

La libertad de disposición «mortis causa» en el Derecho foral navarro

Por FRANCISCO SALINAS QUIJADA

Doctor en Derecho. Vicepresidente del Consejo de Estudios y Vocal
de la Comisión Compiladora de Derecho navarro

SUMARIO: Preliminares: I. El Derecho de propiedad y la disposición de bienes. 1. Por actos «inter vivos» A) La relatividad de los derechos. B) Propiedad, familia y sociedad. 2. Por actos «mortis causa».—II. Libertad de testar. 1. Consideraciones críticas. A) En general. B) En Navarra. 2. Excepciones. A) Datos históricos. B) Compilación civil foral vigente. a) Usufructo de fidelidad. b) Derechos de los hijos de anteriores matrimonios. c) Reservas y reversiones. d) Dotes. e) Hijos ilegítimos.—III. Legítima foral navarra. 1. Datos históricos. A) Fueros antiguos. B) Fuero General de Navarra. C) Costumbre contra ley. 2. Concepto. Exégesis de la ley 267 del Fuero Nuevo. A) Atribución. B) Formal. C) A cada uno de los herederos forzosos. a) Sujetos beneficiarios. b) Excepciones. c) Exheredación, desheredación y preterición. a') Exheredación o apartamiento. b') Desheredación justa. c') Desheredación injusta. a'') Del usufructo de fidelidad. b'') De los hijos de anteriores matrimonios. c'') De la legítima foral. d') Preterición. D) De cinco sueldos «febles» o «carlines» por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles.

PRELIMINARES

Si bien la libertad de disposición mortis causa va a constituir el tema específico de nuestra atención, he estimado oportuno —como obligado pórtico de entrada— la precedencia de unas consideraciones sobre el derecho de propiedad y las disposiciones de bienes, que nos faciliten el estudio de esta manifestación jurídica del principio de libertad civil sobre el que se asientan la propiedad y familia navarras, es decir, la parte más esencial del Derecho civil foral del antiguo Reino.

I. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA DISPOSICION DE BIENES

1. *Por actos «inter vivos»*

A) LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS

Desde que en la noche de los tiempos el primer salvaje reteniendo su presa dijo: «Esto es mío», y con ello surgió el derecho de propiedad, fue en ese momento cuando nacieron los problemas de la disposición de la cosa.

Porque las facultades de gozar y disponer —a pesar de lo fundamentales que son para constituir el derecho de propiedad y de que no se concibe la propiedad sin ellas— es preciso considerarlas siempre en el organismo general de las relaciones jurídicas humanas, que no permiten —por razón del Derecho mismo— que ninguno de los derechos de la persona pueda aceptarse como el derecho único supremo, sino que exige que cada cual tenga en sí mismo su propio límite, determinado exteriormente —a veces— por el derecho de los demás.

La relatividad de los derechos es un dogma casi universalmente admitido (1).

Y esto hasta tal punto que aquel principio del Derecho romano de que quien usa de su derecho a nadie perjudica, no se puede tomar en un sentido demasiado literal y absoluto, porque resultaría falso y contrario a la concepción social del Derecho.

El ejercicio de los derechos, pues, ha de mantenerse dentro de ciertos límites: intrínsecos, que emanan de la naturaleza del propio derecho; y extrínsecos, venidos de fuera y basados en los derechos de los demás (2).

B) PROPIEDAD, FAMILIA Y SOCIEDAD

En efecto, es indiscutible que existe un orden necesario de relaciones entre la familia (comprendiendo sus diferentes individuos), la sociedad y la propiedad.

Sin este orden no se concibe la existencia física del hombre, y como consecuencia inmediata la existencia de la familia y de la sociedad; y desde el primer acto de ocupación que nos apropia las cosas útiles y necesarias a nuestra vida, jamás puede entenderse constreñido exclusivamente al individuo el derecho de propiedad, pues faltarían las condiciones para existir a los que constituyen la familia y ésta perecería.

(1) MORALES Y GÓMEZ, *Congreso Jurídico Español. Tema séptimo. Sucesión testamentaria e intestada. Sistema de legitimas. Sistema de libertad de testar. Sistemas mixtos. Cuál debe adoptarse en España. Orden de sucesión abintestato*. Madrid, 1886.

(2) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 1.º, vol. 2.º, 11.ª ed., con adiciones de José Luis de los Mozos, Madrid, 1971, pág. 46.

