore sua in maritagium ceperit, si ex eadem uxore sua heredem habuerit filium uel filiam clamantem et auditum infra quatuor parietes, si idem uir uxorem suam superuixerit, siue uixerit heres ipse siue non, illi in uita sua remanebit maritagium illud, post mortem uero eius ad donatorem uel al heredes suos reuersurum ... (Edición de G. D. G. HALL, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae qui Glanvilla vocatur*, Londres 1965, pp. 92-93).

107 *Regiam Majestatem* 2,58,1. Cvm itaque terram aliquam vxore sua, quis acceperit in maritagio; si ex eadem haeredem habuerit auditum, vel brayantem inter quatuor parietes: si idem vir, vxorem suam supervixerit, siue viverit haeres siue non: illi viro pacifice in vita sua remanebit terra illa. 2. Post mortem vero ejus, ad haeredem si vixerit, vel ad donatorem vel ejus haeredem, terra revertetur. (*Regiam Majestatem Scotiae Veteres Leges et Constitutiones Edinburg* 1609. *Faksimiledruck mit einer Einleitung von Klaus Luig*, en la colección *Mittelalterliche Gesetzbücher Europäische Lander in Faksimiledrucken*, IV, Glas-hütten-Taunus 1971, fol. 63 vº). John Skene —el jurista escocés compilador de las *Regiam Majestatem*, viejas leyes que databan de principios del siglo XV—, en su glosa marginal al texto antes transcrito, a propósito de la voz *brayare*, escribe: «Brayare, est proprium equorum, vel cervorum hic accipitur pro vagire sea clamare»

108. *Leges Burgorum* 44, 4. Ita tamen quod vir ille habeat testimonium duorum legalium virorum vel mulierum vicinarum, qui audierunt infantem clamantem vel plorantem. (*Op cit.* en nota anterior, fol. 137 vº).

fueros constituidos por Coria, Cáceres, Usagre y el portugués de Castello-Bom, en la totalidad de los fueros (con excepción de Teruel) que componen la llamada familia de Cuenca y, finalmente, en otros fueros castellanos como Alcalá de Henares y Soria. Se podría pensar que todos estos textos o, cuando menos, aquel o aquellos que los demás tomaron por modelo, se inspiraron en la ley de Chindasvinto recogida en el *Liber Iudiciorum* (4,2,18 redacción recesvindiana), y que de éste recibieron tal plazo, uniformemente fijado en nueve días —no nueve noches o diez días—, con supresión del bautismo como requisito jurídico necesario en orden a adquirir la capacidad. Sin embargo, en contra de esta hipótesis cabría aducir serias razones: a) En primer lugar, puede resultar extraño que se tomase por modelo la redacción recesvindiana del *Liber* en vez del texto posterior —que lógicamente debió pasar a la *Vulgata*—, según la reforma de Ervigio (*decem diebus, vel amplius sive infra*), y que prácticamente había venido a prescindir del requisito del plazo, b) En segundo término, y aun admitido que el texto inspirador fuese la primitiva versión de Recesvinto, habría que explicar por qué la solución legal visigoda fue reproducida sólo parcialmente, esto es aceptando el plazo y con omisión de la exigencia del bautismo. Por ello, quizá fuera preferible suponer que esos fueros no hicieron sino recoger una práctica jurídica consuetudinaria, romano vulgar o germánica, preexistente al *Liber* y mantenida después de éste<sup>109</sup>. En apoyo de tal conjetura juega, además, el dato de la gran difusión territorial que ese plazo de nueve días tiene en los textos forales de nuestra Alta Edad Media.

A efectos de que el hijo pueda suceder al padre o madre predifunto y, a su vez, transmitir la herencia al sobreviviente, todos los fueros antes mencionados concuerdan en señalar —como tiempo mínimo que el recién nacido habrá de vivir— el de nueve días. Pero lo que dista bastante de resultar claro es cuál será el *dies a quo* en el cómputo de tal plazo: es decir, si el día inicial es el del nacimiento de hijo o, por el contrario, el del fallecimiento del progenitor premuerto. Cierto es que la cuestión no se suscitará, por cuanto ambos días coin-

---

109. FICKER y MELICHER pensaron que se trataba de una persistencia de antiguas costumbres germánicas (*Vid* sus respectivas obras, citadas en las notas 62 y 63) Y su opinión es seguida por J Maldonado, *La condición*, p 98, y por A GARCÍA-GALLO, *Curso*, p 106

cidirán en uno solo, en el supuesto de *patre defuncto*, quedando la mujer en estado de gravidez; pues si el hijo llega a nacer y vive nueve días después, la fecha inicial de cómputo no puede ser otra que la del nacimiento, la cual, al haber quedado en suspenso la apertura de la herencia del padre, viene a ser también —por ficción de derecho— la misma en que se abre la sucesión, pues en relación a tal día se determinarán los derechos de los posibles llamados a la herencia. La cuestión se suscitará, por el contrario, siempre que el hijo se hallare ya nacido antes del fallecimiento del primer progenitor, sea éste el padre o la madre.

El *Fuero de Daroca* aparece perfectamente claro a este respecto: «*si filius post mortem parentis vixerit per novem dies*». Es decir, el *dies a quo* es siempre aquel en que tenga lugar la muerte del padre o madre que primeramente fallezca; y a partir de él se cuentan los nueve días que el hijo ha de sobrevivir para heredar y, consecuentemente, transmitir todos los bienes al padre o madre supérstite <sup>110</sup>.

La cuestión se ofrece más dudosa en otros fueros que no señalan el día inicial del cómputo; no obstante lo cual deberán ser objeto de igual interpretación, dado que plantean el tema en términos generales, indistintamente respecto al padre y la madre, y sin considerar especialmente el caso de que, premuerto el marido, la mujer se hallare encinta. En este grupo hay que mencionar los fueros de Alcalá de Henares <sup>111</sup>, Usagre <sup>112</sup>, Cáceres <sup>113</sup>, Coria <sup>114</sup> y el portugués de Castello-

110 *F Daroca*: Si quis vir, aut mulier obierit, et filium post se relinquirit, si filius post mortem parentis vixerit per novem dies, et postea obierit, ille patens qui supervixerit haeredit illum, si vero filius post mortem parentis obierit ante novem dies non haereditet patens vivus per illum, sed haereditas ad radicem revertatur. (T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, I, Madrid 1847, p. 541).

111. *F Alcalá de Henares* 27. *Todo omne de Alcala o de so termino a quien*—Todo home de Alcala o de so termino a quien muriere mulier o a la mulier so marido e fixo lesare el uno al otro e .IX. dias visquiere o den arriba e despues se muri re, el padre o la madre hereden toda su buena; el mueble por siempre, e la raíz por en sos días .. (Edición de G SÁNCHEZ, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid 1919, p. 283).

112 *F Usagre* 90 *A qui fijo orphano remanecier*—Tod omne a qui fijo orphano r manserit, et uixerit IX. dias, et postea morierit, pater aut mater que remanserit herede sua bona pues que muerto es Et del moble faciat quod uoluerit, et la raíz esfructet cam in uita sua. et despues de su morte torre herencia a

Bom<sup>115</sup>. La diferencia, importante, entre unos y otros, estriba en el alcance de los derechos sucesorios; para los dos últimos fueros (Coria y Castello-Bom), la sucesión se refiere a todos los bienes, tanto muebles como inmuebles, que el padre o madre sobreviviente recibe en pleno dominio y a libre disposición; por el contrario, según los restantes fueros (Alcalá, Usagre y Cáceres), el padre o madre supérstite hereda el mueble en pleno dominio, pero los inmuebles sólo en usufructo vitalicio, pues a su fallecimiento *torne raíz a raíz*, es decir, las heredades vuelven a los parientes del progenitor primeramente muerto.

Dejando para más adelante el estudio de los fueros de Teruel y de Santa María de Albarracín, hay que señalar que todos los demás que constituyen la familia foral de Cuenca presentan mayor dificultad interpretativa, en razón de que cada uno de ellos contiene dos normas paralelas, aparentemente iguales, pero diferentes en su planteamiento y, además, contradictorias en cuanto al contenido de los derechos sucesorios reconocidos al padre o madre sobreviviente al hijo que, a su vez vivió nueve días cuando menos<sup>116</sup>. Todos estos fueros —Cuenca<sup>117</sup>,

---

erencia... (Edición de R. de UREÑA Y SMENJAUD y A. BONILLA Y SAN MARTÍN, *Fuero de Usagre [siglo XIII] anotado con las variantes del de Cáceres*, Madrid 1907, p. 33).

113. *F Cáceres* 88. *A qui remanserit filio*—Tod ome a qui fiio orpahno remanserit, et uixerit VIII dies et postea morierit, pater aut mater, qui remanserit herede sua bona, pos que muerto es. Et de mobile faciat quod uoluerit, e la raíz exfructet eam in uita sua, et despues de su muerte torne herencia a erencia... (Edición de P. LUMBRERAS VALIENTE, *Los fueros municipales de Cáceres. Su Derecho público*, Cáceres 1974, pp. XXVIII-XXIX).

114. *F Coria* 82. *De quin fijo huerfano remaneçiere*.—Todo ome que fijo huerfano le fincar, e bivier nueve días, e despues morir, el padre o la madre que fincar herede todos sus bienes del hijo o de la hija, tambien mueble como raíz, e pueda fazer dello como de suyo... (Edición de E. SÁEZ, *El Fuero de Coria. Estudio histórico-jurídico*, por J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Transcripción y fijación del texto*, por E. SÁEZ, Madrid 1949, p. 33)

115. *F Castello-Bom* 81. *A qui filius orphanus remanserit*—Totus homo cui filius orphanus remanserit, et uixerit IX dies et postea morierit, pater aut mater qui remanserit heredat tota sua bona del filio ó de filia, asi mobile como heredat per uender et fazer como de suo ... (*Portugaliae Monumenta Historica. Leges et consuetudines*, I, Lisboa 1868 [reimpresión de 1967, Kraus Reprint], p. 754).

116. MALDONADO, *La condición*, pp. 98-99, estima que «con una doble función aparece en los fueros este problema de la fijación del momento en que se considera al hijo con capacidad hereditaria: para fijar el camino que han de

Iznatoraf<sup>118</sup>, el *Formulario* (ms. 8331)<sup>119</sup>, Baeza<sup>120</sup>, Alarcón<sup>121</sup>, Alcaraz<sup>122</sup>, Béjar<sup>123</sup>, Plasencia<sup>124</sup> y Zorita de los Canes<sup>125</sup>—, a los que cabe sumar el *Fuero de Soria*<sup>126</sup>, se ocupan del tema en dos lugares distintos, y con diverso enfoque: a) Una de las normas considera el tema sin hacer distinción entre el padre y la madre: muerto uno de éstos, si *filius per nouem dies uixerit* el que sobrevive sucede únicamente en los bienes muebles, no en los inmuebles que fueren de patrimonio del hijo; y respecto a los inmuebles ganados o conquistados (*aliam radicem quam parentes simul adquisierint*) sólo los tendrá durante su vida (*omnibus diebus uite sue iure filij*)<sup>127</sup>. b) La otra norma contempla

---

seguir los bienes de un cónyuge muerto cuando el hijo del matrimonio muere al poco tiempo y para determinar si el hijo póstumo llega a adquirir la herencia del padre que murió cuando él aún no había nacido». En mi opinión, es cierto que los fueros del grupo de Cuenca hacen este doble planteamiento, pero el resultado final es el mismo en ambos supuestos. Al ser igual el problema, nada justifica la duplicidad de normas, así como tampoco el tratamiento que, separadamente, hace Maldonado.

117. R. DE UREÑA Y SMENJAUD, *Fuero de Cuenca (formas primitivas y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf)*. Edición crítica, con introducción, notas y apéndice, Madrid 1935.

118. Edición de UREÑA, *op. cit.* en nota anterior.

119. J. ROUDIL, *El manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París*, en *Vox Romanica*, 22 núms. 1 y 2 (1963), pp. 127-174 y 219-380.

120. J. ROUDIL, *El Fuero de Baeza Edición, Estudio y Vocabulario*, La Haya 1962.

121. J. ROUDIL, *Les Fueros d'Alcaraz et d'Alarcón. Édition synoptique avec les variantes du Fuero d'Alcázar. Introduction, Notes et Glossaire*, 2 tomos, París 1968, I (*Introduction et texte*) y II (*Glossaire, tableau du concordance et index*).

122. Edición de J. ROUDIL, *op. cit.* en nota anterior

123. J. GUTIÉRREZ CUADRADO, *Fuero de Béjar*, Salamanca 1974.

124. J. BENAVIDES CHECA, *El Fuero de Plasencia*, Roma 1896.

125. R. DE UREÑA Y SMENJAUD, *El Fuero de Zorita de los Canes según el códice 247 de la Biblioteca Nacional (siglo XIII al XIV) y sus relaciones con el Fuero latino de Cuenca y el romanceado de Alcázar*, Madrid 1911

126. G. SÁNCHEZ, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid 1919.

127. *F Cuenca* 203 (= X,1). *De successione filiorum atque parentum*—  
Quilibet filius hereditet bona patris et matris tam in mobili quam in radice. Pater et mater bona filij in mobili. Pater enim non habet hereditare radicem filij. que eum de patrimonio suo contigerit. Aliam radicem quam parentes simul adquisierint, habet parens superstes hereditare omnibus diebus uite sue iure

un supuesto especial y concreto: el marido fallece sin dejar hijos, pero hallándose embarazada la mujer —o la barragana—, y aunque una u otra pariere dentro de los nueve meses, *si filius usque ad nouem dies non uixerit*, todo debe ir a partición para los herederos del difunto;

---

filijs, si filius per nouem dies uixerit. Post mortem parentis radix redeat ad radicem. Quapropter mando, quod licet parens superstes habeat hereditare hanc radicem omnibus diebus uite sue, tamen quia radix habet ad radicem redire, det fideiussores quod radicem custodiat indempnem, Radix que filium de patrimonio contigerit, redeat ad radicem ea die quae ipse decesserit. *F Iznatoraf* 178 *Del heredamiento delos fijos τ de parientes*—Mando avn, que qual quier fijo heredero herede los bienes de su padre, o de su madre tan bien en mueble, commo en rayz. E el padre o la madre hereden los bienes del fijo en mueble ca el padre non ha heredat rayz del fijo que el de su patrimonio alcançare. Mas la otra rayz que el padre τ la madre ganaren en senble ala de heredar el pariente que fuere biuo todos los dias de su vida por derecho heredamiento, si el fijo .jx. dias visquiere: mas, despues dela muerte del padre, la rayz torne ala rayz. E por ende mando yo, que maguer que el pariente biuo aya de heredar esta rayz todos los dias de su vida, enpero quela rrayz a de tornar a rrayz non se danne. Mas la rrayz que al fijo del patrimonjal alcançare, quando al su finamiento torne ala rayz luego. *Formulario* (ms. 8331) 65. *Este es el capitulo cuemo hereden los que ouieren fijos*—Mando qual fijo que quiere herede buena de so padre e de su madre, mueble e rayz. E el padre e la madre hereden la buena del fijo en el mueble, ca el padre non a d'heredar la rayz del fijo que de so patrimonio ouiere.—66. *Cuemo hereda el padre lo del fijo*—Mas la otra raiz que el padre e la madre ganaren en uno, a la d'heredar el parient que fuere biuo en todos sos dias por el fijo, si biue .IX. dias; e despues que muriere el padre o madre el qui lo heredare, la raiz torne a su rayz. Maguera io mando que herede el padre lo del fijo, dé buenos fiadores que la guarde, que no s dane nes pierda. Mas la raiz que el fijo ouiere del padre o de la madre, el día que finare torne a su rayz. *F Baeza* 182. *Del heredamiento de los fijos τ de los parientes*.—E todo fijo herede la buena de su padre τ de su madre en mueble τ en rayz. E el padre τ la madre hereden la buena del fijo en el mueble, ca el padre non a de heredar la rayz del fijo que de su patrimonio alcanço; mas la otra rayz que los parientes en senble ganaren a la de heredar el padre que fuere uiuo o la madre, en todos los días de su uida, si el fijo .IX. dias uisquiere. Maes despues de la muerte del padre, la rayz torne a su rayz. Por esta cosa mando yo maguer el pariente que fuere uiuo aya de heredar la buena del fijo todos los dias de su uida, enpero por quanto a la rayz a de tornar, dé fiadores que la rayz guarde que non se danne. Maes la rayz que al fijo de patrimonio le alcançare, torne a su rayz aquel dia que él finare. *F Alarcón* 170. *De los fijos que hereden los bienes de los padres*.—E todo fijo o fija herede los bienes de su padre o de su madre assi en mueble como en rayz. Y el padre y la madre hereden los bienes de lures fijos en el mueble, que el padre o la madre non an

mas *si per nouem dies uixerit*, la madre tendrá todos los bienes muebles por derecho hereditario, y en cuanto a los inmuebles —sin distinción alguna— el día que el hijo muera deberán volver a los hered-

de heredar la rayz del fijo que ouiere de su patrimonio. Mas el otra rayz la qual los padres e las madres ensemble ganaron, el padre o la madre, aquel que sobreuisquiere, a de heredar en todos sus días por el derecho del fijo, si el fijo IX. dias uisquiere. Mas después de la muerte del padre o de la madre, la rayz torne a la rayz. *F Alcaraz III,75. Del heredamiento de los fijos e de los padres*—Et qual quier fijo herede los bienes de su padre e de su madre tan bien en mueble como en rayz. E el padre e la madre los bienes del fijo en muebles. Ca el padre non ha de heredar la rayz que el fijo de su patrimonio alcançare. Mas la rayz que el padre e la madre en uno ganaren a lo de heredar el padre o la madre que fincare, en todos los dias de la su vida, por derecho del fijo si el fijo uisquiere IX. dias. Mas despues d'aquella muerte d'aquel padre, torne rayz a rayz. *F Béjar 225 Que herede la buena de padre el fijo e como.*—Todo fijo herede la buena del padre e de la madre, mueble a rayz. Padre e madre e la buena del fijo en el mueble. Padre non a de heredar la rayz que caier al fijo de su padremonio. Otra rayz que ganaren en uno padre e madre, esso a de heredar el que sobrar al otro de dias en su vida por el fijo, si biuier IX dias. Depues la muerte del parient, torne rayz a rayz. Onde mando que, porque el parient que sobre al otro a de heredar esta rayz en sus dias, maguer, porque rayz a de tornar a rayz, dé fiadores que non malmeta rayz. La rayz que cadier al fijo del padremonio torne a rayz el dia que el fijo murier. *F Plasencia 6. De heredar el fijo*—Enel sexto logar otorgo Que el fijo herede la buena del padre et dela madre assi de mueble commo de rayz, et el padre ella madre la buena del fijo de mueble. Este fuero otorgo a legos, et a clerigos, et a todas naturales fijo que IX. dias uiuiere padre o madre que sobreuisquiere herede el mueble que al fijo pertenescieron, mueble dezimos por lo que ganaron dessoruna, todo lo al mueble et rayz sea, rayz de patrimonio *F Zorita 185. De succession delos fijos et delos padres*—Et todo fijo herede buena desu padre o de su madre, tan bien en mueble como en rayz, et el padre ola madre los bienes del fijo en mueble, si por IX dias uisquiere. El padre non deue heredar la rayz del fijo la qual le cayo de su patrimonio. despues dela muerte del padre la rayz torne ala rayz. La rayz que el fijo de su patrimonio ouiere, torne ala rayz el dia que muriere. *F Sorta 319.* El padre o la madre que fincare biuo herede todos los muebles del fijo finado si el fijo visquiere IX. dias, saluo ende baso de plata τ manto descarlata τ toda cosa biua que ujno por su pie de parte del padre o dela madre finado o dotro parient daquella parte misma, que paresçe τ se yudga todo por rrayz, quello hereden los hermanos que ouiere dessa parte o los parientes mas çercanos Et toda la rrayz que ouo de esse lugar mismo, maguer si otro heredamiento ouiere y de compra o de ganancia, que lo tenga el padre ola madre biuos por end su vida, dando fiador que lo guarde sin danno njnguno assi commo lo fallare τ despues de sus dias que torne en aquellos mismos herederos o en aquellos que lo suyo heredaren τ fueren desse lugar mismo; τ si tal fiador

ros troncales del marido (*radix eadem die, qua puer migrauerit, redeat ad radicem*)<sup>128</sup>.

En el primer supuesto —fallecimiento tanto del padre como de la madre—, los fueros del grupo de Cuenca no hacen sino reproducir

non quisiere dar, que se finque en los herederos. Et maguer de suso es dicho que vaso de plata τ manto descarlata τ toda cosa biua que el fijo heredo de parte del padre o dela madre finado o de otro parient dessa parte misma se yudga por rrayz, si el estas cosas o alguna dellas compro o ganno por si, yudge se por mueble, τ non por rrayz.

Todos estos fueros contienen una regulación sustancialmente igual aunque entre ellos no faltan algunas diferencias de cierto interés, concretamente en cuanto al ámbito de la sucesión a favor del padre o madre sobreviviente; a) F Plasencia limita la sucesión a la parte que al hijo corresponda en el mueble que los padres *ganaron dessouna*, y excluye todos los demás bienes (*todo lo al mueble et rayz sea rayz de patrimonio*). b) F Zorita y F Soria prescinden de la distinción —que hacen Cuenca y otros fueros— entre los inmuebles que al hijo corresponden por patrimonio y los que le pertenecen como parte de gananciales. c) Finalmente, F Soria excluye de la sucesión lo que podríamos llamar objetos muebles preciosos (*baso de plata τ manto descarlata*) y los semovientes (*toda cosa biua que ujno por su pie de parte del padre o dela madre finado o dotro parient daquela parte misma*), pues todo ello queda equiparado a inmueble (*que parescçe τ se judga todo por rrayz*).

128. F Cuenca 233 (= X,30). *De uxore pregnantē post mortem mariti* — Si maritus decesserit non habens filios, et uxorem pregnantem, uel concubinam reliquerit, ipsa teneat sub cirographo omnes res defuncti, et etiam det fideiussores, quod eas custodiat indempnes. Et si infra novem menses pepererit, custodiat eas ad opus filij; et interim illa uiuat de ipsa substantia.—234 (= X,31). *Quod parentes non heredent bona filij ijqjui per nouem dies non uixerit*.—Si filius usque ad nouem dies non uixerit, omnia tradat partitioni heredibus defuncti Si per nouem dies uixerit, mater habeat iure hereditario mobile illius. Radix eadem die, qua puer migrauerit, redeat ad radicem. F. *Iznatoraf* 207. *Dela muger que fincarē prennada del marido* — Si el marido muriere τ non oviere fijos τ la muger prennada dexare o barragana, aquella tenga todas las cosas del muerto con escripto τ avn de fiadores quelas guarde sin njngunt danno; τ si alos .jx. meæes pariere, guardelo para el fijo. E ella biua todavia en ello.—208. *Delos parientes que non hereden los bienes del fijo si .jx. dias non biujere*.—E si por aventura el fijo fasta .jx. dias non biujere, todo lo de a partiçion, alos herederos del muerto. Mas si .jx. dias biujere, la madre aya todo el mueble del fijo por derecho heredamiento, mas el dia que el fijo muriere, la rrayz torne a su rrays. *Formulario* (ms. 8331) 87. *De la mugier que remaneciēre prenada*.—Sy el marido muriere e fiios non dexare e mugier o barragana prenada dexare, ela tenga todas las cosas del muerto e todas por escripto, e dé fiador que la guarde que non menoscaben;

igual planteamiento e idéntica solución, de carácter general, que el antes expuesto para los fueros de Alcalá de Henares, Usagre y Cáceres; y aun cuando no indican, al menos con la claridad del Fuero de Daroca, que el plazo de nueve días debe ser contado desde la fecha

---

d'aquí a que para, mientras el fijo o fija que fuere uisquiere biua en'lo, E sy por auentura el fijo o fija qual fuere non uisquiere .IX. dias, todo lo torne a los herederos del muerto, mueble e rayz. *F Baeza* 211. *De la mugier que prennada romanezquier en pos la muerte del marido*—Si el marido muriere  $\tau$  non ouiere fijos  $\tau$  mugier prennada lexare o barragana, ella tenga todas las cosas del muerto por escripto,  $\tau$  dé aun fiadores que las guarde que non se dannen E si entre los .IX. meses pariere, guarde las par a su fijo,  $\tau$  entre tanto ujua ella de aquel auer.—212. *Que los parientes non hereden la buena del fijo si .IX. dias non uisquiere.*—E si por auentura el fijo .IX. dias non uisquiere, todo lo dé a partition a los herederos del muerto. Maes si .IX. dias uisquiere, la madre a por derecho heredamiento todo su mueble Maes la rayz, aquel dia que el fijo muriere, torne a su rayz. *F Alarcón* 198. *Del que muere e dexa su muger prennada*—Si el marido muriere menos de fijos que non aya e su muger dexare prennada o alguna amiga, ella tenga todos los bienes del muerto con carta e con fiadores, otro que tal que curie los bienes e las cosas todas e que las guarde e las condese en tal guisa que sean saluas. E despues de .IX. dias que ella fuere parida, curie todos aquellos bienes que a menester e a prouecho fueren de su fijo o de su fija, e en este comedio biua la madre en los bienes de su fijo. E si el fijo .IX. dias non uisquiere, tornen lo a partición todo aquello los herederos del muerto. E si .IX. dias uisquiere, la madre herede todo lo mueble. E la rayz torne a la rayz en aquel dia el moço fuere muerto. *F Alcaraz* III,104. *De la muger prennada despues de la muerte del marido*—Si el marido muriere e fijos non ouiere e muger prennada o barragana delexare, ella tenga con escripto de todas las cosas del defunto, e dé fiadores que las guarde sin danno. Et si a los .IX. meses pariere. guarde lo pora su fijo, en etre tanto biua ella d'aquel auer.—III, 105.—*Que los parientes non hereden los bienes del fijo que IX. dias uisquiere.*—Et si por auentura el fijo .IX. dias non uisquiere, todo lo dé a partición a los herederos del muerto. Mas si el fijo .IX. dias uisquiere, la madre aya por derecho heredamiento tod el mueble del fijo. Mas la rayz, aquel dia que el ninno muriere, torne a la rayz. *F Béjar* 262. *De la muger que finca pennada.*—Sj el marido murier non auiendo fijos e lexar su muger prennada, ossu barragana, essa tenga la buena toda del defunto por escripto, e demás dé fiadores que la curie sin danno e que no la malmeta. Si dentro IX meses parier, curie la buena poral fijo. Tendemiente biua daquela buena.—263. *De fijo que non uisquier IX dias*—Si por uentura el fijo non uisquiere fasta IX dias, délo a partir a los herederos del defunto.—264. *Del que uisquiere IX dias*—Si uisquier IX dias, tome la madre el mueble, e torne a raiz aquel dia que el ninno passare. *F Plasencia* 480. si el marido passare e non auendo fijos, et la mugier prennada o la barragana lexare ella tenga todas las cosas en escripto del muerto, et de fiadores que las

en que fallece el padre o la madre, parece evidente que esa es la única interpretación correcta. En el segundo supuesto se contempla, por el contrario, un caso particular: el de la mujer (o la barragana) que, al fallecimiento del marido sin dejar hijos, se halla en estado de embarazo; y aquí los fueros involucran varias cuestiones: suspensión de la apertura de la sucesión, inventario de los bienes, alimentos a la embarazada, presunción de paternidad del *nasciturus* y, por último, el mismo requisito de viabilidad del hijo (que éste viva nueve días); y resuelven el destino sucesorio de la herencia del padre, a través del hijo, en términos que no coinciden exactamente con los establecidos para el caso anterior. Parece fundado suponer que esta disposición no fue debidamente armonizada con la anterior solución tradicional, que el grupo de fueros de Cuenca se había limitado a recoger de textos más antiguos. Hay aquí un descuido del compilador conquense, o del redactor del texto que éste tuvo por modelo<sup>129</sup>. En relación al tema que aquí se

---

guarde que non pierdan. Et si ante de IX. meses pariere guardelas pora pro de sus fijos, et entanamiente uiua ella de aquel auer. Et si fasta IX. dias el fijo non uisquiere todo lo traya a partiçion, alos herederos del defunto. Si IX dias uisquiere la madre aya delos herederos todo el mueble, et la rayz torne assu rayz *F Zorita* 213. *Dela muger que fincare prennada depues dela muerte del marido.*—Si el marido muriere et non ouiere fijos, et dexare su muger prennada o concubina, la que fincare tenga todas las cosas de aquel finado en escripto, et mas que de buenos fiadores que las guarde et las tenga sin danno; et si fasta los IX meses pariere, guarde las pora su fijo, o entretanto ella biua de aquellos bienes tenprada mente, segund opinion de buenos omnes.—214. *Que los parientes non hereden los bienes del fijo, si por IX dias uisquiere.*—Et si por auentura, el fijo fasta IX dias non uisquiere, de todos los bienes a partir alos herederos del finado Si por auentura, IX dias uisquiere, la madre de derecho aya todo el mueble del; la rayz aquel dia que el moço muriere, torne ala rayz *F Soria* 323. Si omne que muriere dexare su muger prennada  $\tau$  non ouiere otros fijos, los parientes mas çercanos del muerto en uno con la muger escriuan todos los bienes del muerto ante los alcaldes;  $\tau$  si despues naçiere fijo o fija biuiere  $\tau$  fata IX. dias conplidos, herede los bienes de su padre; pero si ante de los IX. dias conplidos muriere, hereden lo todos los mas çercanos parientes del padre, mueble  $\tau$  rrayz, assi commo lo aurien heredado del padre que fijo non ouiesse dexado.

Los textos transcritos establecen idéntica normativa, con una salvedad: tanto le *Formulario* (ms 8331) como *F Soria* —en contraste con los demás fueros— no reconocen distingo alguno entre bienes muebles e inmuebles.

129. La falta de una adecuada armonización se pone de manifiesto en otros pasajes de estos mismos fueros, cuando regulan la sucesión de los hijos a favor de los padres. Así, *F Cuenca* 213 (= X,11): «Si filius decesserit, parens

trata, no hay duda de que, en el supuesto concreto de la mujer que da a luz después del fallecimiento del marido, el cómputo del plazo de nueve días se iniciará a partir de la fecha del nacimiento que, además, vendrá a ser también el momento de iniciarse la sucesión, cuya apertura ha quedado en suspenso.

El análisis del grupo foral de Cuenca (incluido Soria) permite afirmar que estos textos, más que considerar propiamente el tema de la viabilidad del hijo, lo que hacen es atender un problema práctico sucesorio. Dicho con otras palabras: más que sobre una cuestión de personalidad del recién nacido (Derecho de personas), se preocupan de la aptitud de ese mismo hijo para recibir la herencia del padre o madre premuerto y, consecuentemente, de transmitirla al sobreviviente (Derecho de Sucesiones); no es tanto un problema de capacidad personal como de titularidad patrimonial de bienes. Y esta tendencia se acusará, mucho más decididamente, en el Derecho de Teruel, donde la cuestión se desconecta de la doctrina de la viabilidad del hijo nacido, y queda tratada como un tema puramente sucesorio que, por añadidura, es resuelto con criterios del Derecho de propiedad o de cosas.

Tradicionalmente suele considerarse que el Fuero de Teruel —y, por tanto, la adaptación de éste a Santa María de Albarracín— son textos comprendidos en el conjunto de la familia de Cuenca; y no es infrecuente que, a veces con sobrada ligereza, se extienda o generalice a aquéllos el Derecho formulado en los fueros castellanos y andaluces del grupo. Por lo pronto, importa señalar que, lo mismo el *Fuero de Teruel*<sup>130</sup> que el de *Santa María de Albarracín*<sup>131</sup>, tratan de la cuestión

---

superstas, hereditet bona illius, sicut iam dictum est» Como se ve, no hay aquí distingo alguno entre bienes muebles e inmuebles y, dentro de éstos, los de patrimonio y los que proceden de conquistas o ganancias durante el matrimonio de los padres. En iguales términos que F Cuenca, cabe citar F Iznatoraf 188, F Baeza 192, F Alarcón 181, F Alcaraz III,84, F Béjar 240 y F Zorita 195.

130. *F latino Teruel* 338. *De muliere pregnante*—Similiter si maritus non habens filios decesserit et uxorem sive concubinam pregnantem reliquerit, ipsa teneat omnes res defuncti sub cirografo, set det valituras fidancias quod omnes res illas teneat et custodiat sine dampno, et si infra novem menses post mortem viri mulier pepererit, res illas custodiat ad opus filii et interim de illa substancia illa vivat. Item mando atque statuo quod de cetero si filius vel filia usque ad unum annum et diem non vixerit omnia bona et possessiones ipsius revertantur et sint propinquorum parentum suorum ex parte illa de qua dicta bona possessionis ei provenerit, et si vixerit per annum et diem, a die qua natus sive nata fue-

en una sola rúbrica, donde consideran el supuesto del marido que fallece sin hijos y deja mujer (o amiga) en estado de embarazo; y, además, ninguno de esos fueros aragoneses establece distingo entre bienes muebles e inmuebles, pues la sucesión a favor del sobreviviente tiene

---

rit usque ad diem qua obierit, omnia bona et possessionis eius revertantur et sint patris vel matris eius qui ei supervixerit... (Edición de J. CARUANA GÓMEZ DE BARRERA, *El Fuero latino de Teruel*, Teruel, 1974, pp. 302-303). *F romance Teruel* 445. *De muger que finca prennada*—Otrosí, si el marido non auiendo fijos muriere e muger o amiga lexare prennada, aquélla tenga todas las cosas del defuncto de ius escripto. Mas ella dé primero ualederas fidanças que todas aquellas cosas tenga e curie sin danno. E si fasta IX meses después de la muert del uarón la muger pariere, aquellas cosas curie pora huebos del fijo, et entre tanto de aquella substancia ella biua—446. *De fijo que anno e día biuiere*.—Decabo mando et establezco que de aquí adelant, si el fijo o la fija un anno e día non biurá, todos los bienes e las posesiones d'él sean tornadas e sean de los mas cercanos parientes suyos de aquella part de la qual los auant dichos bienes e posesiones a él serán uenidas. E si biuiere por anno e día del día que naçido o naçida fuere fasta el día que muriere, todos los bienes e las posesiones de aquél tornen e sean del padre o de la madre de aquél, el qual más sobreuiua... (Edición de M. GORSCH, *El Fuero de Teruel*, Stockolmo 1950, pp. 282-283). Este es el texto según el manuscrito que Goresch llama A (códice turolense), y que, como se ve, coincide con el fuero latino. Por el contrario, el manuscrito B (códice matritense) da una versión distinta: 446. *De la criatura que anno et dia non biujere*.—Et si por auentura el fijo fasta anno et dia non biujere, la muger todas las cosas de e partición a los herederos del muerto delant dicho. Mas si el yfant anno et dia biujere, la madre herede por derecho heredamiento sus bienes. (*Op cit.*, p. 282). Este texto, que coincide con F Albarracín, parece responder a una redacción más antigua que, partiendo del supuesto del hijo póstumo, contempla sólo la situación jurídica de la madre que sobrevive al hijo. En cambio, el fuero latino, al que sigue el código turolense de la versión romance, representa una modificación posterior, realizada con el fin de comprender tanto el supuesto de la madre como el del padre sobreviviente; pero esto último resulta así incongruente con la hipótesis de que inicialmente se parte, es decir la de *patre defuncto* que deja mujer o concubina en estado de embarazo.

131. *F romance Albarracín. Mulier que finca prennada de su marido*—Otrosí si el marido non auiendo fijos muriere e mugier o amiga lexare prennada, aquella tenga todas las cosas del defuncto. deuis carta. mas ella de. ualendas fidanças que todas aquellas cosas tenga e curie sin danno. esi fasta IX meses despues de la muerte del uaron. la mulier pariere aquellas cosas curie. ad huebos del fiyo, et entretanto dequella substancia ella biva. E si por auentura el fiyo fasta a .IX. dias non biuiere. la mulier todas las cosas de. a la partición. a los herederos del muerto delant dicho. Mas si el ynfant IX. dias biuiere, la madre herede por derecho heredamiento. sos bienes. (Edición de C. RIBA Y

lugar respecto a toda la herencia, siempre que el hijo viva el tiempo requerido. La diferencia, relevante, entre esos dos textos estriba, precisamente, en el plazo de vida que es exigido: F Albarracín —coincidente en esto con los demás fueros del grupo de Cuenca— requiere sólo nueve días (*si el ynfant IX dias biuiere*); en cambio, F Teruel impone que el hijo o hija viva un año y día (*et si vixerit per annum et diem, a die qua natus sive nata fuerit usque ad diem qua obierit*).

Si se admite —como parece cierto— que F Albarracín es una simple adaptación del F Teruel<sup>132</sup>, hay que suponer que, con posterioridad a tal adaptación, el fuero turolense fue modificado en este punto, precisamente para sustituir el término de nueve días por el de año y día<sup>133</sup>. Ahora bien, parece oportuno destacar que no hay aquí un simple alargamiento de plazo, sino algo mucho más importante: se trata de desplazar el problema, desde el plano de la capacidad sucesoria del hijo nacido, hasta el ámbito del Derecho de cosas; la cuestión se

---

GARCÍA, *Carta de población de la ciudad de Santa María de Albarracín según el códice romanceado de Castiel existente en la Biblioteca Nacional de Madrid. Estudio preliminar y transcripción*, Zaragoza 1915, p. 151).

En el fragmento de F latino de Albarracín, publicado por A. e I. GONZÁLEZ PALENCIA, *Fragmentos del Fuero latino de Albarracín*, en AHDE, VIII (1931), pp. 415-495, faltan los folios en que debiera encontrarse el pasaje anterior (véase *op. cit.*, p. 466).

132 En este sentido, A. GARCÍA-GALLO, *Historia del Derecho español*, I, Madrid 1945, p. 601; del mismo autor, *Aportación al estudio de los fueros*, en AHDE, XXVI (1956), p. 438, nota 151; R. GIBERT, *El Derecho municipal de León y Castilla*, en AHDE, XXXI (1961), p. 739; J. M. PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid 1973, p. 324; y A. M.<sup>a</sup> BARRERO GARCÍA, *El Fuero de Teruel. Su historia, proceso de formación y reconstrucción crítica de sus fuentes*, Madrid 1979, pp. 47-50.

133. La redacción misma de F Teruel 338 pone de manifiesto que modifica una regulación anterior distinta: «*Item mando atque statuo quod de cetero* ». Igualmente F romance Teruel 446: «*Decabo mando et establezco que de aquí adelant...*». Es más que posible que el texto modificado estableciese el plazo de nueve días, como F Daroca y todos los fueros del grupo de Cuenca, incluido el propio F Albarracín. En cualquier caso, lo que sí habrá que preguntar es sobre cuándo tuvo lugar esa corrección. A. M.<sup>a</sup> BARRERO, *op. cit.* en nota anterior, p. 45, supone que la última adición al fuero turolense sería hecha en 1279; quizá en ella tuviera lugar la modificación que aquí hemos indicado. De todos modos, F Teruel 338 fue objeto aún de otra modificación posterior, hecha con el propósito de ampliar el supuesto de la norma y hacer ésta aplicable tanto a la madre como al padre que sobrevive al hijo. Sobre esto, véase la nota 130.

resuelve en F Teruel mediante aplicación de un instituto —la posesión de año y día— que, si bien no es exclusivo de Aragón, sí es típicamente aragonés<sup>134</sup>. Con razón estima Maldonado<sup>135</sup> que aquí el plazo de año y día «no juega sólo como el término de posesión que viene obligado a garantizar el transmitente de la propiedad, función que suele desempeñar en el sistema de nuestros fueros municipales<sup>136</sup>, sino que representa el tiempo en que los parientes de la rama de procedencia de los bienes conservan sobre ellos un derecho que sólo adquiriría eficacia en caso de muerte del hijo que los recibió»<sup>137</sup>. Y como explica el propio autor<sup>138</sup>, «en este precepto del Fuero de Teruel lo que se hace es apoyar la cuestión, no en un principio de Derecho de personas, en la cualidad jurídica del titular, sino en un criterio de Derecho de cosas, en las condiciones de la relación jurídica de éste con el objeto».

De otro lado, hay que destacar que F Teruel 338 se halla formulado con cierta incoherencia pues, luego de centrar la cuestión en el nacimiento de un hijo póstumo, prevé la sucesión no sólo a favor de la madre —lo que es lógico—, sino también a favor del padre (*omnia bona et possessiones eius revertantur et sint patris vel matris eius qui ei supervixerit*), lo que resulta inconciliable con el presupuesto de *pater defuncto*. Esto puede obedecer a un retoque —no bien logrado técnicamente—, hecho con el fin de generalizar la solución, para referirla indistintamente a la herencia causada a favor de la madre o del padre<sup>139</sup>.

134. Vid. el estudio de J. M.<sup>a</sup> RAMOS Y LOSCERTALES, *La tenencia de año y día en el Derecho aragonés* (1063-1247), Salamanca 1951; y, con carácter general, el de G. BRAGA DA CRUZ, *A posse de ano e dia no Direito hispânico medieval*, separata del Boletim da Faculdade de Direito, XXV-1, Coimbra 1949.

135. *La condición*, pp 105-106.

136. La tenencia de año y día, institución de origen franco, tuvo extraordinario arraigo y difusión en la Alta Edad Media española, no sólo en Aragón y Navarra sino, también, en Castilla. Fue ya sancionada por el Fuero de Logroño en 1095. Vid. J. M.<sup>a</sup> RAMOS Y LOSCERTALES, *El Derecho de los francos en Logroño en 1095*, en Berceo, II, núm. 4 (1947), pp 347-377. Tuvo gran expansión a través de todos los fueros relacionados con el de Logroño.

137. En el propio concepto de la tenencia de año y día se fundamenta la aplicación de igual plazo a otras instituciones. Así, en el Derecho navarro medieval, para ejercicio del derecho de retracto gentilicio; y posteriormente, como término dentro del cual los cabezaleros han de cumplir su función, o para el abonamiento de los testamentos.

138. MALDONADO, *La condición*, pp 105-106

139. Esta explicación parece confirmada por el hecho de que el código ma-

En todo caso, hay que subrayar la diferencia que, respecto a los demás textos de la familia de Cuenca, en este punto ofrece F Teruel y, además, el profundo cambio que representa la aplicación del instituto de la tenencia de año y día.

Un giro semejante se registra en el Derecho valenciano<sup>140</sup>, aunque éste orienta el tema con diverso criterio jurídico. Según *Fori Valentiae* 87,7, si muere el marido y la mujer se hallare embarazada, o si dejare hijo, pero éste falleciere antes de cumplir los quince años, todos los bienes que provinieren de la sucesión paterna quedarán para los parientes más próximos de parte del padre; si, por el contrario, el hijo falleciere *ab intestato* después de cumplir los quince años, sus bienes quedarán para la madre<sup>141</sup>. Los fueros valencianos enfocan la cuestión, estrictamente, como un problema de sucesión de impúberes y, por ello, caso omiso de los efectos atribuidos al nacimiento del hijo, atienden al hecho de la testamentificación activa, y así lo señalan expresamente: «*et decedat dictus filius infra XV annos infra quod tempus non potest condere testamentum*». En definitiva: no se cuestiona aquí la viabili-

---

tritense del fuero romance de Teruel, consecuente con la hipótesis de *patre defuncto*, prevé sólo la sucesión a favor de la madre sobreviviente, y para nada se refiere al padre. La diferencia entre los distintos códigos del fuero turolense puede verse en la nota 130.

140 Ya indicó GARCÍA-GALLO, *Curso*, p. 108, que en los fueros de Valencia, independientemente de los efectos atribuidos al nacimiento, aparece recogido el principio de que el hijo no adquiere los bienes del padre fallecido, y esta incapacidad se prolonga hasta cumplir la edad de quince años.