Ello es de sentido común. Volvamos al hombre primitivo con su presa, al que antes nos referimos. Esos órdenes necesarios de relación le llevan irresistiblemente a reservar una parte de ella para su compañera, para sus hijos, que tal vez no puedan procurarse su alimento.

Ya vemos coexistir con la propiedad el orden familiar; y observaremos —siguiendo la marcha de la civilización— cómo es un hecho constante que se estrecha en el individuo la exclusiva disposición de sus bienes según se crean vínculos familiares, y cómo se ensancha más a medida que el hombre se halla más desligado del orden familiar, muertos sus mayores, careciendo de compañera, no habiendo procreado hijos.

En el ejercicio del derecho de propiedad, durante la vida del propietario, los órdenes de relación hacen nacer obligaciones necesarias, que no dependen de la voluntad, ni de la convención: tales son, entre otras, las obligaciones de alimentos (3).

2. Por actos «mortis causa»

En el ejercicio del derecho de propiedad para después de la vida del propietario, esos mismos órdenes de relación exigen que no se desatiendan a los que, surgidos en el orden familiar, no desaparecen falleciendo el propietario.

Las leyes que garantizan esos órdenes de relación creando derechos como todas las leyes de garantías, son «leyes de desconfianza»; aparecen y se forman naturalmente a medida que ésta tiene mayores fundamentos; y la libertad de aquel que está llamado a llenar tan sagrados deberes se limita más o menos según los grados de desconfianza.

De aquí emana la libertad omnímoda de disposición de bienes; y aplicada a las sucesiones: la libertad de testar, las restricciones que constituyen los sistemas mixtos cuando ellas se refieren a ciertos bienes o a determinadas personas, y las restricciones con cuotas fijas forzosas que constituyen el sistema legitimario.

O de otro modo, los siguientes tres sistemas sucesorios:

1. El que permite disponer de la propiedad sin ninguna limitación, pudiendo dejar el patrimonio hereditario a quien se quiera y en la forma en que se desee: es el sistema de la libertad de testar.

2. El que asigna imperativamente un destino a los bienes para su sucesión hereditaria, mediante cuotas fijas que no puede alterar el testador: es el sistema legitimario.

3. El que faculta la libre disposición pero no de una manera absoluta, sino con ciertas restricciones en cuanto a ciertos bienes o determinadas personas: es el sistema mixto.

(3) MORALES Y GÓMEZ, Ob. cit., págs. 21 y 22.

Sobre tales regulaciones fueron los pueblos —a través de la Historia— eligiendo aquella normativa que estimaban les convenía más y, mientras algunos de ellos evolucionaron al socaire de sus necesidades, otros conservaron sus primitivas legislaciones por considerarlas dignas de mantenimiento y supervivencia (4).

Estos tres sistemas sucesorios ampararon las sucesiones hereditarias, que según algún jocoso jurista es la parte más macabra de todo el Derecho (5), mediante los cuales el causante puede disponer de sus bienes para después de su muerte.

La idoneidad y conveniencia legislativa de estos sistemas fue objeto de las más dispares posturas en el Derecho comparado y en la doctrina de autores (6).

Y buena prueba de ello recordaremos algo de lo que se escribió entorno a la libertad de testar —para no salirnos del tema— y que sucintamente exponemos a continuación.

II. LIBERTAD DE TESTAR

1. Consideraciones críticas

A) EN GENERAL

Como los otros sistemas sucesorios: legitimario y mixto, como toda figura institucional, ha tenido la libertad de testar sus detractores y sus defensores.

(4) SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, t. VI, vol. 2.º, Pamplona, 1973, págs. 12 y 13.

(5) VIZCAÍNO CASAS, *El revés del Derecho*, Madrid, 1973, pág. 196.

(6) SALINAS QUIJADA, ob., t. y vol. citados, págs. 13 y ss. Sobre la polémica del período de la codificación española, entre otros autores —pues es raro el tratadista que no aborde el tema— en la doctrina general pueden consultarse: VALLET DE GOYISOLO, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, *Las legítimas*, Madrid, 1974, págs. 24 y ss.; y LIÑAN EGUIZÁBAL, *Libertad de testar*, Madrid, 1883. Los autores navarros excusamos decir que estudiaron el tema de la libertad de testar. Monográficamente: CUADRA SALCEDO, *Ensayo para un estudio de la libertad de testar en la legislación navarra*, Zaragoza, 1891; y ARRIAGA SAGARRA, *Libertad de testar, legítima foral y desheredación en el Derecho navarro*, Pamplona, 1948. En sus respectivas obras generales, también escribieron sobre la libertad de testar y legítima foral: 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*, por D..., dos vols. Madrid, 1848 y 1849; Pamplona, 1964, págs. 313 y ss., t. 1.º, ed. de 1964; MORALES Y GÓMEZ, *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra, que deben quedar subsistentes como excepción del Código general, y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona, 1884, págs. 81 y ss.; BIBLIOTECA JUDICIAL, *Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Navarra*, con un Prólogo de D. Francisco Javier Castejón y Elío, Madrid, 1888, t. 2.º, págs. 100 y ss.; BARRACHINA, *Derecho Foral Español, en sus relaciones con el Código civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Castellón, 1911-12, t. III, págs. 505 y ss.; LACARRA y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho civil navarro*, Pamplona, 1917 y 1932; otra ed. con puesta al día por Bernardo Lacarra y de Miguel, Pamplona, 1964, págs. 363 y ss.; SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, t. VI, vol. 2.º, caps. XIV, páginas 11 y ss., XV, págs. 29 y ss. y XIX, págs. 219 y ss.

Los detractores, abogando por el sistema del legítimas del Código civil, y reservando una parte a los herederos forzosos, escribieron entre otras cosas:

1) Que es justo que los que participaron en la formación de la propiedad de la Casa recobren la parte que les corresponde al fallecer el titular de la misma. En el sentir de Azcárate, las legítimas entre los germanos eran «una consecuencia de la copropiedad de la familia» (7).

2) Que es preciso tener en cuenta el lazo de familia, y que el testador debe respetar las obligaciones naturales dimanantes del matrimonio y del parentesco. Como escribe García Goyena citando las palabras de un jurista contemporáneo: «los padres y madres, que han dado la existencia natural, no deben tener la libertad de hacerles perder arbitrariamente la existencia civil bajo una relación tan esencial como la de los bienes o fortuna; y aunque deben quedar libres en el ejercicio de su derecho de propiedad, deben también llenar los deberes que les impone la paternidad para con los hijos y para con la sociedad (8).

3) Que los hombres renacen en sus descendientes, y si es un hecho la transmisión de las cualidades biológicas, las virtudes y los defectos de los antepasados, es natural que se transmitan los bienes y que se hereden las cosas de los padres. Según Scaevola: «Sentado el derecho de los hijos a heredar a sus padres, ¿qué razones pueden abonar la diferencia entre ellos? Si todos tienen igual valor en el orden fisiológico respecto a sus progenitores, ¿por qué asignarles valor jurídico distinto? A la igualdad de las leyes en el orden de la naturaleza debe corresponder la igualdad en el orden del derecho» (9).

4) Como razón de tipo político se aduce que las legítimas largas, al obligar a dividir las fortunas, favorecen la democracia; no habiendo peligro de que la propiedad se acumule en pocas manos, ni por tanto, que se reproduzca en España un estado social semejante al que sugirió la célebre frase: «*Latifundia perdiere Italian*»; sino que, por el contrario con el sistema de legítimas se

(7) AZCÁRATE, GUMERSINDO, *Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad*, t. III, Madrid, 1883, pág. 77. Este argumento de la copropiedad familiar es combatido por CUADRA SALCEDO en su *Ensayo para un estudio...*, ob. cit., págs. 23 y ss., y ALONSO MARTÍNEZ, en *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, t. I, Madrid, 1947, págs. 98 y 99.

(8) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión ed. 1852 al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, pág. 487. No está conforme con este razonamiento CUADRA SALCEDO en su *Ensayo para un estudio...*, ob. cit., págs. 20, 21 y 22, citando a COSTA en *La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*, Madrid, 1883.

(9) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado extensamente*, t. XIV, 4.ª ed., Madrid, 1944, pág. 173. Sustenta doctrina contraria CUADRA SALCEDO en su *Ensayo para un estudio...*, ob. cit., págs. 22 y 23.

favorece la movilización de la propiedad, aumentándose el número de pequeños propietarios, mientras que la libertad de testar es un obstáculo para todo ello (10).

5) Y como razón de tipo individualista, basada en el principio de igualdad, el que la naturaleza ha hecho esencialmente iguales a los hermanos y les hace violencia la ley que les otorga derechos diversos (11).

Tales argumentos entre otros más de distinta índole que sería prolijo traer a colación, máxime cuando en los que quedaron resumidos se concretan los más conspicuos de todos ellos.