141 *Fori Valentiae* 87,7 *Dicimus quod, si moritur maritus et uxor pregnant remanserit vel filius ex eis superstes fuerit et decedat dictus filius infra XV annos infra quod tempus non potest condere testamentum, bona, que ei obvenierunt ex successione paterna, propinquioribus ex parte patris remanent. Si vero decedat ab intestato transactis XV annis, bona eius matri remeant; et, si filius voluerit aliquid dimittere in suo testamento, possit hoc facere totum, scilicet, quicquid habet vel partem, salvo tamen matri ante testamentum vel post, toto suo sponsalicio cum augmento; et eodem modo, istud in patre, sicut in matre dictum est, observetur, salva tamen semper patri vel matri superstiti sua legitima in bonis filii, licet infra annum quindecimum moriatur § Hunc forum melioravit et arromanzavit dominus rex (M. DUALDE SERRANO, *Fori antiqui Valentiae*, Madrid-Valencia 1950-1967, p. 172) Este texto pasó, sin alteración alguna, a la versión romance del manuscrito de Boronat Péra, en el Archivo Municipal de Valencia (Cfr. A. GARCÍA Y SANZ, *Els Furs*, Valencia 1979, p. 136), así como a la recopilación sistemática, 6,5,9. (Vid. F. J. PASTOR, *Fori Regni Valentiae*, Valencia 1547, I, fol. CLIIII)*

dad del hijo, ni siquiera su aptitud para suceder, sino su capacidad para testar; es, como se ha dicho, un tema de sucesión de los impúberes<sup>142</sup>, en el que se persigue evitar el tránsito de los bienes desde una rama a otra de la familia. Por lo demás, hay fundamento para suponer que este texto de los *Fori Valentiae* (87,7) no figurarla, al menos en tales términos, en las primeras redacciones, sino que responde a una modificación posterior, aunque realizada por el propio Jaime I. Así parecen indicarlo las palabras con que ese pasaje concluye: «*Hunc forum melioravit et arromanzavit dominus rex*»<sup>143</sup>. Ante ello cabe preguntar cuál sería el texto anterior, objeto de tal mejoramiento. Quizá quepa suponer un pasaje semejante al contenido en *Costums de Tortosa* 6,10,3, donde se exigía que el hijo o hija «*tan solament viua vna hora apres de la mort del pare o de la mare*»<sup>144</sup>. Tal hipótesis puede venir abonada por el hecho de que este texto figure igual en el proyecto *Consuetudines Dertosaie civitatis*, de los notarios Pere Tamarit y Pere Gil<sup>145</sup>, quienes, al parecer, tomaron muy en cuenta los fueros valencianos.

---

142. La sucesión de los impúberes no debió quedar claramente resuelta por el fuero mencionado en la nota precedente, y en la práctica resurgirían graves dudas en orden a su aplicación e interpretación, lo que daría lugar a sucesivas disposiciones sobre el mismo tema: del rey Pedro II (de Valencia), en 1363 (Furs 6,5,10); del rey Martín I en 1403 (Furs 6,5,11); y del rey Alfonso III en 1418 (Furs 6,5,12). Figuran tales textos en F. J. PASTOR *Fori Regni Valentiae*, Valencia 1547 I, fols CLIII y CLIII vº.

143. Acerca del proceso de formación de los Furs y sus diversas redacciones, puede verse M. PESET REIG, *Observaciones sobre la génesis de los Fueros de Valencia y sobre sus ediciones impresas*, en *Ligarzas*, 3 (1971), pp. 47-84.

144. *Costums de Tortosa* 6,10,3. Mort lo pare o la mare abintestat, si lexen fill o filla, lo qual tan solament viua vna hora apres de la mort del pare o de la mare, aquel fill o filla succeeyx els bens del pare o de la mare, morts abintestats. E si'l pare o la mare sobreuiu a aquel fill, e aquel fill mor entestat, no auent fills ne filles ne germans, pertayn a aquel pare o a aquella mare tota la successio, sens tot contrast. (B. OLIVER, *Historia del Derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*, IV, Madrid 1881, p. 301).

145. *Consuetudines Dertosse*. Instituto de Estudios Tarraconenses «Ramón Berenguer IV», Sección de Estudios Jurídicos. Publicación núm. 1 de la Excm. Diputación Provincial de Tarragona, 1972; que contiene la reproducción en facsímil del manuscrito. Las hojas carecen de numeración, lo que impide la cita concreta.

## 5. «SI NASCIERE FIJO, Ó FIJA, É PUERE BAPTIZADO»

En las fuentes jurídicas medievales se aprecia, en orden a la viabilidad del recién nacido, la influencia del Derecho canónico. De una parte, las *Decretales* establecieron el principio «*non dicitur natus qui statim decessit*» (5,40,3), repetido por algunos autores<sup>146</sup>. Pero lo más relevante, en el mismo citado texto<sup>147</sup>, es la afirmación del valor del bautismo como requisito indispensable para adquisición de la capacidad jurídica. No basta ya que el niño ofrezca determinados signos de vitalidad o de que viva cierto número de horas o de días, sino que es necesario también que sea bautizado. Con lo cual —como dice García de Valdeavellano— «el bautismo vino a ser, en cierto modo, el símbolo jurídico de la viabilidad del recién nacido y de su capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, aunque el niño muriese poco después de ser bautizado»<sup>148</sup>.

En una sociedad católica —como la Europa Medieval— es perfectamente lógico que la fe cristiana resulte presupuesto necesario de la plena capacidad jurídica. Lo prueban así los pasajes de determinados fueros navarros (como F Novenera<sup>149</sup>, F Viguera y Val de Funes<sup>150</sup>

146. JUAN ANDRÉS, *Omnium canonici iuris interpretum facile principis. In quintum Decretalium librum Nouella Commentaria*, glosa *De verborum significatione*, cap. III, Valencia 1581 [reedición anastática Turín 1963], folio 150A; y ALBERICO DE ROSATE dice: «Natus non intelliguntur, qui mortuus nascitur, ...— Nota quod etiam natus non dicitur, qui confestim mortuus est». (*Dictionarium Iuris tam Ciuilis quam Canonici*, Venecia 1573 [reimpresión anastática Turín 1971], p. 501).

147. *Decretales* 5,40,3. Non dicitur natus qui statim decessit.—Idem in Parabolis. «Nam et ego unigenitus fui coram matre mea». Quare unigenitum se coram matre nominat, quem fratrem uterinum pracepiss: scriptura testatur, nisi quia illa mox. natus sine nomine, quasi nunquam esset, de vita decessit?

148. L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Sobre simbología jurídica de la España medieval*, en *Homenaje a Don José Esteban Uranga*, Pamplona 1971, p. 111.

149. F Novenera 298. *De ombre escomulgado*—Nuill ombre que la egleſia ponga en sentencia et aynno et dia sea amonestado en la egleſia et non se quiere conuertir que rebelle sea a la glſia, pierda el zuer, et el cuerpo a la mercé del rey.

150. F Viguera y Val de Funes 150. *Omne escomengado no haya voz*—Et todo omne que fuere escomengado o d'otra ley, si no fuere por cosa propia o de omne de su gent, non puede tener voz ante juez entre christianos, nin monge ninguno de misa si no fuere por su pleyto o de su yglesia o de omne de su pan o por algun mezquino que non puede pagar su aduogado.

y FGN<sup>151</sup>) que tratan de la situación jurídica del excomulgado y rebelde a la Iglesia. Es también natural —sobre todo ante la falta de un registro civil o del estado de las personas— que, como medio probatorio de la paternidad cuando ésta es negada por el padre, se reconozca valor decisivo al testimonio de los padrinos o madrinas sobre el hecho de que el padre les rogó que bautizaran al hijo como suyo. Así lo establecen fuentes pirenaicas: una Compilación privada de Derecho aragonés<sup>152</sup> y varios fueros navarros, como F Viguera y Val de Funes<sup>153</sup>, F Tudela<sup>154</sup> y Fuero General de Navarra<sup>155</sup>; y, en términos similares, algún texto alemán como el *Sachsenspiegel Landrecht*<sup>156</sup>.

---

151. FGN 5,13,1. *Qui deve sacar de la glesia al ombre excomulgado*—Si el ombre excomulgado fuere á la eglesia quando tocare la campana et non quiere sayllir por los clérigos, los vezinos otros que verrán á las oras lo deven sacar al excomulgado; et si los vezinos non lo sacaren, los clérigos non han culpa nin mal estar, por que non dixieren oras mientras eyll estidiere en la eglesia.

152. *Compilación privada de Derecho aragonés*, 24. *D: filio borde quomodo se facit filium de bono homine quomodo se debet facere filium*—Debet dare paternos qui lo iurent quod est suus pater illius quod dicit, et quod rogavit illos, ut baptizarent istum suum filiatum, quod fuissent sos compadres et paternos de isto filio; quia per ferrum leuare multi se faciunt filios bonorum hominum. Et sint leuare multi se faciunt filios bonorum hominum. Et sint illi patrini, aut de illa encontrata aut de illa riberia. (J. M.<sup>a</sup> RAMOS Y LOSCERTALES, *Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media*, en AHDE, I [1924], p. 403).

153. *F Viguera y Val de Funes* 299. *De padrinos conuudados*—Et los padrinos que fucron conuudados que batizen rijo d'alguno et dicho fuere d'alguno que no es fijo suyo, valdrá su dicho de los padrinos, siquiere infancones sean o villanos.

154. *F Tudela* 54. *De criar fillos de ganancia*—... Et quando lo responde el padre ante las testimonias e dice: «non creo que esta criatura sea mía», deven luego el padre e la madre ambos ir a juicio e por fuero deuelis ser iutgado que la madre prueue con los padrinos e con las madrinas que el padre la mando batiar por suya e meter nombre e ella assi prouando deuelo rezebir el padre ... (Ms. 11-2-6, 406 de la *Academia de la Historia de Madrid*, fol. 17).

155. FGN 4,4,1. .. Et quando la creatura echan, si dize el padre delant las testimonias: non creo que esta creatura sea mia, deven luego el padre et la madre yr al iuyzio ante el alcalde, et por fuero deuelis ser iurgado que la madre prueue con dos padrinos et con tres madrinas que el padre lis rogó que la bautizaran por suya et poner nombre; et estas testimonias iurando, deve el padre rezebir la creatura por suya ...

156. *Sachsenspiegel Landrecht* I.33 Nu vernemet umme en wif, de kint

Pero lo que señaladamente interesa aquí, no es que el bautismo venga reconocido como cualificado medio de prueba en relación a la paternidad, sino que tal sacramento asuma el valor jurídico de *conditio iuris* necesaria para que el nacido llegue a adquirir capacidad de derecho.

En este punto cabe plantear la cuestión de si, en la Alta Edad Media española, se mantendría o no la exigencia jurídica visigoda de la necesidad del bautismo, cuando menos en relación a aquellos territorios en los que el *Liber Iudiciorum* conservó su vigencia y, en mayor o menor medida, fue observado: concretamente, en Cataluña, León, Galicia y Portugal<sup>157</sup>. Preciso reconocer que no he llevado a cabo un estudio exhaustivo y profundo de la documentación, y que en base a la examinada no puedo deducir un criterio determinado. Sin embargo —además del hecho general de que el *Liber Iudiciorum* es observado y aplicado, al menos en parte y de modo formal—, algunos documentos ofrecen indicios que permiten aventurar una afirmación en orden a que en este punto siguiese subsistente el Derecho visigodo<sup>158</sup>. En aná-

---

dreget na ercs manneꝝ dode unde sek barhaft wiset to der bigraft oder to dem drittegesten: wert dat kint levendich geboren, unde hevet de vrowe des getuch an vir mannen, de it gehort hebben, und at twen wiven, de her hulpen to erme arbeide, dat kint behalt des vader erve; unde stirft it dar na, it erft oppe de muder, aft se em evenbordich is, unde brikt al gedinge an des vader lene, went ir levede na des vader dode; so werdet de len den herren ledich, of it kint bewiset wert unde gesen also grot, dat it lifhaftich mochte wesen; wert it aver to der kerken gebracht openbare, swe it sut oder horet, de mut sines lives wol tuch wesen (Edición de K. A. ECKHARDT, *Sanchenspiegel Landrecht*, Gottingen 1955, p. 98).

15575. GARCÍA-GALLO, *Curso*, p. 106, dice: «En Cataluña y en León la vigencia del *Liber iudiciorum* hace que se exija que el niño viva unos cuantos días y que sea bautizado»

158. Respecto a Cataluña, hay un número relativamente abundante de testamentos que contienen disposiciones sucesorias a favor de hijos concebidos e, incluso, de hijos nacederos; pero, naturalmente, nada dicen acerca de las condiciones de viabilidad de los mismos. En este sentido, J. RIUS SERRA, *Cartulario de «San Cugat» del Vallés*, 3 vols. Barcelona I (1945), II (1946) y III (1947), números 642, 709, 711, 726, 892, 936, 939 y 950; F. MIQUEL ROSELL, *Liber Feudorum Maior*, I y II, Barcelona 1945, núm. 431, F. UDINA MARTORELL, *El «Llibre Blanch» de Santas Creus (Cartulario del siglo XII)*, Barcelona 1947, número 325 y J. SANTACANA TORT, *El Monasterio de Poblet (1151-1181)*, Barcelona 1947, núm. 87. Mayor interés ofrecen, en relación al tema que aquí se trata, aquellos documentos que, al expresar el título de propiedad de unos

logas condiciones cabría reproducir el planteamiento dentro del ámbito del Derecho de los mozárabes de Toledo <sup>159</sup>.

Lo que sí parece cierto es que la vigencia, incluso inerte y sólo residual, del *Liber Iudiciorum* pudo ejercer influencia en el Fuero Real, para que éste restableciese el bautismo como *conditio iuris sine qua non* a la adquisición de la personalidad jurídica.

Esta tendencia no es exclusiva de España sino que, en la segunda mitad del siglo XIII, se manifiesta en toda Europa Occidental. De ello nos ilustra perfectamente un pasaje de las *Coutumes de Beauvaisis* <sup>160</sup>, cuyo autor —Philippe de Beaumanoir— considera que, para determinar la capacidad sucesoria del niño, basta quede bien probado que éste haya sido oído gritar, aunque después muera, incluso tan pronto que no haya sido posible llevarlo al monasterio para ser bautizado. Seguidamente, y sin duda frente a la opinión de quienes ya entonces sostenían la necesidad del bautismo, Beaumanoir escribe este hermoso párrafo: «*Et aucun pourroit cuidier que non fissent pui que l'enfes ne fu baptisiés, et nous creons que si doit fere; car, si tost comme oirs est nes, nous creons que li drois du pere et de la mere li soit descen-*

---

bienes, invocan el de *luctuosum*: por ejemplo, *S Cugat*, núms. 148, 175, 194, 222, 237, 260, 264, 266, 395 y 617; y *Liber Feudorum Maior*, núm. 823. Pienso que se trata de la *hereditas luctuosa*, o sea la causada a favor del padre o madre por fallecimiento de un hijo. Cuando menos, algunos documentos así lo dicen expresamente: *S Cugat* núm. 222 (988, junio 10): «... *qui mihi advenit, ad me, Belliars, que vocant Lobeta, per mea compara vel per meum decimum et per luctuosum de filio meo qd. Miro, et de filia mea qd. nomine Richildis, ...*» (I, p. 187); *S. Cugat* núm. 617 (1059, mayo 14): «... *et ad me predictam Ponciam advenit per virum meum qd. Remundi Lopardi et per vocem avunculi mei qd. Mironis, clerici, et per luctuosum qd. filie mee, quam genui ex eodem predicto Remundo Miro, viro meo, vel per meum decimum, sive per qualicumque voce ...*» (II, p. 284). Se trata, pues, de una sucesión conforme al *Liber Iudiciorum* 4,2,18 (= 4,2,17 Ervigio); y es lógico pensar que esta disposición fuese aplicada no sólo en cuanto al llamamiento hereditario sino, también, en cuanto a los requisitos de viabilidad del hijo nacido (vivir cierto tiempo y ser bautizado).

159. En relación al tema que aquí se trata no he podido deducir dato alguno de los documentos publicados por A. GONZÁLEZ PALENCIA, *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, 4 vols., Madrid 1926-1930. Sin embargo, el mantenimiento del Derecho visigodo permite suponer su observancia en este punto

160. *Beaumanoir* 618. Puede verse el texto en la nota 100 de este artículo.

*«... dus temporeument et par le baptesme l'eritages de paradis esperituelment».*

Casi por los mismos años en que Beaumanoir escribía su obra <sup>161</sup>, la doctrina cristiana sobre el valor jurídico del bautismo viene expresamente acogida por otro *coutumier*, Jean Roisin, que compila el Derecho de Lille <sup>162</sup> en el luego conocido por *Le Livre Roisin*, y en el cual, en relación al *raviestissement* o comunidad universal entre cónyuges, expresamente dice que surge desde que haya habido un hijo vivo, aunque muera, siempre que se pruebe que tuvo vida y recibió el bautismo (*pruec qu'il ait li hoirs en vie et baptesme*) <sup>163</sup>. Y poco tiempo después, la misma idea viene expresada en una colección de decisiones de los *éschevins* o magistrados de Ypres (en Flandes), en una de las cuales, como presupuesto de la capacidad de un niño recién nacido, se establece que éste había fallecido cristiano, o sea después de recibir el bautismo (*et avint que cilz enfès fut mors crestiens*) <sup>164</sup>.

---

161. Según Am. SALMON, *Philippe de Beaumanoir, Coutumes de Beauvaisis*, I, París 1899 [reimpresión de 1970], p. XVI, la obra de Beaumanoir, tal como la podemos conocer, fue comenzada hacia 1280, acabada en 1283, y sufrió adiciones y correcciones posteriores hechas al azar de los acontecimientos y de las circunstancias.

162. Para R. MONIER, *Le Livre Roisin. Coutumier lillois de la fin du XIII<sup>e</sup> siècle publié avec une introduction et un glossaire*, París 1932, p. XXXV, debe ser datada entre 1280-1283 la redacción de la compilación por Jean Roisin, basada tal vez en la primitiva *coutumier lillois* verosíblemente redactada en el año 1267.

163. *Le Livre Roisin* 121: «... Et si li hom et li femme raviestissent li uns l'autre, ou il ont hoirs un ou pluseurs ensanle de leur car, vivans ou vivant, ou se li hoir ou li hoirs estoient mort ou mors, pruec qu'il ait li hoirs eut vie et baptesme, tout li yretage qu'il aroint ensanle dedens le loy de ceste ville, ausi bien chil qui venroient de par le costé del homme, que chil qu'il aquevroient ensanle, et tout li meuble catel qu'il aroient ensanle li hom et li femme, demeurent dou tout, sans nul parchonnier, au darain 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 eu et baptesme, si que dit est. Et tout autre est-il que devant est dit, de la femme bourgoise que del homme bourgois (*op. cit.*, en nota anterior, p. 79) Sin aludir al requisito del bautismo, la misma doctrina establece el § 113: «. . Car s'il ont eut enfant ensanle, en mariage, li raviestissements est boins, sans aler devant eschevins, soit li enfes mors ou en vie...» (*op. cit.*, pp. 75-76).

164. *Tout lieu de Sant-Dilsier ou recueil de consultations par les échevins de cette ville aux magistrats d'Ypres* «168. Item, dou fil Botier et de Colette,

Para Alemania, la primera segura datación del mismo principio se encuentra en 1328, en el *Freisinger Rechtsbuch* (de Ruprecht von Freising), donde se exige que, mediante el testimonio de dos mujeres presentes en el parto, se pruebe que el niño llegó a nacer y que ha sido bautizado (*mag den fraw erzingen mit zwain frawen, di dâ pei gewesen sint, dô das chint geporen ist worden, und di es getauft habent*)<sup>165</sup>. Tal criterio se reitera en fuentes germánicas posteriores, ya del siglo XVI<sup>166</sup>.

En *Fleta*, obra jurídica inglesa de fines del siglo XIII, aparece cla-

---

filie Waurin, le paalier. Cilz Botiers out ceste Colette à femme, et ala de vie à mort cilz Botiers, et demoura celle Colette ensainte de coluy Botier, et delivra d'un enfant; et avint que cilz enfès fut mors crestiens, si weut avoir la dicte Colette sa meire la moitié de ce que li enfès avoit, pour ce que plus n'en avoit dou dit Botier; et uns autres filz Botier, fillastres à la dicte Colette, ne weut miez que celle Colette en ait riens, pour ce que la descendue muet de par son peire Botier: Si vous demandons, eschevins, se la dicte Colette y panra riens en la descendue de son enfant ou non De ceste article, pour ce que la meire n'at plus d'enfans, elle partira la moitié de l'avoir l'enfant, selonc la loy que nos tenons» (L. GILLIODTS-VAN SEVEREN, *Coutumes des pays et comité de Flandre Quartier d'Ypres Sources et développement de la Coutume d'Ypres*, II, Bruselas 1908, p. 128)

165. *Freisinger Rechtsbuch* 177 *Von witiben*—Um weu man di witiben in ir stuol schull lazzen *siczen* jâr und tag, daz wellen wir euch lân wizen Ob deu fraw eines erbens swanger ist worden, daz erzaiget si wol in der weil; und hât der wiert pruoder oder swester gehabt, di sullen sei nich benoetten um den erbtail von ir pruoder, untz daz das jâr ein ende hât. Idoch sullen si den erbtail in ir garm haben, des si dâ warttent sin von ir pruoder Und ist daz deu frawe ein chint gewint in dem jâr, und daz das chint di vier went beschawet, sô hât es gecrbt seines vater guot. Und erbet di muoter auf ir chint; das chint gaechtaufent di frawen und stirbet dar nâch gaechling, die erben jehent, si sein nu di naechsten erben und in sey der erbtail ledich worden von ir pruoder. wir sprechen: nicht; mag deu fraw erziugen mit zwain frawen, di dâ pei g wesen sint, dô das chint geporen ist worden, und di is getauft habent, und mit dem pfaffen, der is in den freithof gelaet hât, sô hât deu muoter behabt ir chindes erbtail und ist si der naechst erb ir chindes Idoch ist den erben daz lêhen ledich worden, ob das chint icht lêhens solt gehabt haben, und sol di frawe denn mit den erben taylen als vorgeschriben stêt (Edición de H.-K. CLAUSSEN, *Freisinger Rechtsbuch*, Weimar 1941, p. 202). La traducción de este texto al alemán moderno figura en la p. 203.

166 Así, los siguientes textos que cita BRUNNER, *Die Geburt*, p. 65: el *Landrecht von Saanen* (cantón de Berna, Suiza), de 1598; el *Rechtsaufzeichnung fur Drenthe* (Holanda), de 1572; y el *Vordstrander Landrecht* (Silesia, Alemania) El valor jurídico del bautismo dará lugar al proverbio *Kindtaufe bricht Ehestiftung*, y a su variante *Kindezeugen bricht Ehestiftung*

ramente la necesidad del bautismo como requisito de capacidad del recién nacido, pues, por vía de excepción, admite respecto del *nasciturus* la validez de la donación a favor de éste, *eciam si nomen a baptismo nondum recepit*<sup>167</sup>.

La influencia del cristianismo se acusa también, y por la misma época, en el Derecho de los pueblos nórdicos. Así, en Suecia, las *Leyes de Upland* (año 1296) requieren que el hijo sea bautizado para que tenga plena capacidad de derecho<sup>168</sup>.

Pero es en España, y concretamente en el Derecho de Castilla, donde antes tiene lugar una terminante afirmación del principio jurídico de que, para adquirir personalidad, el hijo nacido ha de ser bautizado. El *Fuero Real*<sup>169</sup> se plantea, al igual que el *Liber Iudiciorum* y los fueros

---

167. *Fleta* III,4. *De donacione facta pluribus*: ... Item fieri poterit donacio pluribus pueris nominatis et non nominatis, presentibus et absentibus, natis et nasciturus, per tutores tamen. Ipse enim possidet cuius nomine possidetur eciam si nomen a baptismo nondum recepit (H. G. RICHARDSON y G. O. SAYLLES, *Fleta*, III, Londres 1972, pp. 7-8).

Compárese con el siguiente pasaje de *Bracton* II,11,2 *Si pluribus bastardis simul de concubina*: ... Item fieri poterit donacio pluribus pueris tam nominatis quam non nominatis, et tam natis quam nascituris, et tam absentibus quam presentibus, et ita quod si minores sint et eis tutor detur, ubicumque fuerint praesentes vel absentes, nati vel nascituri, adquiritur eis per tutorem qui nomine eorum fuerit in possessione, quia ipse possidet cuius nomine possidetur, ..» (S. E. THORNE, *Bracton, De legibus et consuetudinibus Angliae*, II, Cambridge-Massachusetts 1968, p. 95). El inciso que figura en *Fleta* (esto es, *eciam si nomen a baptismo nondum recepit*) ofrece toda la apariencia de una interpolación realizada con fines aclaratorios.

168. Utilizo la traducción francesa de L. BEAUCHET, *La Loi d'Upland*, París 1908. El *Libro de las Sucesiones* XI,1 dispone: «Si les parents disent que le petit-fils était mort-né, et si le défendeur répond alors que l'enfant est né vivant et que l'enfant a tété le sein de sa mère, et que l'on voyait ses orgles et ses cheveux, le témoignane d'une femme vaut ici celui de deux hommes; la mère peut alors succéder a son fils» (pp 90-91). Señala Beauchet que aun cuando la ley no lo dice, es preciso admitir que el niño no puede heredar más que si ha sido bautizado (p 91, nota 16). Por lo demás, así parece confirmarlo el siguiente texto del *Libro de Manhaelghi* XI,7: «Si un enfant non baptisé est tué, l'amande n'est pas élevée que quarante marks» (p. 124).

169.F *Real* 3,6,3. *Como deben ser escriptos los bienes del defuncto quando la muger quedare preñada, è no hobiere otros fijos del marido* —Si el que murie re dexare su muger preñada, è no hobiere otros fijos, los parientes mas propinquos del muerto en uno con la muger escriban los bienes del muerto ante el Alcalde è tengalos la muger, è si despues nasciere fijo, ò fija, è fuere baptizado,

del grupo de Cuenca, el supuesto de *patre defuncto* sin dejar descendencia, pero cuya mujer se halla embarazada y que, posteriormente, da a luz un hijo póstumo; y la solución es precisa y terminante: «*é si la criatura muriere ante que sea baptizada, hereden su buena los parientes mas propinquos del padre, é no de la madre é si despues que fuere baptizada muriese, heredelo la madre*». Este texto pasa, idéntico, al *Fuero de Briviesca*<sup>170</sup> y, asimismo, a la versión portuguesa del *Fuero Real*<sup>171</sup>, por lo cual, y ante la ausencia de disposiciones en las fuentes del Derecho de Portugal<sup>172</sup>, cabe pensar la posibilidad de que en este reino fuese

---

haya todos los bienes del padre; è porque no se pueda facer engaño en la nascencia del fijo, ò de la fija, el Alcalde con los parientes sobredichos pongan dos mugeres buenas, al menos que estén delante à la nascencia con lumbrè: y no entre otra muger à aquella hora fuera aquella que la hobiere à servir à la paricion; y esta sea bien catada, que no pueda facer engaño: è si la criatura muriere ante que sea baptizada, hereden su buena los parientes mas propinquos del padre, è no de la madre: è si despues que fuere baptizada muriere, heredelo la madre.

170. *F Briviesca* 3,6,7. *Cómo deben ser escriptos ante el Alcalde los bienes del difunto cuando la muger quedare preñada e no hoviere otros fijos del marido* (J. SANZ GARCÍA, *El Fuero de Verviesca y el Fuero Real*, Burgos 1927, p. 221, señala este texto como equivalente a *F Real* 3,6,3).

171. *F Real* III, *Titulo das heranças*, 451-464. Se o que morre lexar a molher prenhe e nõ ouuer outros fillos. Os parentes mays prouincos de morto uaa cû na molher e escreuã o auer do morto per dantos alcaydes e tenha o a molher. E se depouys naser filho ou filha e for baptisado aya todo o auer do padre E per que sse non possa fazer Engano en a nacença do fillo ou da filha. O alcayde connos parentes subreditos ponham duas molheres boas al meos que esten cu lume deante en a nacenç e nõ entre y outra molher aaquella ora que ouuer a parir foras ende aquella este que deue seruir a pariçõ. E seya ben catada que nõ possa fazer y outro engano. E se a creatura morrer ante que seya baptisada herden aquella que perteece sa bõa. Os parentes mays prouincos de parte de padre e nõ de madre (A. PIMENTA, *Fuero Real de Alfonso X, o Sábio. Versão portuguesa do século XIII*, Lisboa 1946, p. 94).

172. Salvo *F Castello-Bom* 81 (vid. el texto en la nota 115), evidentemente relacionado con el grupo de fueros españoles de Coria, Cáceres y Usagre, no he podido encontrar en las fuentes jurídicas de Portugal alusión alguna a los requisitos exigidos para que el hijo nacido sea considerado capaz de heredar o de transmitir derechos. He consultado los textos contenidos en *Portugaliae Monumenta historica. Leges et consuetudines*, 2 vols., Lisboa 1868 [reimpresión de 1967, Kraus Reprint]; y las *Ordenações de Senbor Rey D. Affonso V Colleção de Legislação antiga e moderna do Reino de Portugal*, 5 vols., Coimbra 1792.

observada la misma doctrina. El Fuero Real parece haberse inspirado en el *Liber Iudiciorum*, con omisión de toda exigencia de término de vida en el recién nacido, respecto al que basta ser bautizado<sup>173</sup>. Con ello, el Fuero Real viene a consumir el camino iniciado por la reforma de Ervigio (*decem diebus, vel amplius sive infra*), que había minimizado el requisito del tiempo, pues prescinde de éste por completo, como asimismo abandona el plazo de nueve días que habían fijado los fueros de la familia de Cuenca. Por el contrario, el Fuero de Soria —en general muy influido por el Fuero Real<sup>174</sup>— mantuvo el mismo criterio del grupo conquense respecto al término de nueve días de vida y, por el contrario, no exigió el bautismo<sup>175</sup>.

Finalmente hay que señalar aquí que la revitalización del *Fuero Juzgo*, por su reafirmación y extensión a todos los habitantes de Toledo<sup>176</sup>, y por vía de concesión como fuero local a numerosos lugares

173. GARCÍA-GALLO, *Curso*, p. 107.

174. Galo SÁNCHEZ, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid 1199, pp. 258-274, al considerar la influencia del F Soria sostuvo decididamente que éste había sido utilizado como fuente por los redactores del F Real Julio Puyol, en el informe que sobre dicha obra presentó a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, formuló reparos a la tesis de Galo Sánchez, y consideró mucho más probable que el F Real haya sido la fuente del de Soria en la última fase de éste, que es la que nos ha llegado (*Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, XI, cuaderno tercero, Madrid 1924, pp. 203-207). Esta objeción de Puyol quedó en el olvido; y durante largo tiempo fue opinión común, compartida por los historiadores del Derecho, que el F Soria se contaba entre las fuentes utilizadas para la redacción del F Real. Ya hace algunos años que el profesor Rafael GIBERT, rompiendo con esa *communis opinio*, sugirió la hipótesis de que la relación entre ambos fueros pudiera ser la inversa (*El Derecho municipal de León y Castilla*, en AHDE, XXXI [1961], p. 734; y, posteriormente, en *Historia general del Derecho español*, Granada 1968, p. 46). Gonzalo MARTÍNEZ DíEZ, *El Fuero Real y el Fuero de Soria*, en AHDE, XXXIX (1969), pp. 454-562, ha probado que las coincidencias entre el F Real y el F Soria —en la versión que de éste nos ha llegado— obedecen a que los redactores del último recibieron muchos pasajes del F Real, que fue una de sus fuentes más importantes.

175. F Soria 319 y 323. Estos pasajes han sido reproducidos en las notas 127 y 128.

176. Sobre esto los recientes estudios de A. GARCÍA-GALLO, *Los Fueros de Toledo*, en AHDE, XLV (1975), pp. 341-488; y de M.<sup>a</sup> Luz ALONSO, *La perduración del Fuero Juzgo y el Derecho de los castellanos de Toledo*, en AHDE, XLVIII (1978), pp. 335-377.

de Andalucía<sup>177</sup> y del Levante español<sup>178</sup>, supondría también la generalización de la misma doctrina de necesidad del bautismo, sin precisar término mínimo de vida, ya que el Fuero Juzgo recogía la fórmula de Ervigio, que prácticamente representaba la supresión del requisito del plazo, como lo demuestran las palabras «*si el fijo ó la fija visquieren X. dias, ó mas ó menos, é fuere baptizado*»<sup>179</sup>. De ahí que Arias de Balboa —en sus glosas al Fuero Real, escritas en el siglo XIV— con razón pudiera afirmar la concordancia entre F Real 3,6,3 y F Juzgo 4,2,19<sup>180</sup>.

6. «QUI CONTRA FORMAM HUMANI GENERIS CONVERSO MORE PROCREANTUR».

Para concluir el examen de las fuentes jurídicas medievales conviene hacer mención de ciertas obras en las que se acusa decididamente la recepción del Derecho justiniano, y que de éste toman determinados pasajes acerca de las condiciones que exigen al recién nacido, especialmente en el sentido de no considerar como hijos *qui contra formam humani generis converso more procreantur*.

En Inglaterra merecen ser reseñadas las obras de *Bracton*<sup>181</sup> y de

177. Así, en Córdoba, Sevilla, Carmona. Vid GARCÍA-GALLO, *op cit.* en nota anterior, p. 456.

178. A Mula, en 1245; a Cartagena, en 1246; a Alicante, en 1252; a Orihuela, en 1265 y 1271; y a Lorca, en 1271. J. TORRES FONTES, *Colección de documentos para la Historia del Reino de Murcia III Fueros y privilegios de Alfonso X el Sabio al Reino de Murcia*, Murcia 1973, docs núms. 7, 8, 9, 13, 14, 69, 106 y 114

179. F Juzgo 4,2,19. *Cuemo deven los padres ganar la eredad de los ninnos*—El padre muerto, si el fiio ó la fiia visquieren X dias, ó mas ó ménos, é fuere baptizado, quanto quel pertencie de la buena del padre, todo lo deve aver la madre E si la madre muriere, otrosí el padre non puede aver la buena que avie á aver del fiio ó de la fiia de parte de la madre, fueras si mostrare quel fiio ó la fiia viscó X. dias, o mas ó ménos, é fué baptizado ... (REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Madrid 1815, p. 72).

180. «Esta ley [F Real 3,6,3] acuerda con la XIX ley, del título IIº, del IIIº libro, Fuero Judgo, diz que deve bevir la criatura diez dias, e ser bautizada» (J. CERDÁ RUIZ-FUNES, *Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla*, en AHDE, XXI-XXII [1951-1952], p. 936).

181. *Bracton* I,6,7. *Qui dici poterunt liberi et computari debeant inter pueros et qui non*—Item qui ex damnato coitu nascuntur inter liberos non compu-

*Fleta*<sup>182</sup>, donde se reproducen los textos justinianos según los cuales no se computan como hijos los monstruosos o prodigiosos que contra forma del género humano han sido procreados; sin que, por el contrario, tal exclusión sea aplicable a aquellos casos en que el nacido tenga más o menos miembros de lo normal. Y el curioso libro llamado *Mireur a Justices* (escrito hacia 1289)<sup>183</sup> requiere, para que el nacido sea reputado hijo, que éste no sea *monstrie*<sup>184</sup>.

---

tantur, sicut ex adulterio et huiusmodi. Item qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aut prodigiosum sit enixa. Partus autem qui membrorum officia ampliavit, ut si sex digitos habeat vel si quatuor tantum vel si tantum unum, talis inter liberos connumerabitur (S E THORNE, *Bracton De legibus et consueudinibus Angliae*, II, Cambridge-Massachusetts 1968, p. 31) — *Bracton* II,32,5. *Item de eodem quod vicecomes faciat eam venire coram iustitiarius apud Westmonasterium* — .. Dicunt enim quidam, licet alii sint in contraria opinione, quod mulier tempus pariendi etiam per unum diem excedere non potest, nisi forte partus in utero mortuus sit, vel ad monstrum declinaverit cum discrimine matris. Anticipare tamen potest tempus pariendi et parere praemature, et si monstruosum vel prodigiosum enixa fuerit, partus ille inter liberos non computabitur vel connumerabitur quantum ad successionem. Partus autem qui membrorum officia ampliavit, ut si sex digitos habeat in una manu, vel minuit, ut si non nisi quatuor tantum, tamen quia aliquatenus videtur esse effectus ut homo, inter liberos connumerabitur quoad successionem (*op cit*, II, pp. 203-204). El pasaje correspondiente a I,6,7 parece claro que Bracton lo tomó de Azo de Bolonia. La influencia de este último en la obra de Bracton ha sido estudiada por F W MAITLAND, *Select passages from the works of Bracton and Azo*, Londres 1894 [reimpresión de 1978]; *vid* la introducción, pp. IX-XXXIII; y, respecto al punto concreto aquí indicado, pp. 57 y 60

182. *Fleta* I,5. *De diferencia puerorum* — Nati autem ex cohitu dampnato, sicut in adulterio et huiusmodi, manzer autem spurius, nothus, aliique ex cohitu geniti dampnato nec hii qui contra forman humani generis conuerso more procreatur, vt si mulier construosum aut prodigiosum fuerit enixa, inter liberos con computentur Partus tamen cui natura aliquantulum membra ampliauerit vel diminuerit non tamen superhabundanter, vt si sex digitos vel nisi quatuor habuerit, bene debet inter liberos connumerarari (H. G. RICHARDSON y G O. SAYLLES, *Fleta*, II, Londres 1955, pp 14-15).

183 Este libro, al igual que otros ingleses de la misma época, se halla escrito en francés, entonces idioma oficial en Inglaterra. Sobre el carácter singular de esa obra, *vid* la introducción de F. W. MAITLAND, en la edición de W. J. WHITTAKER, *The Mirror of Justices*, Londres 1893 [reimpresión 1978], pp. IX-LV

184. *Mireur a Justices* IV,16. *De Jugement Domicide*: . . Des enfaunz occis distinctez, li que il soient occis es ventres des meres ou pus lur nativite; el primer cas nest nul homicide jugeable pur ceo que nul ne poet juger enfant avant ceo

En Francia, la obra titulada *Livre de Jostice et de Plet* reproduce la misma doctrina romanística de no considerar como hijos a los que nacen contra naturaleza, a manera de bestias; aunque sí se cuentan como tales aquellos que tienen más o menos miembros que los acostumbrados<sup>185</sup>.

Respecto a Castilla, las *Partidas* recogieron, naturalmente, el Derecho romano, en pasajes que cabe sintetizar así: a) es preciso que los hijos nazcan vivos, pues «los fijos que nascen muertos, que son assi como non nascidos, nin criados»<sup>186</sup>; b) se requiere, además, que tengan figura humana, pues no se reputan como hijos «los que nascen en figura de bestia, o contra la usada costumbre de la natura, que son como fantasmas»<sup>187</sup>.

---

qil soit veu el secle le quel il soit monstrie ou non (*op. cit.* en nota anterior, p. 139).

185. *Livre de Jostice et de Plet* I,8,3. ... Cil qui naissent contre nature, est menière de bestes, ne ne sont pas conté ou les frans; et cil qui nest ou plus membres que n'est coutume, será conté o les frans (RAPETTI, *Li Livres de Jostice et de Plet*, Paris 1850, p. 55), Advierte Rapetti (*cit.*, p. 55, nota 3) que el *coutumier* autor de la obra ha traducido defectuosamente del Digesto la palabra *liberi* (= hijos por *frans* (= libres).

186. *Partidas* 6,6,16: ... E estonce, si el fijo, o la fija nasciere biuo, el aura la heredad, e los bienes del padre ...—*Partidas* 7,33,8: ... Otrosi dezimos, que los fijos que nascen muertos, que son assi como non nascidos, nin criados; e por esso non se quebranta por ellos el testamento que el padre, o la madre ouiessen fecho ...

187. *Partidas* 7,33,8: ... E otrosi dezimos, que los que nascen en figura de bestia, o contra la usada costumbre de la natura, que son como fantasmas, no son dichos Fijos.—*Partidas* 4,23,5. *De la criatura que nasce de la muger preñada, non auiendo forma de ome.*—Non deuen ser contados por fijos, los que nascen de la muger, e non son figurados como omes; assi como si ouiessen cabeça, o otros miembros de bestia. E porende non son tenudos el padre, nin la madre, de heredarlos en sus bienes; nin los deuen auer, maguer sean establecidos por herederos. Mas si la criatura que nasce, a figura de ome, maguer aya miembros sobejanos, o menguados, nol empesce, quanto para poder heredar los bienes de su padre, o de su madre, e de los otros parientes.

## D) DERECHO DE LA EDAD MODERNA

### 1. INDICACIÓN GENERAL

Las fuentes jurídicas de la Edad Moderna presentan escaso número de datos sobre el tema. En el siglo XVI, hay textos legales de Suiza, Holanda y Alemania que consideran el bautismo como condición necesaria para que el nacido adquiriera la capacidad jurídica<sup>188</sup>. En Francia, los autores<sup>189</sup> reproducen y aceptan los pasajes del Derecho justinianeo referentes al nacimiento y circunstancias de éste. Nos limitaremos a estudiar el desarrollo de la cuestión en los distintos reinos hispánicos.

### 2. CASTILLA

En el Derecho castellano de los siglos XIV y XV debió ser materia dudosa e insegura la relativa al nacimiento y condiciones de viabilidad. De una parte, los fueros municipales de Cuenca y demás emparentados, así como el Fuero de Soria, exigían que el hijo viviese nueve días; de otra, el Fuero Juzgo requería que el nacido recibiese el bautismo y que viviese por término de diez días, o más o menos; mientras que el Fuero Real sólo consideraba necesario que el niño naciera vivo y fuese bautizado; y las Partidas, a su vez, recogían los principios del Derecho romano. A todo ello hay que añadir la influencia doctrinal de este último Derecho, sin olvidar la del Derecho canónico en relación al valor jurídico del sacramento del bautismo.

Algo nos explica al efecto Gregorio López (en su glosa a Partidas 6,6,16) pues, luego de contraponer los criterios de esta última ley y de la ley 13 de Toro, dice: «*per quam legem fuerunt sublata multa dubia, quae erant de jure communi, et propter istam legem Partitarum, et l. 3, tit. 6, lib. For. II*». (F Real 3,6,3)<sup>190</sup>. Acerca de la confusión entonces existente insistirán posteriormente otros autores castella-

188. Véase la nota 166.

189. C.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire du Droit et de pratique, contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes & de Pratique* 3.<sup>a</sup>, I, París 1749, p. 836; y D. LE BRUN, *Traité des Successions*, París 1775, lib. I, cap. IV, sect. I, pp. 49-52.

190. *Los Códigos españoles concordados y anotados* IV. *Código de las Siete Partidas*, Madrid 1848, p. 90, Part. 6,6,16, glosa *nasciere biuo*.

nos<sup>191</sup>. Y las propias Leyes de Toro (año 1505), en su ley 13, parten del siguiente planteamiento: «*Por evitar muchas dudas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recién nacidos, sobre si son naturalmente nacidos, ó son abortivos...*». Con el fin de esclarecer tal situación, la expresada ley exigió, para que el hijo fuese considerado como tal y con capacidad de heredar, estos tres requisitos: que naciera *vivo todo*, que después de nacer viviera veinticuatro horas naturales y que fuera bautizado antes de que muriese<sup>192</sup>. Es decir: del Fuero Real y del Fuero Juzgo fue recibida la imposición del bautismo; el impreciso plazo de diez días, o más o menos, que el Fuero Juzgo establecía, quedó rebajado a un solo día (veinticuatro horas naturales); y, finalmente, fue añadida la condición de que el hijo *nació vivo todo*, quizá en relación con la de *figura humana* —que constaba en las Partidas<sup>193</sup> y en el Digesto<sup>194</sup>— o, tal vez, como un reflejo de la expresión del *Codex* (6,29,3): *si vivus ad orbem totus processit*. Con lo cual se despertaba la duda de si podía tratarse de la exigencia de viabilidad.