Tampoco los defensores de la libertad de testar se quedaron cortos en sus razonamientos, que sistematizamos muy sucintamente a este tenor:

1) *Razón económica.* La división necesaria de la herencia conduce a una excesiva división de la propiedad y a la disgregación de la familia. Precisamente fue esta circunstancia la que le hizo escribir a Nougues: «Dividid extremadamente la propiedad y desaparecerá ésta con todas sus ventajas: no habrá verdaderamente propietarios —porque no lo es el que no puede vivir con ella cultivándola— sino infelices poseedores de pequeñas suertes de tierra que trabajarán para obtener un miserable alimento, que tendrán que vender sus frutos por menos de lo que valen, y que se verán precisados a postrarse ante un usurero para recobrar un préstamo ruinoso, ante un tendero que los esquilme a cambio de algunas monedas que les adelante o algunos efectos que les preste» (12).

Por eso, el heredero forzoso, al sentirse seguro en la percepción de la herencia, no siente el aguijón que le haría activo y laborioso, prefiriendo malvivir en su propia miseria.

(10) ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus...*, ob. cit., pág. 141. En contra de esta argumentación también aduce CUADRA SALCEDO razones políticas en su *Ensayo para un estudio...*, ob. cit., págs. 27 y ss., con citas —que completamos por nuestra parte: DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883; LE PLAY, *Les Ouvriers européens*, págs. 286 a 289; ANCILLON, *De l'esprit des Constitutions politiques*, París, 1850, y otros.

(11) ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus...*, ob. cit., págs. 111 y 112.

(12) NOUGUES, según cita de FRANCO LÓPEZ, en *Memoria de las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho aragonés*, III, Zaragoza, 1886, págs. 86 y ss. Abundan en la misma línea respecto a que la excesiva división de la propiedad destruye la riqueza, tanto agrícola como industrial: CUADRA SALCEDO, *Ensayos para un estudio...*, ob. cit., págs. 49 y ss., y LIÑÁN Y EDUIZÁBAL, *Libertad de testar*, ob. cit., págs. 48 y ss.; que añade —curiosamente— es la libertad de testar el único medio de llegar a la unidad legislativa —de lo que en modo alguno somos partidarios—, pues otros sistemas sucesorios no aceptarían las legislaciones forales, págs. 52 y ss., estimando que, además, por el sistema de libertad de testar se podrían lograr patrimonios importantes que posibilitaran el acceso al Senado de personas de relieve, que, en cambio, por el sistema de sucesión forzosa se verían privadas de esta gestión en perjuicio de la nación, págs. 55 y ss. Esta razón económica es defendida, asimismo, por DURÁN Y BAS, en *Memoria acerca...*, ob. cit., página 230; y COSTA, *La libertad civil...*, ob. cit., pág. 527.

No es extraño que en esta misma línea hubiera quien dijera que la primogenitura tiene una gran ventaja: hace que exista un solo tonto en la familia.

2) *Razón familiar.* La libertad de testar robustece la autoridad paterna, y hace que los hijos se preocupen de merecer el afecto de sus padres (13); favorece la cooperación y el trabajo de los hijos (14); aglutina las familias impidiendo su disgregación (15); conserva las tradiciones familiares (16); y acierta con mejores posibilidades en la designación de heredero (17).

3) *Razón jurídica.* La libertad de testar tiene su fundamento en el *ius disponendi* del propietario, del que es una consecuencia; «*ius disponendi*» que no se circunscribe a lo actual, sino que atiende a lo futuro, fundamento y materia, también del derecho de propiedad, y que de ningún modo más consciente serán cumplidos que por manifestación expresa de la voluntad del difunto, por ser quien mejor conoce ese conjunto de deberes que deja a su muerte pendientes de cumplimiento (18).

4) *Razón de equidad.* Una razón de un gran sentido común, y es que con el sistema legitimario forzoso a los padres les resulta imposible la libertad de testar y disponer como quieran; sin embargo, con el sistema de libertad de testar pueden dejar a los hijos de igual forma y proporción que si se observara el sistema legitimario; como sucede en la inmensa mayoría de las ocasiones.

5) *Razón individualista.* En virtud de los derechos de personalidad y libertad, porque, como escribió Sánchez Román, estos derechos: «que se fundan en la naturaleza racional y moral del hombre y hacen necesario el que pueda disponer por acto de última voluntad de las relaciones destinadas a sobrevivirle, no pueden ser objeto de limitaciones legales y arbitrarias», y «porque esa libertad le permite cumplir con el conjunto de deberes que las relaciones de su vida han creado, que le son imputables, y que los más elementales principios de justicia reclaman que sean cumplidos» (19).