Pero, además, —como señala Maldonado—, las Leyes de Toro añadieron una nueva complicación a la regla, pues «*si por el ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento claramente se provase que nas-*

191. Ildefonso PÉREZ DE LARA, *Compendium vitae hominis in iure fore et poli, a ventre concepto, usque ad perfectam aetatem et senectam*, cap. decimum, núm. 51, Pintiae 1629, p. 130: *Et licet iure communi & Regio Partitarum sufficeret ad succedendum, quod foetus vivus nasceretur, licet statim decederet, l. 2 & 3. C. de post. haered, instituend l. 26. tit. 6. part. 6. tamen per l. 13. Taur. plura hodie requiruntur, nempe quod totus vivus nascatur: quod viuat per vigintiquatuor horas: & quod sit baptizatus Per quam legem multa dubia de iure communi, & Regio partitarum iam esse sublata, ait Greg d. lib. 16 tit. 6. part. 6. verb. *naciere viuo**

192. *Leyes de Toro* 13. *Por evitar muchas dudas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recién nacidos, sobre si son naturalmente nacidos, ó son abortivos. Ordenamos y mandamos que el tal hijo se diga que naturalmente es nacido, y que no es abortivo, quando nació vivo todo, y que despues de nacido vivió xxiiij. horas naturales, y fue bautizado antes que muriese y si de otra manera nacido murió dentro del dicho termino, ó no fue bautizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abortivo, y que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni a sus ascendientes; pero si por el ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento claramente se provase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente: mandamos que aunque concurran en el dicho hijo las calidades susodichas, que no sea avido por parto natural ni legitimo.*

193. *Partidas* 7,33,8; y 4,23,5. *Vid.* en la nota 186

194. *D* 1,5,14. *Vid.* en la nota 31.

ció en tiempo que no podía vivir naturalmente», no era tenido «por parto natural ni legitimo». Se mezcla, pues, el criterio de legitimidad con las condiciones naturales, recogiendo la última parte de la regla romana de las Partidas, pero con una formulación más confusa y sin indicar claramente que sólo se refiere al problema de la legitimidad y de la adquisición de la herencia del padre <sup>195</sup>.

Este confusionismo no dejó de manifestarse en algunos comentaristas, como Juan Guillén de Cervantes <sup>196</sup>, Pedro Nolasco del Llano <sup>197</sup> y el *Febrero* <sup>198</sup>. Otros, por el contrario, supieron distinguir ambas cuestiones: y así Antonio Gómez <sup>199</sup>, Alfonso de Azevedo <sup>200</sup> y Sancho de Llamas y Molina <sup>201</sup> estimaron que, para la adquisición de capacidad por el hijo, se precisaba la concurrencia de estos tres requisitos: nacer vivo todo, vivir al menos veinticuatro horas naturales y ser bautizado. Por lo demás, los comentaristas plantearon cierto número de cuestiones en relación a la Ley 13 de Toro, entre ellas la del alcance de su aplicación <sup>202</sup>.

Hay que recordar que esa ley pasó inalterada a la *Nueva Recopilación* (5,8,2) y, posteriormente, a la *Novísima Recopilación de Castilla* (10,5.2); asimismo influyó en el Derecho de otros reinos españoles, y constituyó el Derecho vigente hasta la codificación.

195 MALDONADO, *La condición*, p. 165.

196. *Prima pars Commentariorum in Leges Tauria*, legis decimae tertiae, Madrid 1594, fols. 225-231.

197. *Compendio de los Comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid 1785, pp. 71-72.

198. *Febrero, ó Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, por el Ilustrísimo Señor Don Florencio García Goyena y don Joaquín Aguirre, I, Madrid 1841, pp. 5-6.

199. *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, comentarii in legem XIII, edic. Lugduni 1733, pp. 91-93.

200 *Comentariorum iuris civilis in Hispaniae Regis Constitutiones*, lib. 5, tít 8, lex 2, edic. Madrid 1612, II, pp. 248-250

201. *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro 2ª*, Madrid 1852, pp. 126-131

202. Importa destacar que AZEVEDO (*op cit*, en nota 200, lib 5, tít 8, lex 2, núms. 7 y 8, II, p 249), basándose en la expresión de la ley 13 de Toro (*no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes*) trató de reducir la aplicación de tal ley a la sucesión entre ascendientes y descendientes, y recíprocamente; y por el contrario, entendió que las sucesiones entre otras personas quedaban sometidas al Derecho común.

## 3. NAVARRA

La realidad jurídica navarra debía ofrecer, al comienzo del siglo XVI, una situación no bien definida en relación al tema que aquí se trata.

Aparentemente, los textos de esa época parecen constituir una perfecta *iuris continuatio* del Derecho navarro de la Edad Media. El proyecto de compilación foral comunmente conocido por *Fuero Reducido* (terminado en 1528, y que no llegó a obtener la sanción real), reproduce fielmente los criterios del Fuero General y de algunos fueros locales: el hijo tiene capacidad para adquirir una herencia y para transmitirla, aunque muera *antes de llegar en perfecta hedat*, siempre que *salga del vientre de su madre e buo benga a luz*<sup>203</sup>. Es decir, basta el

---

203. *F Reducido* 3,2,9 *Como la madre muerto el padre deue partir con sus hijos.*—Ordenamos por fuero que si el marido muere primero que la muger teniendo hijos de bendicion, y la muger que es madre de los hijos quisiere partir su heredad con ellos queriendose casar, o no casando, y el marido le ha heredado a ellas las arras, en esta partición deuen ser asignadas las arras a los hijos antes que partan la heredad, pero la madre las terna y gozara durante sus dias, con pacto y condicion que no las pueda vender ni empeñar ni enagenar, y muerta la madre fincaran libres y quitas estas arras a los hijos; si al tiempo quel marido muere no hubiere entre ellos hijos de bendicion, y el marido hubiere dado las arras ala muger, muerto el marido la muger terna fialdad y biudage en las arras, y muerta ella tornaran las arras a los herederos deudos de linage de su marido si el marido no hubiere hecho donación a la muger de las dichas arras, y si hubiere hijos o hijas, como arriua es dicho, y los hijos, o hijas mueren ante que la madre y antes de llegar en perfeta hedad es assauer el varon de catorze años y la muger hembra en doze años, las dichas arras deuen heredar la madre como heredera suya propia segun fuero, y esto a lugar naciendo el hijo, o hija en vida del padre, o muerto el como dicho es, y también quedando ella preñada al tiempo de la muerte de su marido solamente quel hijo, o la hija salga del vientre de su madre e buo benga a luz, la madre heredara las dichas arras (*Archivo General de Navarra*, ms. 6, fols. 83-84 v°).—*F Reducido* 6,12,14. *Que salua deue hazer de muger preñada quando alguno le dize que no es preñada de aquel que ella dize.*—Si algun pariente, o entenado reptare a la muger preñada en la corte o ante alcalde, diendole tu te empreñaste despues que murio mi padre o pariente y no eres preñada del vien le podra embargar el mueble y dezirle que no aparten en ninguna cossa hasta que sea juzgado, en tal caso fuero es que se descriua y se asiente el día quando murio aquel hombre que ella dize de quien finca preñada y cuentense los meses y los días, y si esta muger pariere en tal tiempo que venga a parir al quento como pueda ser conocida verdad, y si se halla que era preñada ante quel marido. o aquel hombre muriese, y la criatura saliese a luz, el que la

nacimiento con vida; no se exige que esta vida se prolongue durante determinado tiempo, ni que sea bautizado el hijo o que éste ofrezca ciertos signos o manifestaciones de vitalidad.

Pocos años después, Juan Martínez de Olano escribe su *Concordia et noua reductio*, en la que expone las antinomias y diferencias entre el Derecho común (o romano), el de Castilla y el de Navarra; y en el extremo que aquí se trata no hace sino contraponer la doctrina del Derecho romano y la del Derecho castellano (según la Ley 13 de Toro), mas sin hacer alusión alguna a los fueros navarros<sup>204</sup>.

A la vista de ello cabría pensar en la permanencia, y pacífica aplicación, del criterio sencillo y claro del Fuero General y de varios fueros locales. Sin embargo, no es aventurado suponer que la práctica jurídica navarra daría lugar a interpretaciones discrepantes e inseguras en orden a las circunstancias exigibles para que el hijo nacido fuese reputado vivo y con capacidad. Para ello basta considerar: por un lado, la vigencia del Derecho romano, oficialmente reconocido como supletorio del de Navarra por la ley 9.ª del cuaderno 11.º de las Cortes de Pamplona de 1575<sup>205</sup>; de otro, la creciente penetración del Derecho cas-

---

acusa y la repta deue pagar por fuero si fuere muger casada sesenta libras, y si fuere amiga, o mançeba de hombre muerto pague de calonia treynta libras al Rey, o al señor, y esta madre si la criatura muriere ante que tenga perfecta edad buiendo ella deue heredar todo lo mueble y heredad que pertenezca a esta criatura por que fue reptada (*id.* fols. 156 vº-157).

204. J. MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia et noua reductio antinomiarum iuris comunis, ac regij Hispaniarum: in qua verae horum iurium differentiae, & quam plurium legum regiarum, communiumque intellectus, & recepta praxis causarum forensium explicantur. Cui addite sunt differentiae, ac concordiae inter ius regium, & regni Nauarrae*, Burgos 1575, pp. CXC-CXCI, N, núms. 1-2; «Naturaliter natus dicitur, qui uiuus nascitur, licet vocem non emittat: dum tamen integer nascant, ad monstrum non declinans, iure ciuili l. vxoris, cum sequem. C. de posth, haeredi. instit. Iure regio per l. 13. Tauris praeter supra dicta debet viuere vigintiquatuor horas, & baptizari: alias non dicitur naturaliter natus. est. l. 2. titu. 2, lib. 5. recopil. Villalobos. Ex hac lege resecatur alia doctrina gl in. l. 1. C. de posth hered. insti. quae dicebat, quod natiutate posthu. rumpitur testamentum patris ipso iure, licet statim moriatur. iure nostro non rumpitur, nisi predicta concurrant. Villalo».—Y p. CCXII, P. núm. 48: «Posthumus iure communi est haeres patri, licet incontinente moriatur. l. zxoris abortu. C. de posthu. Iure regio requiritur quod sit baptizatus, & vixerit vigintiquatuor horas l. 13. Tauri. Est. l. 2. titu. 8. lib. 5. recopil. vide supra verbo, natus. Villa»

205. Nov. Rec. Navarra 1,3,1.

tellano y, en particular, de las Leyes de Toro<sup>206</sup>; y, por último, la influencia del Derecho canónico que, en relación al tema del bautismo, era coincidente con la Ley 13 de Toro.

Las dudas prácticas suscitadas, especialmente respecto a las criaturas extraídas «*por la operación cesarea, y las que mueren luego que nacen*», movieron a las Cortes de Pamplona de 1765-1766 a formular el pedimento que se contiene en la ley 52, a fin de que «*de aquí adelante todas las criaturas nacidas, ó que se extrageren del vientre de sus madres, para que se tengan por vitales y sucessibles, hayan de vivir precisamente doce horas, y recibir la saludable agua del Bautismo, y las que no lo recibieren, ni vivieren dichas doce horas se tengan por abortivas, é insuccessibles*». En el decreto de concesión (de 13 de febrero de 1766), el virrey dispuso: «*Hagasse como el Reyno lo pide, con que las doce horas sean veinte y quatro*»<sup>207</sup>. Pienso que esta mo

206 V. LACARRA Y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho civil navarro*, I, Pamplona 1917, p. 16, nota 5, cita una escritura autorizada en Los Arcos, el 10 de marzo de 1583, por el escribano Juan Quijada, en la que Juana López (vecina de dicha villa), para mayor firmeza de una obligación censal, renuncia al *Senado Consulto Veleyano* y las *leyes de Toro y Partida*

Además de tal referencia a las Leyes de Toro, la influencia de éstas en la práctica jurídica navarra se halla constatada documentalmente. Hago esta afirmación en base a tres formularios notariales inéditos, existentes en mi biblioteca particular, y que pienso se trata de copias tardías, y quizá reelaboradas, de modelos más antiguos, cuyo contenido corresponde a finales del siglo XVII o principios del XVIII. Suelo denominarlos *Formulario de Peralta*, *Libro de Notas* y *Libro de notas de Josef Francisco de Echenique*. Pues bien, de estos formularios notariales resulta lo siguiente:

a) El llamado *Formulario de Peralta*, p. 27, bajo la rúbrica «*Otras advertencias que convienen también a los escribanos, para los testamentos*», al referirse al testamento por comisario o por delegación, escribe: «Que el poder obiente testamentario tiene tiempo para hacer el testamento del principal, el que está en el lugar del testador, quatro meses, y el que está fuera de él, y dentro del Reyno, seis meses, y el que está fuera del Reyno un año». El autor del formulario presenta aquí como Derecho navarro lo que no es sino copia, casi literal, de lo que dispone la ley 33 de Toro, a la que no hace referencia alguna. b) Y los tres mencionados formularios, al ofrecer el modelo del testamento abierto otorgado por persona ciega, en lugar de los siete testigos exigidos por el Derecho romano (aplicable en Navarra como supletorio del foral), requieren sólo cinco testigos, o sea exactamente lo que prescribía la ley 3 de Toro. *Formulario de Peralta*, pp. 60-63; *Libro de Notas*, fols. 23 vº-24 rº; y *Libro de Notas de Josef Francisco de Echenique*, fols. 53 rº-53 vº y 181º.

207 Cortes de Pamplona 1765-1766. Ley 52. *Se declaran las circunstancias*

dificación del plazo —veinticuatro horas en lugar de doce— respondía, posiblemente, al deseo de unificar el Derecho navarro con el Derecho castellano<sup>208</sup>. Dicha ley constituyó, respecto a tal materia, el Derecho de Navarra, y conservó vigencia no sólo hasta la promulgación del Código civil<sup>209</sup> sino, incluso, aun después de éste<sup>210</sup>. Lo que sucedía

---

*en que las criaturas deberán reputarse por abortivas, é insucesibles*—S. C. R. M. Los Tres Estados de este Reyno de Navarra juntos, y congregados en Cortes Generales por orden de V. M. decimos: Que sobre la Sucesion de las criaturas que se extraen del vientre de sus Madres, por la operación cesarea, y las que mueren luego que nacen, suelen, y pueden ocurrir muchas dudas productivas de no menos pleytos, y perjuicios á las partes interesadas, siendo la causa de todo la grande dificultad de saberse, si son abortivas, ó vitales, pues en el primer caso se contemplan insucesibles, y en el segundo capaces de heredar; y siendo preciso establecer regla, que en lo sucesivo corte, y evite tan perjudiciales resultados; nos ha parecido sería muy conveniente la que de aquí adelante todas las criaturas nacidas, ó que se extrageren del vientre de sus madres, para que se tengan por vitales, y sucessibles, hayan de vivir precisamente doce horas, y recibir la saludable agua del Bautismo, y las que no la recibieren, ni vivieren dichas doce horas se tengan por abortivas, é insucesibles. Suplicamos á V. M. rendidamente se sirva concedernos por Ley todo lo contenido en este Pedimento, que assi lo esperamos de la Augusta Clemencia de V. M. y en ello, &c. DECRETO.— Pamplona, y su Real Palacio á 13 de Febrero de 1766 Hagasse como el Reyno lo pide, con que las doce horas sean veinte y quatro.

208. F. R. 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 1781, pp 71-72, dice: «... teniendo por abortivos, é insucesible, los hijos extrahidos del vientre por la operación Cesarea, y por no nacidos, si precisamente no reciben el Bautismo, ni viven doce horas», y en nota hace expresa referencia a la ley 52 de las Cortes de 1766. Este autor parece que da prevalencia al plazo de doce horas —propuesto en el pedimento— sobre el de veinticuatro horas, que el Decreto determina. Sin embargo, no es ésta, desde luego, la opinión de los demás foralistas, como Alonso y Lacarra, cuyas citas se encuentran en las notas 209 y 210 y siguientes.

209. J. ALONSO, *Recopilación y comentarios de los fueros y leyes del antiguo Reino de Navarra, que han quedado vigentes después de la modificación hecha por la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841*, I, Madrid 1848, pp. 385-386 y 391; y B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* 2<sup>a</sup>, VI, Madrid 1878, p. 101. Por el contrario, L. MOUTON OCAMPO, en su mediocre *Diccionario del Derecho civil foral copilado y consuetudinario*, II, Madrid 1905, p. 316, voz nacimiento, hace patente, una vez más, su desconocimiento de los Derechos forales, al escribir «Derecho foral—Único

es que, de hecho, su invocación carecía de importancia práctica, ya que el plazo de veinticuatro horas coincidía con el señalado en la Ley de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870 (art. 60) y, posteriormente, en el Código civil de 1889 (art. 30); y en cuanto al bautismo, había quedado sin efecto por incompatibilidad con los criterios de las sucesivas constituciones políticas. Ello explica que tal ley no fuese recogida en los distintos proyectos de apéndice de Derecho navarro al Código civil, así como tampoco en la vigente Compilación o Fuero Nuevo de Navarra de 1 de marzo de 1973.

#### 4. ARAGÓN

El Derecho del Bajo Aragón (Teruel y Santa María de Albarracín) ofrece, en el siglo XVI, una perfecta continuidad respecto a los fueros locales de la Edad Media. En 1531, Juan del Pastor —jurista aragonés, posiblemente de Albarracín— publicó, bajo el título *Suma de fueros*<sup>211</sup>, una compilación privada de los fueros de Teruel y de Santa María de Albarracín, escrita con los fines prácticos de facilitar el estudio y la aplicación de las instituciones por ellos regulados. Sobre el tema de la capacidad sucesoria del hijo, la *Suma* reproduce separadamente, e indicando su respectiva procedencia, las soluciones de ambos fueros: a) *Segun fo. de Teruel*, no se considera capaz de suceder el

---

*Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya y Mallorca*—Ninguna particularidad formulan acerca del nacimiento las legislaciones especiales de las provincias exceptuadas, por lo cual pueden admitirse los preceptos del *Derecho común*, como reglas de aplicación general en la materia».

210. S. ECHAIDE, *Apuntes sobre la aplicación del Código civil en Navarra Libro Primero*, Pamplona 1891, pp 73-75; V. COVIÁN Y JUNCO, *El Derecho civil privado de Navarra y su codificación Estudio histórico-crítico*, Madrid [sin año], pp. 333-334; y V. LACARRA Y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho civil navarro*, I, Pamplona 1917, p 108. Todos estos autores afirman la vigencia de la ley 52 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766, salvo en cuanto a la exigencia del bautismo, incompatible con el artículo 11 de la Constitución de 1876; y reconocen que, suprimida la necesidad del agua bautismal, el Derecho navarro viene a concordar con lo que dispone el artículo 30 del C. civil.

211. El título completo de la obra es: *Suma de fueros delas ciudades de Santa María de Albarracín, y de Teruel delas comunidades delas aldeas de dichas ciudades, y de la villa de Mosqueruela: y de otras villas convezinas*, Valencia 1531.

padre o madre *si hijo o hija hasta vn año y día no biuiere*<sup>212</sup>. b) *Segun fo. de S. M.<sup>o</sup>, la madre no puede suceder si por uentura el niño hasta IX. dias no biuiere*<sup>213</sup>.

Algunos años después, tuvo lugar la última recopilación oficial de los fueros de la ciudad y comunidad de Teruel y de la villa de Mosqueruela, sancionada el 30 de mayo de 1564 por el rey Felipe I de Aragón (II de Castilla). Tal refundición, realizada por el regente Micer Gil de Luna, fue publicada por éste, en virtud de privilegio real, con el título *Fori Turolii*<sup>214</sup>. Pues bien, en esa obra son silenciados u omitidos los textos precedentes, sin establecer norma alguna sobre tal cuestión. Hay que añadir que la vigencia práctica de esta última versión del Derecho turolense fue muy breve, ya que en 1598, y por Acto de asiento del rey Felipe I de Aragón, la ciudad de Teruel y su comunidad y la ciudad de Albarracín y su tierra, quedaron incorporadas a los Fueros generales del reino de Aragón.

En el Derecho general de Aragón no aparecen nuevas disposiciones que, sobre este punto, representen alteración de la Compilación de

212 *Suma de fueros, lib III, parte primera (De los testamentos y quién puede testar), for. Del hijo que no biuira año y día quien le suceda: τ 1 de muger o concubina preñadas*—De cabo mando y establezco que de aqui adelante si hijo o hija hasta vn año y día no biuiere; todos los bienes τ possessiones del bueluan y sean de los mas cercanos parientes suyos de aquella parentela dela qual los antedichos bienes τ possessiones a el prouinieren: τ si viuiere por año y día del día que nació o nacida fuere: hasta el día que muriere, todos los bienes τ possessiones del bueluan τ sean del padre y dela madre el qual a el sobrebiuira (*Op cit* en nota anterior, fol LVIII vº). Al margen dice: «Segun fo. de Teruel».

213. *Suma de fueros, lib. III, parte segunda (Si la muger preñada pidiere los bienes pertenecientes al parto), for. De muger o concubina preñadas τ de muger o amiga que falso dira que es preñada*—Otrosi el marido que no ouiere hijos muriere. τ la muger o la concubina o amiga preñada dexara: ella tenga las cosas del defunto de ius carta Mas ella de fianças valederas que todas aquellas cosas tenga τ guarde sin daño Et si dentro .jx. meses despues dela muerte del varon la muger pariere aquellas guarde para el hijo; y entretanto de aquella substancia ella biua. Et si por uentura el niño hasta .jx. dias no biuiere: la muger todo lo de a la partición delos herederos del dicho muerto Mas si el niño .jx. dias biuire la madre herede por derecho heredamiento sus bienes. Si por ventura la muger o la amiga falsamente se hara que es preñada buelua doblado a los herederos del difunto todo lo que aura espendido segun fuero (*Op cit.* en nota 211, fol. XIX). Al margen dice. «Segun fo. de S. M.<sup>o</sup>».

214. Publicada en Valencia, ex typographia Joannis Mey.

Huesca de 1247. Ninguna alusión al tema se hace en las obras de fueristas como Miguel del Molino<sup>215</sup> y Diego Franco de Villalba<sup>216</sup>.

Un *Formulario notarial aragonés (anónimo)*, de principios del siglo XVI, inserta la antigua expresión tradicional de *salir ad lumen*<sup>217</sup>; pero, junto a ésta, considera también la hipótesis de si el hijo se abortase, o *sancto baptismo no alcançasse*<sup>218</sup>; lo que prueba una práctica jurídica que, conforme al Derecho canónico, hacía depender del agua bautismal la adquisición de capacidad jurídica por el recién nacido.

Los doctores Asso y Manuel —que, usualmente, señalan las diferencias entre el Derecho de Castilla y el de Aragón—, al tratar del nacimiento y condiciones de viabilidad exponen el sistema castellano según las Partidas y la ley 13 de Toro (Nueva Recopilación 5,8,2), o sea que el hijo cuando nazca esté todo vivo, que viva veinticuatro horas y que sea bautizado; y no hacen salvedad o distingo alguno para el reino de Aragón<sup>219</sup>, por lo que cabe presumir aceptan implícitamente la misma solución jurídica. Esta suposición se confirma por el hecho

215. *Repertorium, fororum, et observantiarum Regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilij iustitiae Aragonum practicis atque cautelis aisdem fideliter annexis*, Zaragoza 1585.

216. *Fororum, atque observantiarum Aragoniae codex, sive ennodata methodica compilatio, iure civili, ac canonico fulcita legibus Castellae conciliata, et omnigena eruditione contevta*, Editio secunda, Zaragoza 1743.

217. «Testament por notario recebido —... Si sera dos postomos y no se fara mincion sino del uno en el testamento, si sera nullo por la legitima, quierese dezir que no, pues en dicho testamento ya dexa legitima, mas esta en dudo qual sera el heredero, o si seran hombre o muger, quierese dezir que el que salira primero ad lumen otros dizen que los dos egualment» (M. ALONSO Y LAMBÁN, *Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la notaría [anónimo aragonés del siglo XVI]*, en *Centenario de la Ley del Notariado Sección Cuarta - Fuentes y bibliografía*, III, Madrid 1968, pp 272 y 278-279).

218. *Formas*, 117. «Testament por notario recebido —... fago,, dexo e insti-tuezco heredero mio universal al postomo o postoma del quai mi muger legitima tal queda segun creo preñada. La qual, si no lo fuesse o si se abortasse, o sancto baptismo no alcançase, dexo heredero mio universal a tal, . » (*Op cit* en nota anterior, pp 215 y 219)

219. J. M.<sup>o</sup> PALACIOS, *Instituciones del Derecho civil de Castilla, que escribieron los doctores Asso y Manuel, enmendadas, ilustradas, y añadidas conforme á la Real Orden de 5 de octubre de 1802, por el doctor*, 7.<sup>a</sup>, I, Madrid 1806, pp. 2-3.

de que autores aragoneses, como Manuel Dieste<sup>220</sup> y Andrés Blas<sup>221</sup>, ya con anterioridad a la promulgación del Código civil, aplican en Aragón el criterio del Derecho castellano.

## 5. CATALUÑA

La práctica jurídica catalana responde claramente a los textos del Derecho romano relativos al nacimiento del hijo. El *Formulario notarial de Francisco Zafont* (segunda mitad del siglo XVI), en sus modelos o fórmulas que contienen disposiciones a favor de un *nasciturus* exige, tan sólo, *si viuus ad lucem venerit*<sup>222</sup>. Y más tardíamente, en iguales términos se expresa el conocido formulario *Artis notariatus* de José Comes: *y viu à llum de vida pervindrà*<sup>223</sup>.

---

220. *Diccionario del Derecho civil aragonés*, Madrid 1869, voz *hijos* «Se reputa abortivo el nacido que no llega á ser bautizado, viviendo cuando menos veinticuatro horas» (p. 272); voz *nacido*: «Lo mismo que dado a luz. El Derecho no reputa hombre al nacido sin forma humana» (p. 436).

221. *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el Derecho común y con la jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo de Justicia*, Madrid 1873, p. 56. «No se reputará nacido para los efectos civiles al hijo que no hubiere nacido con figura humana y que no viviere veinte y cuatro horas, enteramente desprendido del seno materno (Ley prov. del m. civ., art. 60) La ley 13 de Toro, que es la ley 2, tít. V. lib. X Nov. Rec. exigía además el requisito de ser bautizado, no exigible hoy en virtud de la libertad de cultos, establecida por el art. 21 de la Constitución de 1.º de julio de 1869».

222. *Formulario de Zafont* (*Biblioteca Nacional de Madrid*, ms 305): «Item lego pregnatui quem dicta .t vxor mea jn. vtero suo gerit si viuus ad lucem venerit jure institutionis et pro omni parte hereditate legitima sua paterna » (fol. 849 rº). «Omnia vero &c. dimitto et concedo pregnatui quem dicta domina Constantia vxor mea jn vtero suo gerit siue masculus siue femina fuerit et plures essent et ad lucem venerint si masculi fuerint eos equis partibus heredes jnstituo vniuersales et si duo essent alter masculus alter vero femina masculus sit heres et preferatur femine, ipsa vero femina decenter matrimonio collocetur ad cognitionem dicte eius matris. Et si forte dictus pregnatus ad lucem viuus non venerit vel venerit et postea decesserit jn pupillari etate vel postea quandocunque sine liberis de legitimo et carnali matrimonio procreatis .. » (fol. 864 vº) «Omnia vero &c. dimitto et concedo pregnatui quem dicta domina Antonia vxor mea jn vtero suo gerit siue masculus siue femina fuerit et viuus ad lucem venerit, sed si forsan pregnatus viuus ad lucem non venerit vel venerit et mihi heres non erit vel erit et decesserit jn pupillari etate vel postea quandocunque sine liberis legitimis et naturalibus vno vel pluribus ..» (fol. 865 rº)

223. JOSEPH O COMES CINTILLENSI, *Viridarium Artis notariatus sive tabe-*

Autores hay, como Vives y Cebriá<sup>224</sup> y Durán y Bas<sup>225</sup>, que afirman la vigencia del Derecho romano y la no aplicación del Derecho de Castilla (ley 13 de Toro = Nov. Rec. 10,5,2). Sin embargo, a raíz de la Ley de Matrimonio civil de 1870, Brocá y Amell estimaron que las disposiciones romanas se hallaban derogadas por el art. 60 de la mencionada ley<sup>226</sup>. Y con posterioridad al Código civil, consideraba Pella y Forgas no había razones apreciables para no admitir, como vigentes en Cataluña, los arts. 29 y 30 del Código<sup>227</sup>.

---

*llionum vnetum*, II, Gerona 1706 p. 494: «*Institutio facta filijs iam natis & nascituris*—Tots los altres &c. Deix, y atorch à N. y N. fills meus, y de la dita N. muller mia, y al prenyat que dita ma muller aporta en son ventre, si mascle serà, y viu à llum de vida pervindrà à mi hereus vniversals per iguals parts, v porcions entre ells divididoras. E si algu ò alguns dels dits fills, y prenyat en cas que viu à llum de vida vindrà, y mascle serà, à mi hereu no serà, ò hereus no seràn, ó hereu ò hereus meus será, o seran: emperò morirà, ò moriràn en pupillar edat, ò après quant que quant sens fills, id est liberis, legitims, y naturales, y de legitim, y carnal matrimoni procreats, en dits casos, y quiscù de aquells: als tals, aixi morint, ò morints substituesch als sobrevivints, ò sobrevivint de aquells. Y si por ventura del dit prenyat mascle, y fembra naixeràn, lo mascle junt ab los dits fills meus nats hereu per igual parts instituesch. A la fembra emperò, si vnica serà li deixe, y llego T. II ss. &c. *Institutio facta per patrem posthumo, & alijs filijs nascituris, ordine successivo*—Tots los altres &c. Deix, y atorch, y a mi hereu vniversal fas, è instituesch lo prenyat, que la dita muller mia en son ventre aporta si dit prenyat viu à llum de vida pervindrà, y hereu meu esser voldrà, y ell premort à sos fills, y nets ab orde successiu hereters seus ..»

224. *Traducción al castellano de los usages y demás derechos de Cataluña, que no están derogados ó no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las que han venido a serlo*, II, Madrid-Barcelona 1862, p. 251, nota 3.

225. *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo á lo dispuesto en el artículo 4.º del Real decreto de 2 de Febrero de 1880*, Barcelona 1883, p. 28.

226. G. M<sup>a</sup> DE BROCÁ y J. AMELL, *Instituciones del Derecho civil catalán vigente*, Barcelona 1880, p. 41 En el mismo sentido, BIBLIOTECA JUDICIAL, *Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Cataluña*, I, Madrid 1887, p. 139.

227. J. PELLA y FORGAS, *Código civil de Cataluña. Exposición del Derecho catalán comparado con el Código civil español 2.º*, I, Barcelona 1943, pp. 188-190. Tal parece ser también el criterio de A. CORBELLA, *Manual de Derecho catalán*, Reus 1906, pp. 258-259

## E) LA CODIFICACIÓN

### 1. INDICACIÓN GENERAL

Las tendencias laicas imperantes al comienzo de la época codificadora condujeron, como lógica secuela, a la supresión del bautismo que, hasta entonces, las leyes de las naciones católicas habían exigido como requisito necesario para que el recién nacido adquiriese capacidad jurídica. En este sentido son enormemente expresivas las palabras de García Goyena, en relación al proyecto de Código civil de 1851<sup>228</sup>, así como la exposición de motivos a la Ley de Matrimonio civil de 1870<sup>229</sup>. Fuera de esta coincidencia meramente negativa —de simple rechazo de la tradición católica europea—, en lo demás los códigos civiles del siglo XIX son fiel reflejo de la inseguridad e indecisión imperantes en orden a los requisitos de capacidad del nacido. La doctrina de la viabilidad —entendida como aptitud fisiológica y funcional de seguir viviendo en el futuro— quedó proclamada en el Código de Napoleón, y fue seguida por otros códigos en él inspirados. La mayoría de los códigos civiles posteriores más bien intentaron orientarse, a veces con dudoso acierto, hacia los precedentes clásicos del Derecho romano, y tan sólo exigieron el nacimiento con vida, sin añadir otro cualquiera requisito. Junto a esos códigos, hay que señalar los que pretendieron resolver la cuestión mediante exigencia de un plazo mínimo de vida, con lo que establecían una ecuación —que no dejaba de ser arbitraria— entre tiempo de vida y viabilidad, por lo que este requisito venía a ser una simple viabilidad legal, a modo de presunción *iuris et de iure*.

---

228. «Prefirió, pues [*la Comisión*], conservar en su fondo la verdadera legislación española que es en todo la de los Fueros: omitió el bautismo, como extraño á las leyes físicas y á los efectos civiles, y dobló el número de horas» [48 en vez de 24]. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I, Madrid 1852, p. 123.

229. La exposición de motivos de dicha ley dice que «hace caso omiso de la necesidad del bautismo como condición de viabilidad que nuestros Códigos también exigían y que no consiente la actual Constitución del Estado, dada la libertad de cultos que sanciona».

## 2. VIABILIDAD COMO APTITUD FISIOLÓGICA PARA VIVIR

Es el sistema que cabe denominar francés, pues constituye una innovación del Código civil de Napoleón, en base, quizá, a una más que dudosa interpretación de ciertos textos romanos<sup>230</sup> y hasta de algunas ambiguas fuentes medievales<sup>231</sup>. El art. 725 dice que «*son incapables de succéder: ... 2.º. L'enfant qui n'est pas né viable*».

Ese texto se reproduce literalmente en el Código civil belga (artículo 725-2.º), y en varios códigos civiles de los estados italianos: el del Reino de las Dos Sicilias de 1819<sup>232</sup>, el código parmense de 1820<sup>233</sup> y el Código civil para los Estados Estenses de 1851<sup>234</sup>. El Código civil para los Estados del Rey de Cerdeña (el llamado Código Albertino de 1837) reprodujo el criterio, pero estableciendo una presunción *iuris tantum* a favor de la viabilidad. Según su art. 705: «*Sono incapaci di ricevere per testamento: ... Quelli che non sono nati vitali: nel dubbio si presumeranno vitali quelli che si proverà essere nati vivi, salvo nel caso contemplato al n.º 3 dell'art. 153*»; o sea, según este último precepto, «*quando il parto non fosse dichiarato vitale*»<sup>235</sup>. Casi con las mismas palabras, tal fue la norma acogida por el Código civil italiano de 1865<sup>236</sup>.

230. Recuérdense los textos citados en las notas 28, 29, 30 y 31.

231. Cabría traer aquí a colación los textos medievales que hacen alusión a que el nacido dé ciertos signos de vida (grito, llanto, tomar alimento materno, etc.), estimados como pruebas de su aptitud vital.

232. Art. 646. ... Sono quindi incapaci di succedere: ... 2.º il fanciullo che non è nato vitale (*Codice per lo Regno delle Due Sicilie Parte prima Leggi civili*, nona edizione ufficiale, Nápoles 1833, p 129).

233. Art 829. No he podido consultar este texto, cuya cita tomo de P. TORRELLI, *Lezioni di Storia del Diritto italiano. Diritto Privato Le Persone*, Milán 1949, p 17.

234. Art 721. La legge dichiara incapaci di ricevere per testamento, o per codicillo: 1: Quelli che non sono nati vitali; ... (*Codice civile er gli Stati Estensi, seconda edizione*, Módena 1852, p 109).

235. *Codice civile per gli Stati di S. M il Re di Sardegna*, Turín 1837, pp. 194-195.

236. Art. 724. Sono incapaci di succedere: 2.º Colcro che non sono nati vitali. Nel dubbio si presumono vitali quelli di cui consta che sono nati vivi. (*Codice civile del Regno d'Italia*, Milán [sin año]).

La doctrina de la viabilidad, así entendida, fue aceptada también por el Código civil de la Provincia de Quebec de 1866<sup>237</sup>.

Luego de esta difusión momentánea, el criterio francés tuvo escaso éxito, y prácticamente la totalidad de los códigos posteriores, así europeos como americanos, no siguieron ese camino.

### 3. VIABILIDAD LEGAL: VIDA DURANTE CIERTO TIEMPO

Este sistema puede ser denominado español, no sólo por sus precedentes en algunos fueros municipales y en las Leyes de Toro sino porque, en definitiva, fue el consagrado en el proyecto de código de 1851, en la Ley de Matrimonio civil de 1870 y en el vigente Código civil español de 1889.

En base, sin duda, a las Leyes de Toro fue establecido por algunos códigos civiles hispano-americanos. Más tarde, otros lo aceptarían tomando por modelo el Código español. Y ha tenido proyección, incluso, en algún código muy reciente.

El Código civil boliviano de 1831, en su art. 507, dispone: «*Para llamarse heredero forzoso y poder transmitir sus derechos a los legítimos sucesores ha de nacer el hijo con figura humana en sus partes principales y ha de vivir veinticuatro horas completas; no reuniendo estas cualidades no se considerará nacido*». Dejando aparte la defectuosa formulación del precepto<sup>238</sup>, es evidente que recoge —omitiendo el bautismo— la normativa de las Leyes de Toro y de las Partidas, vigentes en Bolivia al tiempo en que este país se independizó. El plazo de las veinticuatro horas ha sido mantenido en varios códigos civiles hispano-americanos: el del Ecuador<sup>239</sup>, el de Costa Rica<sup>240</sup> y el código

237. Art 608: .. sont incapables de succéder: . 2. L'enfant qui n'est pas né viable (L. SAINTONGE-POITEVIN, *Code civil de la Providence de Quebec* 14.º, Montreal 1961, p 127).

238 El art. 507 del C. civil boliviano habla, tan sólo, del heredero forzoso, cuando, lógicamente, la norma debe ser referida a la capacidad de toda persona física para suceder por cualquier título *mortis causa*

239. Art. 66. El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, siempre que viva veinticuatro horas a lo menos, desde que fue separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación veinticuatro horas a lo menos, se reputará no haber

civil uruguayo de 1914<sup>241</sup>; y asimismo en el Código civil de Filipinas de 1949<sup>242</sup>.

Aun dentro de esta línea, representa un sistema original el Código civil del Imperio de Etiopía de 1960: el niño nacido es considerado viable si vive cuarenta y ocho horas después de su nacimiento, no obstante toda prueba en contrario; y es considerado no viable si muere antes de las cuarenta y ocho horas, pero esta presunción puede ser destruida probando que el fallecimiento del niño es debido a causa distinta que una deficiencia en su constitución<sup>243</sup>.

existido jamás (*Código civil de la República del Ecuador. Edición hecha por la Comisión Legislativa en uso de la facultad consignada en el artículo 77 de la Constitución Política*, Quito 1950, p. 24).

240. Art. 13. La existencia legal de la persona física principia al nacer; pero el feto se reputa nacido para todo lo que le favorezca, y concebido trescientos días antes de su nacimiento. Sin embargo, para que sea capaz de derechos civiles ha de nacer con figura humana y vivir por lo menos veinticuatro horas (INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA, *Código civil de Costa Rica*, Madrid 1962, p. 47).

241. Art. 835. Son incapaces 1.º El que no estuviere concebido al tiempo de abrirse la sucesión, o, aunque concebido, no naciere viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3.º del artículo 216.—Art. 216. ... 3.º Si la criatura no ha nacido viable, esto es, de vida, y que haya vivido veinticuatro horas naturales (C. NIN Y SILVA, *Código civil de la República Oriental del Uruguay. Anotado y concordado*, Montevideo 1951, pp. 333 y 334).

242. Art. 40. Birth determines personality; but the conceived child shall be considered born for all purposes that are favorable to it, provided it be born later with the conditions specified in the following article.—Art. 41. For civil purposes, the foetus is considered born if it is alive at the time it is completely delivered from the mother's womb. However, if the foetus had an intra-uterine life of less than seven months, it is not deemed born if it dies within twenty-four hours after its complete delivery from the maternal womb (*Civil Code of the Philippines. Republic Act n.º 386*, Manila 1954, pp. 11-12).

243. Art. 4. *Enfant viable ou non viable*.

(1) L'enfant est considéré comme viable s'il vit quarante-huit heures après sa naissance, nonobstant toute preuve contraire.

(2) L'enfant est considéré comme non viable s'il meurt moins de quarante-huit heures après sa naissance.

(3) La présomption établie à l'alinéa qui précède peut être détruite en prouvant que le décès de l'enfant est dû à une cause autre qu'une déficience de sa constitution (*Code civil de l'Empire d'Éthiopie de 1960. Édition Française*, Paris 1962, p. 15).

## 4. NACIMIENTO CON VIDA

Este sistema que, con propiedad, cabría calificar romano, es el más generalizado en los códigos civiles, e incluso ha sido reinstaurado en países cuya legislación había adoptado anteriormente el criterio francés de la viabilidad.

Nacer el niño con vida es el requisito único exigido por el Código territorial para los Estados de Prusia de 1794<sup>244</sup> y por el Código civil general austríaco de 1811<sup>245</sup>. Este criterio es también el que aceptó el Código holandés de 1830<sup>246</sup>, que se apartó del precedente francés; y lo propio cabe decir del viejo Código portugués de 1867<sup>247</sup>, seguido por el vigente de 1967<sup>248</sup>.

244. I,1,§ 12. Bürgerliche Rechte, welche einem noch ungeborenen Kinde zukommen Würden, wenn es zur Zeit der Empfängnis schon wirklich geboren wäre, bleiben demselben auf den Fall, dass es lebendig zur Welt kommt, vorbehalten (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, Berlín 1825, I, p 18).

245. Art. 22. Les enfant, même simplement conçus, ont depuis le jour de leur conception un droit de protection légale. Ils sont considérés comme nés dans la mesure où il s'agit de leurs droits et non de ceux d'un tiers; mais un enfant mort-né, en ce qui concerne les droits qui lui sont réservés pour le cas de survie, est réputé n'avoir pas été conçu.—Art 23 En cas de doute sur le point de savoir si un enfant est venu au monde vivant ou mort-né, c'est la première hypothèse qui se présume Celui qui soutient le contraire doit en faire la preuve (*Code civil général autrichien Traduit de l'allemand par M. DOUCET*, París 1947, p. 14).

246. Art. 3° L'enfant conçu est considéré comme déjà né, chaque fois que son intérêt l'exige. L'enfant mort-né est considéré n'avoir jamais existé (*Code civil néerlandais traduit en français et mis en concordance avec le Code civil belge*, par P. H. HAANEBRINK, Bruselas-París 1921, p. 1).

247. Art. 6.º A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento: mas o indivíduo, logo que é procriado, fica debaixo de protecção de lei, e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente código (*Código civil português aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867, 6.ª edição actualizada pelo Dr A PAES DA SILVA VAZ SERRA*, Coimbra 1954, p. 12).

248. Art. 66. (*Começo da personalidade*).

1 A personalidade adquire-se no momento de nascimento completo e com vida.

2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento

(*Código civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344 de 25 de novembro de 1966, con revisão e índice alfabético de F. A. PIRES DE LIMA*, Coimbra 1967, p 30)

En la misma tendencia quedan alineados numerosos códigos civiles ibero-americanos, tanto del pasado siglo como del presente: el chileno de 1855<sup>249</sup>, el salvadoreño de 1860<sup>250</sup>, el colombiano de 1887<sup>251</sup>, el portorriqueño de 1930<sup>252</sup>, el viejo Código civil del Distrito Federal de Méjico<sup>253</sup>, así como el vigente Código civil para el Distrito Federal de 1928<sup>254</sup>, con el que coinciden los códigos de diferentes estados mejicanos<sup>255</sup>. Y como más modernos, cabe citar el Código civil

---

249. Art 74. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás (INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA, *Código civil de Chile*, Madrid 1961, p. 65).

250. Art. 72. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás (INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA, *Código civil de El Salvador*, Madrid 1959, p. 45).

251. Art 90. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás (INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA, *Código civil de Colombia*, Madrid 1963, p. 41).

252. Art. 24. *Personas naturales—Nacimiento del ser humano—*El nacimiento determina la personalidad y capacidad jurídica. Es nacido el ser humano que viva completamente desprendido del seno materno (INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA, *Código civil de Puerto Rico*, Madrid 1960, p. 44).

253. Art. 12. La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código (BIBLIOTECA DE LA REVISTA DE LOS TRIBUNALES, *Legislación extranjera Colección de Códigos civiles americanos y europeos I. Código civil de Méjico*, Madrid 1879, p. 1).

254. Art. 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código (*Leyes y códigos de México. Código civil para el Distrito Federal. Colección Porrúa 42ª*, Méjico 1977, p. 45).