6) *Razón foral.* Y sobre todas las razones dichas, hay una que foralmente resulta indiscutible, como es: la esencia de nuestro propio Derecho privativo.

(13) CUADRA SALCEDO, *Ensayos para un estudio...*, págs. 36 y ss.; y LIÑÁN Y EGUÍZÁBAL, *Libertad de testar*, págs. 13 y ss.

(14) MARTÍN BALLESTERO, *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, páginas 9 y ss.

(15) COSTA, *La libertad de testar y las legítimas*, Madrid, 1883, pág. 516.

(16) DURÁN Y BAS, *Memoria acerca...*, ob. cit., pág. 225.

(17) COSTA, *La libertad de testar...*, ob. cit., pág. 522.

(18) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. VI-II, 2.ª ed., Madrid, 1910, pág. 720. Insiste en ello CUADRA SALCEDO, *Ensayo para un estudio...*, ob. cit., págs. 17 y ss., y LIÑÁN Y EGUÍZÁBAL, *Libertad de testar*, ob. cit., páginas 11 y ss.

(19) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho...*, ob. cit., pág. 721. Del mismo modo se expresa CUADRA SALCEDO, *Ensayo para un estudio...*, ob. cit., páginas 14 y ss.

B) EN NAVARRA

Acabo de alegar como razón fundamental en favor de la libertad de testar la de que constituye la esencia de nuestro Derecho privativo.

En efecto, el sistema jurídico navarro no está informado por el principio individualista, ni —en su consecuencia— desconoce aquel orden de relaciones morales, familiares y sociales a que antes hice referencia (20), ni proclama la soberanía del individuo sin más concepto de la naturaleza de los deberes que engendran esos órdenes, sino su propia y absoluta voluntad. De ninguna manera.

Ya en la legislación histórica de Navarra se establecía la obligación de alimentos entre padres e hijos, y en favor de la esposa. Y como en nuestra tradición jurídica, en la actualidad se determina: la obligación de dotar; el usufructo de viudedad en favor del cónyuge viudo, las reservas y reversiones, la limitación de disposición inter vivos y mortis causa del que contrajo segundo matrimonio teniendo hijos de primero, la prohibición de dejar bienes al hijo de adulterio, la troncalidad, el retracto, etc.

Ello indica que la legislación navarra está informada por el principio familiar; pero no es obstáculo a que esta legislación aceptando dogmáticamente que los padres de familia, jefes de familia, no han de desconocer el orden necesario de relaciones que queda mencionado, no estime necesario establecer algunas de esas garantías, esas leyes de desconfianza a las que también antes me he referido.

Por ello, en Navarra, a distinto de lo que ocurre en otras legislaciones en que la libertad de testar va acreciendo a la limitación de disposición, de la limitación de testar va acreciendo a la libertad de disposición (21).

Y la explicación no es otra que la libertad de testar en Navarra en orden a la organización de la familia y de la propiedad responde con verdadero abatimiento, con la misma seguridad que la sombra responde a la luz.

En efecto, como he escrito en otras ocasiones —y bueno será ahora recordar— con ocasión del Congreso Nacinal de Derecho civil de Zaragoza de 1946, defendimos los navarros que nuestro Derecho foral no debía concebirse como un conjunto de normas que vinieran a regular una serie de instituciones aisladas, puestas unas detrás de otras, siempre cara a cara, por no decir en franca pugna y rebeldía con las recogidas por el Derecho común del resto de la nación; sino que tuvimos oportunidad de definirlo —cuando presentamos la oportuna enmienda a la Conclusión tercera provisional de la Ponencia— del siguiente modo: «El Derecho civil navarro

(20) I, 1.

(21) SALINAS QUIJADA, *Temas de Derecho Foral Navarro*, Pamplona, 1958, página 419.

no se reduce a aisladas instituciones que se han considerado características de esta región; representa un tipo específico de organización de la familia y de la propiedad; pero entraña también una concepción peculiar y privativa del Derecho civil, enraizada en una tradición secular y que se armoniza a través de sus normas con un *modus essendi* que matiza las instituciones con peculiaridades que no pueden reflejarse siempre y exactamente en las normas escritas» (22).

Es decir, el Derecho civil navarro representa un tipo específico de organización de la familia y de la propiedad, además de esa concepción peculiar, tan a su modo de ser.

El Derecho de Navarra trasciende del Derecho escrito. Por eso la ley navarra no es más que una manifestación parcial de su Derecho que es necesario complementarla con los usos tradicionales y los temperamentos de conducta consagrados por las generaciones pasadas y con un sentido de responsabilidad sobre las generaciones futuras (23).

La ley 4 del Fuero Nuevo dice que son principios generales los de Derecho natural o histórico que informan el total ordenamiento civil navarro y los que resultan de sus disposiciones.

Entre estos principios se cuenta en primer lugar el principio de la libertad civil, cuyos efectos pueden ser normativos y patrimoniales.

Como normativos es de tener en cuenta —y se comprende perfectamente— la costumbre contra ley, en actividad o por el desuso.

Y como patrimoniales, en los contratos, el «paramiento fuero vienze», proclamado en la ley 7, disponiendo que la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho.

Pues bien, en las sucesiones, los efectos son precisamente la libertad de testar, la legítima foral, el testamento de hermandad, el testamento de confianza, el testamento ante Párroco y el testamento ante testigos (24).

Pero lo que más nos interesa destacar, en el momento, de este principio de libertad civil es que sirve y coadyuva para la consecución de otro de los principios fundamentales en el Derecho civil de Navarra: el de concentración familiar y permanencia de la Casa, que constituye la principal razón de ser de todo nuestro Derecho disponiéndose todas las leyes forales en orden a conseguir este objetivo: la perpetuación de la familia y la continuidad de la Casa (25).

Y para ayudar al logro de este principio, se multiplican una

(22) SALINAS QUIJADA, *Estudios de Historia del Derecho Foral de Navarra*, Pamplona, 1978, pág. 47.

(23) SANTAMARÍA ANSA, *El Derecho Civil de Navarra*, Pamplona, 1955, página 18.

(24) SALINAS QUIJADA, *La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Pamplona, 1973, págs. 15 y 16.

(25) SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de...*, ob. cit., t. I, Pamplona, 1971, páginas 268 y ss.

serie de instituciones, como: el régimen de conquistas, el usufructo de fidelidad, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones propter nupcias, las leyes sobre segundas nupcias, los parientes mayores, el sucesor único, las dotes, las arras, la troncalidad, el retracto de sangre: todo para la perpetuación de la familia y la continuidad de la Casa (26).

Y es que la familia navarra, la Casa navarra es así. Las familias gozan de una vida varias veces secular. Los bienes que hoy posee una familia son los mismos que hace dos o tres siglos poseían sus antepasados. Consideráse una mengua el vender fincas de la familia y únicamente las familias que se arruinan o desaparecen —muy contadas afortunadamente— venden el hogar paterno, la Casa de la familia que tiene un valor verdadero inapreciable para cuantos han nacido en ella.

Esta subsistencia secular de la familia da en Navarra una importancia considerable a la entidad llamada Casa. Los individuos pertenecientes a la Casa o familia cambian continuamente, pero la Casa subsiste a través de las generaciones y de las edades. Por eso, la Casa tiene más importancia que los dueños actuales, aunque sean éstos los que rijan —por el momento— sus destinos.

Las Casas tienen un nombre por el que son universalmente conocidas. Y cuando dichos nombres se repiten en otros pueblos, entonces junto al nombre de la Casa se añade el del lugar, para distinguirlos.

Las personas se conocen mejor con el nombre de la Casa a que pertenecen que por sus propios apellidos; y lo mismo ocurre cuando se trata de descripciones de fincas en las que se nombra la Casa del colindante.

Más todavía, las personas que constituyen la familia son designadas, más que por su nombre propio, por el cargo que ocupan en la Casa, con los apelativos de amo de Casa, dueña de Casa, hijo de la Casa o hija de Casa. Y cuando hay donantes y donatarios se habla del dueño viejo de tal Casa, y del dueño joven de la misma Casa.

Esta importancia de la entidad, familia o Casa en Navarra supone desde luego cierta absorción de los intereses y de los derechos individuales por los intereses y derechos de dicha pequeña entidad social. Pero decimos «cierta», sin decir enteramente, porque en Navarra reconociendo que tanto el individuo como la familia tienen sus fines propios, se procura armonizar los intereses y derechos de la familia, como organismo, con los intereses y derechos de las personas pertenecientes a la misma.