255. Entre éstos: Código civil del Estado de Chihuahua, art. 22; Código civil del Estado de Hidalgo, art. 22; Código civil del Estado de Michoacán, art. 16; Código civil del Estado de Nuevo León, art. 22; Código civil del Esta-

brasileño de 1916<sup>256</sup>, el del Perú de 1936<sup>257</sup> y el de Venezuela de 1942<sup>258</sup>.

Los códigos europeos más técnicos no siguieron el precedente del francés, y se atuvieron a la exigencia del nacimiento con vida. Tal fue el criterio del Código civil alemán de 1900<sup>259</sup> y del Código civil suizo de 1907<sup>260</sup>. Interesa destacar que el vigente Código civil italiano de 1942, en contraposición al anterior de 1965, establece que la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento<sup>261</sup>. El mismo concepto se expresa, con mayor precisión, en el vigente Código civil griego de 1946<sup>262</sup>.

Para concluir el examen de este grupo, hay que englobar dentro de él a los códigos de varios países marxistas, como el Código civil

---

do de Oaxaca, art. 21; Código civil del Estado de Sinaloa, art. 22; Código civil del Estado de Sonora, art. 44; y Código civil del Estado de Tlaxcala, art. 10

256. Art. 4.º A personalidade civil de homem começa de nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (*Código civil brasileiro Atualização, notas remissivas e índices por M. A. VIEIRA NETO*, São Paulo 1971, p. 18)

257. Art. 1. El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo (INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA, *Código civil del Perú*, Madrid 1962, p. 23).

258. Art. 17. El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo (*Legislación venezolana II. Leyes nacionales Código civil*, Caracas 1949, p. 5).

259. § 1. *Beginn der Rechtsfähigkeit*—Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt (*Bürgerliches Gesetzbuch und zugehörige Gesetze*, München 1972, p. 1)

260. Art. 31. La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant; elle finit par la mort. L'enfant conçu jouit des droits civils, à la condition qu'il naisse vivant (*Code civil suisse et Code fédéral des obligations*, 7.º édition annotée, revue et mise au point par A. ROSELL, Lausanne 1948, pp. 36-37).

261. Art. 1 (*Capacità giuridica*).—La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita (*Codice civile e leggi speciali*, a cura de R. NICOLÒ, Milán 1949, p. 9).

262. Art. 35. *Existence et fin de la personne*—La personne commence d'exister dès qu'elle est née vivante, et cesse d'exister par son décès—Art. 36. L'enfant conçu est réputé né aux droits qui lui son dévolus, s'il naît vivant (*Code civil hellénique Traduction de l'Institut Hellénique de Droit International et étranger*, par P. MAMAPOULOS, Atenas 1956, pp. 5-6)

checoslovaco de 1964<sup>263</sup> y el Código civil de la República Popular de Polonia de 1964<sup>264</sup>.

Deliberadamente he dejado para el final el Código civil argentino de 1870 por ser, sin duda, el que de modo más terminante repudia la exigencia de la viabilidad. Su doctrina puede sintetizarse así: a) basta que el concebido nazca con vida, aunque sea por instantes, después de estar separado de su madre (art. 70); b) si muriese antes de estar completamente separado del seno materno, se considera como si no hubiese existido (art. 74); c) naciendo con vida, no hay distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica (art. 71); d) tampoco importa que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno o por nacer antes de tiempo (art. 72); e) repútese cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieron al parto hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos, o hubiesen observado otros signos de vida (art. 73); f) en caso de duda se presumen que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario (art. 75)<sup>265</sup>.

## 5. LA CODIFICACIÓN EN ESPAÑA

El primer proyecto de Código civil (el de 1821), que quedó incompleto, no llegó a tratar esta materia<sup>266</sup>.

Sí se ocupó del tema el proyecto de 1851 (el llamado *Proyecto*

263. S. LUBY, *Le droit civil tchécoslovaque*. Académie Slovaque des Sciences, Bratislava 1969, p. 21: «La dite capacité prend origine, pour ce qui est de personnes physiques, au moment de leur naissance. Tout enfant conçu juit également de cette capacité, s'il est né vivant (art. 7 al 1 du CC); si cela n'est pas le cas, en considère la chose comme si l'enfant conçu n'avait pas existé».

264. Art. 8. Tout homme, dès sa naissance, a la capacité juridique — Art 9. Tout nouveau-né est présumé né vivant (*Code civil de la République Populaire de Pologne. Traduit du polonais par M SZEPIETOWSKI, Varsovia 1966, p 54*).

265. Libro Primero, arts. 70-75 (INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA, *Código civil de la República Argentina*, Madrid 1960, pp. 72-74)

266. Puede comprobarse en la parte que del mismo ha sido publicada, bajo el título *Proyecto de Código civil que presenta la comisión especial de las Cortes, nombradas en 22 de agosto de 1820. Impreso de orden de las mismas. En la imprenta Nacional Año de 1821*. Ha sido estudiado por M. PESET REIG, *Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821*, en *Anuario de Derecho Civil*, XXVIII-1 (1975, enero-marzo), pp. 29-100.

García Goyena), que lo reguló en su art. 107: «*Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales*». Se ve claramente que los autores del proyecto tomaron por base las leyes de Partidas y la ley 13 de Toro: recogieron el concepto de figura humana, omitieron el requisito del bautismo, y doblaron el número de horas del plazo de vida, esto es cuarenta y ocho en lugar de las veinticuatro de las Leyes de Toro. García Goyena explica que la Comisión creyó que la adquisición de la capacidad —importantísima para la materia de herencias— no debía pender de un solo instante de vida, como lo establecieron las leyes romanas y las de Partidas; rechazó también el inseguro sistema de la viabilidad según el Código francés y otros; y, en definitiva, prefirió conservar en su fondo la verdadera legislación española. En cuanto al plazo de cuarenta y ocho horas —adoptado contra el parecer de García Goyena— fue como una especie de transacción entre los partidarios de mantener el de veinticuatro horas según las Leyes de Toro y los que pretendían prolongarlo más allá de los diez días del Fuero Juzgo; de todos modos, si es conveniente señalar tiempo, el señalamiento será siempre arbitrario<sup>267</sup>.

No habiendo sido aprobado tal proyecto, el Derecho aplicable en cada una de las regiones españolas no experimentó alteración, hasta la Ley de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870, cuyo artículo 60 dispuso: «*Para los efectos civiles no se reputará nacido el hijo que no hubiere nacido con figura humana, y que no viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*». Dicha ley —aunque luego derogada en parte— conservó vigencia en este tema, respecto al que fue Derecho aplicable en toda España, con la salvedad de Navarra, donde siguió rigiendo la ley 52 de Cortes de Pamplona de 1765-1766, menos en lo que ésta se refería al bautismo.

En términos similares —pero con mejor redacción— se expresó el Anteproyecto de Código civil español de 1882-1888<sup>268</sup>, del que pasó

---

267. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I, Madrid 1852, pp. 121-123.

268. Art. 93. Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español* (1882-1888), en *Centenario de la Ley del Notariado Sección Cuarta Fuentes y Bibliografía*, I, Madrid 1965 p. 77.

—con más adecuado orden sistemático<sup>269</sup>— al vigente Código civil de 1889. Este, después de establecer el principio de que «*el nacimiento determina la personalidad*» (art. 29), dispone en su art. 30: «*Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*».

El criterio aceptado por el Código civil resulta claro, aunque quepa disentir de él en orden al fundamento y a la justicia de la solución adoptada. De Castro ha hecho una inteligente exposición, en cierto modo apologética, del sistema seguido por nuestro Código. Según éste, para que el nacimiento atribuya la personalidad se requiere: 1.º. Tener figura humana; y aun cuando esta exigencia ha sido repetidamente criticada como absurda e inútil, se olvida que es una fórmula popular y expresiva para excluir de la condición de nacido a seres que, aunque nazcan vivos, el sentir popular no permite se les considere como personas. 2.º. Vivir veinticuatro horas; se requiere la vida en el sentido de existencia de la vida humana en su natural funcionamiento; las veinticuatro horas, contadas desde la rotura del cordón umbilical, como mínimo de tiempo, han de ser completas. Ambos requisitos son hechos (*conditiones iuris*), no presunciones. No son presunciones *iuris tantum*, pues la clara letra de la ley no deja margen para alegar ningún otro hecho en pro o en contra, y no son siquiera presunciones *iuris et de iure*, porque la ley no admite un hecho como probado, sino que señala el supuesto de hecho, al que atribuye un efecto jurídico. Se precisa la concurrencia de los dos requisitos exigidos por la ley, pero nada más. Su eficacia es automática: si el feto sobrevive las veinticuatro horas, adquiere la personalidad; si no las cumple, no llegó a adquirirla. La causa por la que suceda lo uno o lo otro es indiferente, y no tiene significado si sobrevive debido a especiales cuidados médicos, o si no sobrevive debido a un accidente o a un delito<sup>270</sup>.

La doctrina entiende, en general, que nuestro código ha prescin-

269 El Anteproyecto de 1882-1888 sitúa el artículo 93 en el Libro Primero (*De las personas*), Título IV (*De la paternidad y filiación*), Capítulo Primero (*De los hijos legítimos*). En cambio, en el Código civil los arts. 29 y 30 se hallan en el Libro Primero (*De las personas*), Título II (*Del nacimiento y extinción de la personalidad civil*), Capítulo I (*De las personas naturales*)

270 F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España II Derechos de la persona Parte Primera La persona y su estado civil*, Madrid 1952, pp 105-106.

didó del discutible requisito de la viabilidad. Sin embargo, Blas Pérez González<sup>271</sup> ha afirmado que tal requisito va implícito en sus preceptos. Aparte la invocación de ciertos datos de Derecho histórico, se basa en el texto de algunos artículos del Código civil: el 960 que, en los casos en que la viuda queda encinta, procura evitar la suposición del parto «o que la criatura que nazca pase por viable no siéndolo»; y el art. 964, que habla de la participación que el póstumo tendría en la herencia «si naciera y fuera viable»; en relación con el art. 745, según el cual «son incapaces de suceder: 1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30», y así llega a trasladar a este artículo 30 el requisito de la viabilidad, que estima presente en la mente del legislador y que coloca en las últimas circunstancias exigidas por ese precepto.

La tesis de Pérez González fue ya rechazada por Maldonado<sup>272</sup> y, después de éste, por otros autores como De Castro<sup>273</sup> y Castán Tobeñas<sup>274</sup>. En cuanto a García Amigo, si bien parece favorable a la doctrina de la viabilidad, reconoce la dificultad de admitirla en nuestro código, dado que la letra de éste es tajante<sup>275</sup>.

Quizá la crítica del código deba hacerse, no tanto por apartarse de la doctrina de la viabilidad según el modelo francés, como por haber mantenido el plazo de veinticuatro horas, indudablemente arbitrario y caprichoso —como todo término—, que no guarda adecuación alguna con el hecho de nacer vivo y, sobre todo, que puede dar lugar a consecuencias injustas.

Por último, hay que recordar que, ante la ausencia de disposiciones particulares en las Compilaciones de las distintas regiones de Fuero, los arts. 29 y 30 del Código civil constituyen hoy Derecho vigente en toda España.

---

271. *El requisito de la viabilidad del recién nacido en el Código civil*, en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, III (1927), pp. 824-835, y IV (1928), pp. 1-13, 161-173 y 321-333. Reproducido más tarde, con algunas modificaciones, bajo el título *El requisito de la viabilidad*, en *Revista de Derecho Privado*, número 325 (1944, abril), pp. 273-301.

272. *La condición*, pp. 267-270.

273. *Op cit* en nota 270, pp. 106-110.

274. *Derecho civil español, común y foral* 11.º, I-2.º, Madrid 1971, páginas 100-104.

275. A. GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho civil. I. Parte general*, Madrid 1979, p. 323.

## F) RECAPITULACIÓN

Terminando este recorrido histórico-jurídico, desde las fuentes romanas hasta los códigos más recientes, desembocamos, de modo natural, en una evidente conclusión: el valor permanente del Derecho romano, no ya sólo como un arte o un modo perfecto de proceder jurídicamente sino, incluso, como cantera inagotable y siempre viva de soluciones técnicas y prácticas. El examen de esas múltiples y diversas fuentes jurídicas —alejadas en el tiempo y en el espacio—, produce una invencible sensación de desconcierto y desorientación, de hacer y deshacer, de un estéril esfuerzo en busca de fórmulas y soluciones no alcanzadas. El sistema francés de la viabilidad orgánica se encuentra hoy desacreditado, y es objeto de abandono por legislaciones que antes lo siguieron <sup>276</sup>. Tampoco parece muy científico, ni justo en algunos casos, el criterio de señalar un plazo de horas o de días, como fórmula de viabilidad legal. En esto, como en otras muchas cuestiones, volvemos en definitiva al redescubrimiento de las soluciones del Derecho romano; con el inconveniente, ahora, de faltarnos el arte de su proceder histórico y su sentido flexible del casuismo práctico.

No resisto la tentación de reproducir estas precisas y oportunas palabras de Torelli: «La determinazione della figura giuridica del nascituro e del nato in condizioni anormali, rappresenta cioè uno degli esemplii più chiari di un'evoluzione storico-giuridica medievale e moderna, consistente pressochè solo in una serie de rapidi regressi e di faticosi e lunghi sforzi di ritorno ad un punto già nettamente conquistato dal diritto romano» <sup>277</sup>.

---

276. Ya antes se indicó cómo el Código civil italiano de 1942 (art. 1) se atuvo al criterio del nacimiento, y abandonó el de la viabilidad, seguido por el viejo Código de 1865 (art. 724-2.º), así como por los códigos de los estados italianos: Reino de las Dos Sicilias de 1819 (art. 646-2.º), Parma de 1820 (art. 829), Estados Estenses de 1851 (art. 721-1.º) y Código Albertino de 1837 (art. 705). Ni uno sólo de los códigos civiles más modernos se ha mantenido en la línea del Código Napoleón.

277 P. TORELLI, *Lezioni di Storia del Diritto italiano. Diritto Privato. Le persone*, Milán 1949, p. 20.

#### IV. LAS FUENTES JURIDICAS NAVARRAS Y LA CRONICA DE GARCIA DE EUGUI

##### A) CONTRADICCIÓN DE ESOS TEXTOS

El estudio realizado sobre las fuentes históricas del Derecho puede proporcionar criterios para interpretar y estimar los datos que sobre el tema nos brindan la Crónica de García de Eugui y las dos redacciones de la Crónica del Príncipe de Viana, así como para tratar de explicar la innegable contradicción entre estas fuentes literarias y los fueros navarros medievales.

En este punto, tales fueros se presentan claros y precisos: basta que la criatura nazca con vida. Recordemos las palabras mismas de los textos: *si fijo oujere que nazca* (F Viguera 389); *biua la criatura o no, solamente que ueya luz* (F Jaca S-35); *si la criatura ixiere a luz* (F Tudela 42); *et la creatura yssies á luz* (FGN 5,3,17).

Frente a ellos, las crónicas añaden ciertos signos o muestras de vida en el recién nacido. Así, la de García de Eugui (2) dice: *sallió el fijo, segunt estonces fue dito, visto et oydo et assí es oy en día*. La Crónica del Príncipe de Viana (primera redacción, I,8) cuenta: *e assí sacó el ninno del vientre de su madre echando muchas lágrimas*. Y la misma crónica (segunda redacción, I,8) escribe: *e saco hun ninno bibo, e lebolo consigo, e luego la batizo*.

Ante tal discrepancia, fácil sería dejarse llevar por la natural tendencia a desechar totalmente esas crónicas, en base a razones que podrían parecer bien fundadas: a) La lógica prioridad que debe otorgarse a las fuentes jurídicas, en pasajes no ambiguos sino bien precisos y, además, todos coincidentes. b) El hecho de que esos pormenores de las crónicas —auténticos simbolismos jurídicos— ningún reflejo hayan tenido en el Fuero General de Navarra, el cual, si bien se caracteriza por su fuerte realismo práctico<sup>278</sup>, al propio tiempo da acogida a múl-

---

278. El redactor del FGN fue, sin duda, un excelente conocedor del Derecho vivido y practicado en Navarra durante el siglo XIII. Ello dota al FGN de un acusado sentido de realismo jurídico, incluso respecto a prácticas o instituciones que, a primera vista, podrían parecer narraciones pintorescas o de puro anecdotario jurídico, como, por ejemplo, la conocida y curiosa prueba de la gallina y los polluelos, a efectos de determinar la accesión de tierra por mutación del cauce de un río (FGN 6,5,2), y cuya observancia práctica se halla acreditada por diver-

tiples símbolos de Derecho<sup>279</sup>. c) Y, sobre todo, el recelo o desconfianza que los textos de las crónicas podrían despertar, dado el aire fabuloso y fantástico que envuelve a sus respectivas narraciones sobre el nacimiento de Sancho Garcés II Abarca.

## B) VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS CRÓNICAS

Pienso, sin embargo, que un análisis detenido de tales pasajes de esas crónicas nos permitirá una estimación más ajustada en orden a su posible valor histórico-jurídico.

### 1. LOS RESPECTIVOS AUTORES DE LAS MISMAS

García de Eugui fue un hombre culto, y desempeñó importante funciones: prior de los Agustinos de Pamplona, lector en Teología, confesor real, nombrado obispo de Bayona —aunque parece no llegó a ocupar la sede—, ejecutor testamentario del rey Carlos II, y regidor del reino hasta la llegada de Carlos III desde Castilla<sup>280</sup>.

Respecto a la Crónica del Príncipe de Viana, se ha discutido si realmente éste fue o no el autor de la misma. Parecen muy fundadas las conclusiones a que llega Carmen Orcastegui: la obra se llevó a cabo en dos etapas sucesivas, ambas bajo la dirección del Príncipe, quien proveyó a los redactores de todos los materiales necesarios. En cuanto a los dos colaboradores que le ayudaron en la redacción de la crónica, pocos son los rasgos de su personalidad que podemos entrever por las huellas dejadas en sus escritos, pero hay certidumbre de que fueron dos redactores distintos que, en sus respectivas versiones, adicionaron algunos pormenores diferentes; el segundo fue, muy posiblemente, un clérigo. En la segunda redacción se llevó a cabo una revisión total, con

---

—  
 sos documentos. Sobre esto, hago remisión a mi artículo *Estudio sobre el capítulo 3,20,6 del Fuero General de Navarra: un texto recibido del Derecho romano*, en AHDE, XLVI (1976), p. 335, nota 240.

279. El simbolismo jurídico en la Edad Media española y, de modo especial, en el Fuero General de Navarra, ha sido tratado por L. G. DE VALDEAVELLANO en su bellísimo estudio titulado *Sobre simbología jurídica de la España medieval*, en el volumen *Homenaje a don José Esteban Uranga*, Pamplona 1971, pp. 87-134.

280. ORCASTEGUI, *Crónica García de Eugui*, pp. 548-549.

subdivisión del libro II. En esta última etapa, tras dirigir el Príncipe de Viana toda la revisión, añadió personalmente el prólogo y el exordio final de la crónica. De todos modos, ésta no llegó a ser terminada; y en el ánimo del Príncipe quedó la idea, nunca realizada, de completar él mismo su obra, con la narración de los reinados de sus más inmediatos antecesores<sup>281</sup>.

## 2. NARRACIONES FABULOSAS

Es evidente y, por tanto, incuestionable el carácter fantasioso y legendario de las narraciones sobre el rey Sancho II Abarca. Sin embargo, esto no puede imponer, sin más, un rechazo total de tales pasajes. Esas versiones fabulosas sobre el tema se dan también —aunque en forma más compendiada— en otras crónicas anteriores a la de García de Eugui, como el *Liber Regum*, el *Libro de las Generaciones* y el *De rebus Hispaniae*<sup>282</sup>; y asimismo en alguna crónica posterior a aquélla, como la de *Garci López de Roncesvalles*<sup>283</sup>. Pero en todas ellas faltan esos datos, registrados tanto en la Crónica de García de Eugui como en las diferentes redacciones de la del Príncipe de Viana, y que, sin duda, son añadidos o explicaciones de los respectivos autores.

## 3. EL SIGNIFICADO JURÍDICO DE LOS DATOS

Sería demasiado simplista —y, por tanto, recusable— el cómodo alegato de que los detalles o indicaciones de los repetidos pasajes son meros recursos literarios o expresiones retóricas. Por el contrario, tanto la explicación de García de Eugui como las de la Crónica del Príncipe de Viana, en sus dos diferentes versiones, tienen pleno sentido jurídico, especialmente si son objeto de contraste con algunas fuentes del Derecho europeo altomedieval.

a) En cuanto a García de Eugui, la expresión *sallió el fijo, visto et oydo*, se corresponde fielmente con otras muy similares que ya antes registramos en el *Auctor vetus de beneficiis*<sup>284</sup>, el *Sachsenspiegel Lehn-*

281. ORCASTEGUI, *Crónica Príncipe Viana*, pp. 35-49.

282. *Vid.* los pasajes correspondientes, en notas 11, 12 y 13.

283. *Vid.* el texto en nota 14.

284. *Cfr.* nota 88.

*recht*<sup>285</sup>, la antigua *Coutume de Touraine-Anjou*<sup>286</sup>, la *Compilatio de usibus et consuetudinibus Andegavie*<sup>287</sup>, los *Établissements de Saint-Louis*<sup>288</sup>, las *Coutumes de Charroux*<sup>289</sup>, el *Livre des Droiz et des commandemens*<sup>290</sup>, las *Coutumes de Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir<sup>291</sup>, las *Anciennes Coutumes de Bayone*<sup>292</sup>, *Li Vsage de Borgoigne*<sup>293</sup>, las *Coutumes de Saint-Amand*<sup>294</sup>, e incluso más textos que corresponden a fuentes medievales alemanas<sup>295</sup> y holandesas<sup>296</sup>.

b) La frase que figura en la primera redacción de la Crónica del Príncipe de Viana (*e assí sacó el ninno del vientre de su madre echando muchas lagrimas*), nos trae a la memoria el *enfant plourant* de la *Ancien Coutumier de Picardie*<sup>297</sup>, o el *filium uel filiam clamantem* de la obra inglesa *Glanvill*<sup>298</sup>, o el *haeredem brayantem* de las *Regiam Majestatem* de Escocia<sup>299</sup> y el *infantem clamantem vel plorantem* de las también escocesas *Leges et consuetudines burgorum*<sup>300</sup>.

c) Por último, las palabras de la segunda redacción de la Crónica del Príncipe de Viana (*e saco hun ninno bibo, e lebolo consigo, e luego lo batizo*) responden claramente a la doctrina canónica sobre el sacramento del bautismo como condición necesaria para adquisición de la capacidad jurídica, la cual, desde fines del siglo XIII, viene expresamente sancionada por distintas fuentes europeas. Recordemos ahora: en España, el *Fuero Juzgo*<sup>301</sup> y el *Fuero Real*<sup>302</sup>; en Flandes galicano,

- 
285. Cfr. nota 89.  
 286. Cfr. nota 92.  
 287. Cfr. nota 93.  
 288. Cfr. nota 94.  
 289. Cfr. nota 95.  
 290. Cfr. nota 96.  
 291. Cfr. nota 100.  
 292. Cfr. nota 101.  
 293. Cfr. nota 102.  
 294. Cfr. nota 104.  
 295. Cfr. nota 90.  
 296. Cfr. nota 105.  
 297. Cfr. nota 98.  
 298. Cfr. nota 106.  
 299. Cfr. nota 107.  
 300. Cfr. nota 108.  
 301. Cfr. nota 179.  
 302. Cfr. nota 169.

*Le Livre Roisin*<sup>303</sup>; en Alemania, el *Freisinger Rechtsbuch*<sup>304</sup>; en Inglaterra, la obra llamada *Fleta*<sup>305</sup>; y en Suecia, las *Leyes de Upland*<sup>306</sup>. Ya más tardíamente, encontramos en Castilla las *Leyes de Toro* (año 1505)<sup>307</sup>; y en Navarra, la ley 52 de las *Cortes de Pamplona* de 1765-1766<sup>308</sup>.

Las menciones que hacen las repetidas crónicas navarras tienen, pues, pleno sentido jurídico. Sin serias razones en contra no cabe, por lo tanto, desestimarlas como simples fantasías o adornos literarios del autor.

### C) UNA POSIBLE INTERPRETACIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA

La respectiva datación de esas crónicas (la de García de Eugui a fines del siglo XIV; y la del Príncipe de Viana, ambas redacciones, entre 1453-1455) se corresponde con el orden histórico de conceptos que, sucesivamente, reflejan. García de Eugui reproduce, de genealogías o cronicones más antiguos, la leyenda sobre el milagroso nacimiento de Sancho Abarca; y en un afán de dejar claramente establecida la autenticidad y viabilidad del nacimiento, o sea que la criatura había dado muestras de vida, explica: *sallió el fijo, segunt estonces fue dito, visto et oydo et así es oy en día*. Es decir, el cronista añade un requisito (*visto et oydo* = que había gritado o llorado) conforme con la práctica jurídica observada al tiempo de redactar la crónica, como lo demuestran las palabras *et así es oy en día*; se trata de la mención de una costumbre contemporánea al cronista, y por éste conocida. Unos cincuenta años más tarde, el primer redactor de la Crónica del Príncipe de Viana —evidentemente a la vista de la Crónica de García de Eugui<sup>309</sup>— da una versión similar del nacimiento, poniendo el acento

303. Cfr. nota 163.

304. Cfr. nota 165.

305. Cfr. nota 167.

306. Cfr. nota 168.

307. Cfr. nota 192.

308. Cfr. nota 207.

309. ORCASTEGUI, *Crónica Príncipe Viana*, p. 53, señala que la Crónica de García de Eugui fue utilizada por el Príncipe de Viana. Este lo dice expresamente en el *Prólogo* de su Crónica: «... nos ha convenido scudrinar los antigos libros ystoriales por mas a la verdat de aquellos allegar nuestra presente scriptura,

no en haber gritado el niño, sino en haber llorado éste, lo que gráficamente nos dice con el giro *echando muchas lagrimas*, y que responde a la misma práctica consuetudinaria. Poco después, el segundo redactor —seguramente un clérigo, como supone Carmen Orcastegui—, al revisar la anterior versión de la Crónica del Príncipe de Viana, retocó la narración sobre Sancho Abarca y, para dejar esclarecido el hecho del nacimiento viable, añadió el cumplimiento del requisito del bautismo (*e luego lo batizo*), haciendo concordar así el texto con la doctrina canónica cuya observancia ya entonces sería exigida por la Iglesia. Quizá estas dos versiones de la Crónica del Príncipe de Viana vienen a ser, respecto a Navarra, reflejo paralelo de las contrapuestas tendencias que, ya a fines del siglo XIII, se constatan para Francia en la obra de Philippe de Beaumanoir, las *Coutumes de Beauvaisis*<sup>310</sup>: de un lado, la antigua *praxis* consuetudinaria que estimaba suficiente para adquirir la capacidad jurídica el hecho probado de que el niño hubiese gritado o llorado; y de otro, la aspiración canónica de superponer a tal práctica la imposición del sacramento del bautismo.

Ahora bien, así entendidas tales crónicas, resulta patente su contradicción con el requisito mínimo de los fueros navarros: nacer con vida y vivir un solo instante.

Para explicar tal antinomia, cabría suponer que esos fueros no plantean el problema de la capacidad sucesoria del recién nacido, sino que, simplemente, atienden al hecho de que éste nazca vivo como condición necesaria y suficiente para la producción de determinados efectos: de modo concreto, para la pérdida del derecho a las arras (*las arras son muertas*). Pero esta solución, tal vez válida para F Viguera y para F Jaca-Pamplona, no es admisible para F Tudela y para FGN, pues estos dos últimos utilizan la expresión *si la criatura ixiere a luz* para determinar, precisamente, la capacidad sucesoria del recién nacido y, en consecuencia, para que éste pueda a su vez causar la herencia a favor de la madre sobreviviente.

Desechado, pues, tal intento interpretativo, pienso que la solución puede ser otra. F Viguera, F Jaca-Pamplona, F Tudela y FGN se limitan a recoger la solución jurídica del Derecho jacetano, ya expre-

---

... esso mesmo por dos fray García de Eugui obispo de Bayona, confessor de nuestro aguelo el rey don Karlos que Dios aya, en la copilatió que fizo...».

310. *Cfr.* nota 100.

sado en una Recopilación privada aragonesa<sup>311</sup>, mantenida en las versiones aragonesas del F Jaca y que, de éste, pasa a la Compilación de Huesca de 1247<sup>312</sup>. Es la tradición del Derecho romano, según el cual se exige, únicamente, que el niño nazca con vida y que viva un solo instante. Junto a esta tendencia jacetana o alto-aragonesa, y que es reproducida por todos los fueros navarros relacionados con F Jaca, penetra en la práctica del viejo reino pirenaico una corriente jurídica diferente, de origen franco o francés según pudiera ser determinado el momento de su recepción. Aun cuando es cuestión no debidamente estudiada, considero evidente que en Navarra existe una influencia franca<sup>313</sup> y, sobre todo y posteriormente, una penetración de elementos jurídicos franceses. La contigüidad geográfica, las relaciones culturales con los territorios ultrapirenaicos —especialmente por la llegada de los monjes de Cluny<sup>314</sup>—, los obispos franceses que ocupan

---

311. Cfr. nota 68.

312. Cfr. nota 72.

313. J. CARO BAROJA, *Por los alrededores campesinos de una ciudad*, en *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, XXIV (1968) 1.º y 2.º, p. 11, nota 39, escribe. «Está por hacer un estudio de la influencia de las Instituciones y del Derecho carolingio sobre la vida navarra medieval. También sobre su permanencia en el Derecho consuetudinario posterior. Incluso sobre parte del vocabulario vasco. Creo que daría un conjunto de hechos interesantes como tal conjunto». El mismo autor (*cit.*, pp. 10-14) defiende, con sólidos argumentos, que las actuales *centenas* navarras —circunscripciones administrativas semejantes a los valles— derivan de la palabra latina *centena*, y tienen su origen en la división territorial franca donde *centena* significaba, en primer lugar, una parte de un condado o región que tenía como magistrados, bajo la jurisdicción del conde, a unos jueces llamados *centenarii*; en tiempos posteriores, la palabra designa, simplemente, un distrito o dominio. J. SCHNEIDER, *Conclusión*, en *Colloques internationaux du Centre National de la Recherche Scientifique. Les structures sociales de l'Aquitane, du Languedoc et de l'Espagne au premier Age féodal Toulouse 28-31 Mars 1968*, París 1969, p. 280, considera que no es temerario explicar los caracteres de la curia del rey de Pamplona por influencias septentrionales. LUIS G. DE VALDEAVELLANO, *Sobre simbología jurídica de la España Medieval*, en *Homenaje a don José Esteban Uranga*, Pamplona 1971, ppp. 95-97, conjetura que el rito navarro (recogido en el Fuero General y en varias crónicas y documentos) de la elevación del rey sobre el escudo puede remontar sus orígenes a la perduración de costumbres godas o franco-merovingias.

314. Sobre la influencia cultural de Cluny puede verse: FRAY JUSTO PÉREZ DE URBEL, *Sancho el Mayor de Navarra*, Madrid 1950, pp. 297-321; J. M.ª LACARRA, *Historia política del Reino de Navarra desde sus orígenes hasta su incorpo-*

la sede de Pamplona<sup>315</sup> y, por último, las dinastías de reyes navarros de origen francés, pueden sobradamente explicar la recepción de factores jurídicos llegados desde Francia, ya por vía consuetudinaria ya por irradiación cultural. Estos elementos de *Droit coutumier* —perfectamente documentados en numerosas fuentes, algunas tan próximas a Navarra como la *Ancienne Coutume de Bayonne*— son los que dejan huella en la Crónica de García de Eugui y en la primera redacción de la Crónica del Príncipe de Viana. El redactor de la segunda versión de esta última crónica atenderá, por el contrario, a las nuevas tendencias del Derecho canónico, ya manifestadas en los textos jurídicos europeos de finales del siglo XIII y, con mayor firmeza, en los de siglos inmediatos posteriores.

En contra de esta interpretación cabría argumentar que resulta extraño el hecho de que más tarde, al ser concluido en 1528 el llamado Fuero Reducido, en éste no tuvieran cabida ni reflejo alguno esas nuevas corrientes jurídicas. Antes bien, con palabras idénticas casi a las del FGN y de los fueros locales, el Fuero Reducido requiere tan sólo que el recién nacido *salga del vientre de su madre e biuo benga a luz*<sup>316</sup>. Pero, en verdad, tal circunstancia únicamente puede sorprender a quien desconozca el Fuero Reducido o no esté familiarizado con él. Reiteradas lecturas del mismo me han llevado a la conclusión de que, como regla general y salvo rarísimas y contadas excepciones, el Fuero Reducido nada innova respecto al Derecho anterior: se limita a recoger, refundir, ordenar y, a veces, remodelar los textos de los fueros navarros, principalmente, y por este orden, el FGN, el F Tudela, el F Viguera, el F Novenera y el F Jaca-Pamplona, así como algunos capítulos de los Amejoramientos de Felipe III y de Carlos III. Hay que hacer salvedad respecto a la materia procesal, principalmente contenida en el libro II, y que parece ser una recepción del procedimiento romano-canónico conforme a alguna o varias de las obras del *Ordo iudiciario*, muy difundidas en la Baja Edad Media.

---

*ración a Castilla*, I, Pamplona 1972, pp. 351-366; y A. LINAGE CONDE, *Los orígenes del monacato benedictino en la Península Ibérica*, II, León 1973, páginas 863-997.

315. En esta materia es fundamental la reciente obra de J. GOÑI GAZTAM-BIDE, *Historia de los obispos de Pamplona*, 2 tomos, Pamplona 1979, donde se refunden y amplían anteriores estudios del autor.

316. *Cfr* nota 203.

En relación al tema del presente estudio, el Fuero Reducido no hizo sino reproducir —en términos que casi literalmente coinciden— lo que constaba en F Tudela y en el Fuero General.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

### A) HISTORIA DEL DERECHO EUROPEO

Tengo por cierto que, sin conocer las fuentes bárbaras y las medievales europeas —singularmente las francesas—, hubiese sido poco menos que imposible interpretar los datos que, sobre el nacimiento y vitalidad, brindan la Crónica de García de Eugui y la Crónica del Príncipe de Viana. Incluso me veo precisado a reconocer que si mi interés fue despertado por la lectura de la Crónica de García de Eugui, fue en razón a la capacidad de ésta para hacerme evocar algunos textos franceses, antes vistos, referentes al *enfant qui ait crié et brait* o al *enfant plourant*; expresiones que, por contraste, se hallan ausentes en los fueros navarro-aragoneses y, en general, en los fueros españoles.

Esto lleva a deducir la conveniencia —en ocasiones la necesidad— de un estudio conjunto de los Derechos europeos, en una concepción amplia de la Historia del Derecho como una historia jurídica sin fronteras, que permita contemplar las coincidencias supranacionales a la par que las diferencias regionales o locales<sup>317</sup>. Claro es, y conviene sea advertido, que esa consideración europea de la Historia del Derecho nunca deberá constituir pretexto para deformar las instituciones de un área jurídica determinada, mediante el cómodo expediente de trasladar a ella hechos o conceptos propios de otra distinta. Tal es el peligro que, durante largo tiempo, ha representado la denominada concepción germanista de la Historia del Derecho español. Un planteamiento europeo de la Historia del Derecho debe representar algo muy distinto: hallazgo de las corrientes jurídicas fundamentales, determinación de las recíprocas relaciones o influencias entre las fuentes, señalamiento de la diversidad en el modo y medida de recepción de unas mismas ideas y, sobre todo, búsqueda de las raíces ideológicas comunes. Ahora que tanto se habla —oportuna e inoportunamente— de la homologa-

---

317. Tal método es el que he intentado aplicar en mi estudio *Domna et domina, potens et usufructuaria*, en ADF, II (1976-1977), pp. 97-322.

ción europea de España y de la unidad de Europa, se impone conocer cuáles han sido y deban ser los fundamentos de esa consideración unitaria. El redescubrimiento de Europa como comunidad de naciones cristianas, unidas por la fe católica sobre una base cultural griega y romana, nos puede hacer encontrar el camino a seguir para que Europa vuelva a ser lo que fue y, sobre todo, para superar lo que tristemente ha llegado a ser: una sociedad neopagana o excristiana fundada en el materialismo y en la amoralidad.

## B) VALOR JURÍDICO DE LAS FUENTES LITERARIAS

El presente estudio ha sido inspirado, casi diría que casualmente, por la lectura de unas crónicas historiográficas navarras que, palmaria-mente, no son fuentes jurídicas. De ahí la oportunidad de considerar el posible valor histórico-jurídico de las fuentes literarias y, en general, de aquellas que no pueden ser propiamente calificadas como fuentes de Derecho.

Por supuesto, huelga decirlo, que el tema no es nuevo; y no pretendo sobre él decir la primera palabra ni, menos aún, la última.

Respecto al Derecho romano, existen serios estudios de aprovechamiento de las fuentes literarias o no jurídicas<sup>318</sup>, que han dado como fruto obras importantes<sup>319</sup>. Alvaro d'Ors advirtió hace ya algunos años<sup>320</sup>, y recientemente ha insistido<sup>321</sup>, con qué preocupación metodológica conviene utilizar siempre las fuentes literarias en Derecho romano.

---

318. Una información bibliográfica sobre las fuentes no jurídicas, en U. ALVAREZ SUÁREZ, *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid 1944, pp. 333-341. Sobre la valoración de tales fuentes, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Algunas observaciones sobre el valor de las fuentes literarias para la investigación del Derecho romano*, en el volumen *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid 1978, pp. 213-221.

319. Por vía de ejemplo: E. COSTA, *Il Diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Turín 1890 [reimpresión anastática 1968]; y del mismo autor, *Il diritto privato nelle commedie di Terenzio*, Bolonia 1893 [reimpresión anastática 1970].

320. A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca 1943, pp. 63-87.

321. A. D'ORS, *Cleopatra iuxor de Marco Antonio?*, en *AHDE*, XLIX (1979), pp. 639-642.

Tal sentido cautelar, que asimismo habrá que observar para los Derechos medievales, no deberá impedir servirse de las fuentes no jurídicas<sup>322</sup>. El maestro Hinojosa, en su monografía, ya clásica, sobre *El Derecho en el Poema del Cid*<sup>323</sup>, demostró la posibilidad de obtener interesantes resultados con el estudio de las fuentes literarias de la Edad Media. Muchas veces, éstas no hacen sino confirmar o corroborar extremos ya conocidos a través de textos jurídicos (fueros, formularios, documentos de aplicación del Derecho)<sup>324</sup>. Otras, en cambio, proporcionan datos que no tienen confrontación en las fuentes jurídicas<sup>325</sup>. La confianza o credibilidad de las fuentes literarias dependerá,

---

322. Para la valoración y uso de las fuentes no jurídicas, A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español* 3.ª, II, Madrid 1967, pp. XXXIII-XXXIV, XLVII y L.

323. E DE HINOJOSA Y NAVEROS, *El Derecho en el Poema del Cid*, en *Homenaje a Menéndez y Pelayo en el año vigésimo de su Profesorado*, Madrid 1899 [en *Obras*, I, Madrid 1948, pp. 181-215].

324. A título meramente indicativo, hay que señalar que la práctica medieval de redactar los instrumentos en forma de *carta partida por A. B. C.*, aparece expresamente aludida en el *Poema de Fernán González*, 583:

Cartas por A B C partidas í fizieron,  
 todos los paramentos allí los escrivieron,  
 en cabo de la carta los testigos pusieron,,  
 quantos a esta merca delante estovieron (Edición de R. MENÉNDEZ PIDAL, *Reliquias de la poesía épica española*, Madrid 1951, p. 123).

325. Las leyendas y crónicas nos informan acerca de una forma simbólica de adopción, mediante colocación del adoptado bajo el manto del adoptante, o introduciendo a aquél por una manga y sacándolo por otra. La *Leyenda de los Infantes de Lara* (Crónica General escrita en 1344), XII, dice sobre esto: «Cuenta la historia que en otro día por la mañana caualgo el conde don Garçi Ferrandes con muy grandes conpañas, e tomo consigo a Mudarra Gonçales, e fueron con el fasta Santa Maria, que era la see de Burgos e entonçe lo batearon, e fue su padrino el conde e otros omes buenos, e doña Sancha fue madrina, e rreçibiolo por fijo como manda el fuero de Castiella: entonce tomolo, e metiolo por una manga de una falifa de çicatron que tenia vestida, e tirolo por la otra, e don Mudarra ouo nonbre de allí aldelante don Mudarra Gonçales, ca el non quiso que le cameasen su nonbre». (R. MENÉNDEZ PIDAL, *La Leyenda de los Infantes de Lara*, Madrid 1934, p. 302). Este autor (pp. 30-31, nota 3) recoge de diversas fuentes literarias otros datos sobre esta forma de adopción que, por el contrario, no figura en las fuentes jurídicas. Además de su observancia en Castilla, también era usada en Navarra, según lo que Beuter, Zorita y la Crónica de 1344 nos cuentan respecto a la adopción de doña Mayor, mujer de Sancho III de Navarra, respecto al hijo bastardo de éste, el que más tarde sería Ramiro I de Aragón. *Vid.* los textos en

en gran medida, de la veracidad que merezcan en los puntos que puedan ser contrastados o confirmados mediante fuentes de conocimiento del Derecho en sentido estricto. Por ejemplo, la ceremonia de alzar rey, establecida en el Fuero General<sup>326</sup> y en el Fuero de Tudela<sup>327</sup>, coincide perfectamente con la que reiteradamente es mencionada en diversas crónicas navarras<sup>328</sup>, corroboradas, a su vez, por las actas de juramento de los fueros y de proclamación de los reyes de Navarra<sup>329</sup>.

Por ello, sin hacer nunca dejación de un prudente sentido crítico, pienso que no cabe preterir las fuentes literarias medievales, algunas de las cuales —por vía de ejemplo el *Libro de Buen Amor*, del Arcipreste de Hita<sup>330</sup>— contienen riquísima información de datos jurídicos. Claro es que, a tal fin, resulta imprescindible disponer de correctas y cuidadas ediciones de esas fuentes, con las exigencias actuales en orden a publicación de textos. De ahí el meritorio servicio que Carmen Orcastegui ha prestado recientemente con sus rigurosas y serias publicaciones de las viejas crónicas navarras de García de Eugui, de Garci López de Roncesvalles y del Príncipe de Viana.

#### JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ

---

L. G. DE VALDEAVELLANO, *Sobre simbología jurídica de la España medieval*, en *Homenaje a don José Esteban Uranga*, Pamplona 1971, pp. 112-113, notas 93 a 96.

326. FGN 1,1,1,

327. *F Tudela* 4 (Ms. 11-2-6, 406 *Academia de la Historia*, fols. 6-6 v°).

328. Así en las siguientes: A. UBIETO ARTETA, *Corónicas navarras*, Valencia 1964, pp. 45-46; L. COOPER, *El Líder Regum. Estudio lingüístico*, Zaragoza 1960, p. 36; C. ORCASTEGUI, *Crónica García de Eugui*, núms. 2 y 22; C. ORCASTEGUI, *Crónica Garci López*, núms. 13, 14, 27, 28, 30, 35, 37, 38, 41, 47, 49, 52, 78 y 88; C. ORCASTEGUI, *Crónica Príncipe Viana: segunda redacción*, I-5, I-6, I-7, I-8, I-9, I-13, II-5, II-10, II-11, II-12, III-1, III-3; III-6, III-7, III-12, III-15 y III-17; primera redacción, II-25, II-26 y II-38.

329. J. M.ª LACARRA Y DE MIGUEL, *El juramento de los Reyes de Navarra (1234-1329)*, Madrid 1972.

330. En el *Libro de Buen Amor* numerosos pasajes aluden o tratan cuestiones jurídicas. Con referencia a la edición crítica de M. CRIADO DE VAL y E. W. NAYLOR, *Arcipreste de Hita, Libro de Buen Amor*, 2.ª, Madrid 1972, indicaré los siguientes temas, con remisión a las respectivas estrofas: ley y derecho (142-147, 820, 928, 1147-1153); matrimonio (191 y 840); viudedad (759-760); juego y usura (554-556, 1253); barraganas de clérigos (1693-1694); pleitos (496); y una ingeniosa parodia del proceso según el Derecho romano-canónico de la recepción (321-371).