Pero, naturalmente, la conservación de la unidad del patrimonio de la familia exige algún pequeño sacrificio que merece la pena; sacrificio exiguo para las ventajas enormes que reporta. La mejor demostración, cómo llega a venerarse por los hijos que salen de la Casa, la Casa misma. En cuanto pueden obtener un

(26) SALINAS QUIJADA, *La Compilación del...*, ob. cit., págs. 17 y 18.

descanso de sus actividades pasan una temporada en la Casa nativa, y hasta se refugian en ella para pasar los últimos años de su vida; e, incluso, si tales hijos llegan a carecer de descendencia, no es extraño ver cómo sus fortunas las dejan para la Casa, como sucede en muchísimos casos de emigrantes que vuelven con sus ahorros, y con los que han vestido el hábito talar.

Pero es que también la Casa atiende a aquellos hijos que salieron de la misma. Cuantos han nacido en la casa tienen derecho a vivir en ella, y también a morir. En las capitulaciones matrimoniales se habrá consignado de una manera terminante la obligación del sucesor de mantener a sus hermanos, vestirles y tenerles en su compañía, estén sanos o enfermos.

Nadie, por tanto, puede ser despedido de la Casa familiar mientras trabaje lo que es razonable en beneficio de ella; nunca le faltará nada, tal vez un poco de independencia, pero si se lleva a bien con sus hermanos donatarios, seguramente será bastante más dichoso trabajando en la Casa.

En cuanto a los hijos o hijas solteros, mientras no se casen pueden seguir viviendo en la Casa; lo mismo que cuando no quieran salir a vivir fuera de la misma.

Como consecuencia de todo ello, así como en el régimen común cuando fallecen los padres se dispersa la familia dejando hijos menores de edad, en Navarra no sucede tal cosa: los hermanos continúan unidos, y únicamente se procura acelerar el momento de transmitir la herencia a uno de ellos para que la Casa tenga ya su jefe y los bienes su dueño. El extraordinario afecto que todos tienen el patrimonio familiar, y sobre todo, a la Casa, facilita indudablemente la unión entre todos los hermanos.

Por ello, con la libertad de testar, y la designación del sucesor de la Casa, se transmite íntegro el patrimonio de la familia, y se defiende la pequeña propiedad rústica. La verdad es que no existen grandes terratenientes, pero sí en cambio muchos labradores bien acomodados. Es decir, se establece una verdadera democracia que nunca podrá ser una realidad en el orden político y económico mientras no esté basada en la independencia económica de los más, o a lo menos en una clase muy numerosa; contribuyendo con ello a acrecentar la prosperidad general y a hacer dichosa la vida de los individuos.

En resumen: la libertad de testar ha perdurado en Navarra siglos enteros, hasta nuestros días; y con ella ha alcanzado la familia esa organización sapientísima que todos se complacen en reconocer y aplaudir como el modelo más perfecto, como el ideal más acabado (27).

(27) SALINAS QUIJADA, *Temas de Derecho...*, ob. cit., págs. 423 y s.

2. Excepciones

Pero, esta libertad de testar en Navarra, ¿lo es de modo absoluto? ¿No hay en la ley foral ningún límite de esta facultad de disposición?

Debemos adelantarnos a sentar la negativa, ya que existen restricciones dentro de nuestro Derecho privativo, que someramente vamos a enumerar históricamente y en la legislación vigente.

A) DATOS HISTÓRICOS

Históricamente es de anotar que antes, en el Valle de Allín, y en algunos pueblos del Valle de Yerri —según escribe Lacarra Mendiluce— existían algunas costumbres locales en las que se repartían los bienes con igualdad entre los hijos de los partibles o de condición de labradores. Dichas costumbres desde hace años han desaparecido, y se hace uso de la legítima foral como en el resto de Navarra (28).

B) COMPILACIÓN CIVIL FORAL VIGENTE

La ley 149 de la Compilación foral dice lo siguiente: «Los navarros pueden disponer libremente de sus bienes, sin más restricciones que las establecidas en el Título X de este Libro...» limitaciones del tít. X del lib. II, que son las siguientes: usufructo viudal (cap. I); legítima navarra (cap. II); de los derechos de los hijos de anterior matrimonio (cap. III); de las reservas (cap. IV) y de la reversión de bienes (cap. V).

Pero además de dichas limitaciones de la libertad de disposición hay en nuestro Fuero Nuevo otras de ellas, dispersas en su normativa, a saber: de la dote (cap. I, tít. XII, lib. I), y sobre hijos ilegítimos.

Daremos una sucinta noticia de tales limitaciones, para examinar con mayor profundidad y extensión de entre las mismas la legítima foral a la que se contrae singularmente —junto con la libertad de testar— el tema que nos ocupa.

a) *Usufructo de fidelidad*

Según la ley 253 del Fuero Nuevo: «El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento».

(28) LACARRA Mendiluce, *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., t. 2.º, Pamplona, 1932, pág. 140.

Como escribe Abadía: «Algún autor se pregunta por qué Navarra donde hay libertad de testar —de testar y de pactar— un cónyuge no ha de poder privar al otro del usufructo foral, si quien puede lo más puede lo menos; y el argumento hay que hacerlo al revés, a nuestro juicio, porque, efectivamente, es del Fuero de donde emana el usufructo de viudedad y nadie puede arrebatarlo; pero, precisamente, porque por ministerio de la ley se otorga este usufructo, equivalente a una legítima en favor del consorte viudo y por extensión de sus hijos, es más fácil llegar a aceptar el principio de libertad de testar ya que esa libertad queda notoriamente restringida y así es porque, aunque el testador distribuya sus bienes en legados, éstos no se pagan, si el usufructuario quiere, hasta que termine su disfrute. Si el heredero aguarda, los legatarios han de esperar también por fundamento idéntico; aunque las mandas piosas siempre se abonan inmediatamente, por ser deudas del difunto, y lo mismo se hace, en la práctica, con los legados de cantidades reducidas» (29).

Bajo otro aspecto puede decirse que, por ello, los hijos nada perciben de la herencia de sus padres hasta la muerte de ambos.

Y el usufructo se extiende a todos los bienes y derechos pertenecientes al cónyuge premuerto, aunque estén afectos a llamamiento, reversión o restitución, con las únicas excepciones señaladas en la ley 255 (30).

b) *Derechos de los hijos de anteriores matrimonios*

Es el caso del cónyuge que pasa a segundas nupcias con hijos del primer matrimonio. En este supuesto no tiene libertad de testar sino —según la ley 272 del Fuero Nuevo— los hijos de anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio. Si recibieren menos, el defecto se corregirá igualando a los perjudicados con cargo a los beneficiarios, sin alterar las participaciones de los demás (31).

c) *Reservas y reversiones*

Y seguimos con las limitaciones de la libertad de testar. Esta vez con las reservas establecidas en la ley 274 del Fuero Nuevo disponiendo que el padre o madre que reiterase nupcias está obligado a reservar y dejar a los hijos del matrimonio anterior, o a los descendientes legítimos de los mismos, la propiedad de los

(29) ABADÍA ESCOLA, *Los derechos del cónyuge viudo en la legislación foral de Navarra*, Pamplona, 1956, pág. 16.

(30) ARREGUI GIL, *La fidelidad vidual en el Derecho privado de Navarra*, Pamplona, 1968, págs. 114 y ss.; SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de...*, ob. cit., t. VI, vol. 2.º, cap. XX, núms. 1 y 2, págs. 262 y ss.

(31) YABEN Y YABEN, *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916, págs. 45 y ss.

bienes que por cualquier título lucrativo, a excepción de las arras, hubiera recibido de su difunto cónyuge, de los hijos que él hubiera tenido o de los descendientes legítimos de éstos.

Y también limitación de disponer mortis causa es la reversión de bienes que establece con carácter general la ley 279 diciendo que salvo renuncia del donante o pacto en contrario, harán reversión al ascendiente los bienes que éste hubiere transmitido por título lucrativo a un descendiente legítimo, natural reconocido o adoptado con adopción plena, que hubiera premuerto sin dejar descendencia legítima. Ello, aparte de otras reversiones en casos especiales a las que se refiere la ley 280 de la Compilación civil foral, cuando se tratare de bienes que el causante hubiere adquirido por donación propter nuptias, dote o donación (32).

d) Dotes

También —en cierto modo— constituye excepción a la libertad de testar la dote necesaria establecida por la ley 120 del Fuero Nuevo respecto al ajuar y arreos que en la misma se especifican a favor de los hijos.

En realidad, no había en la legislación foral precepto alguno que determinara la obligatoriedad de dotar, aunque existían varias leyes que la suponían impuesta por la costumbre; mirándose con tal respeto esta obligación que, a falta de bienes distintos que constituir la dote, podía hacerse con los bienes de mayorazgo siempre que dichas hijas fuesen descendientes en línea directa del fundador; cuya disposición se extendió después a las nietas y demás descendientes legítimas (33).

La indicada ley 120 del Fuero Nuevo privó a la dote el carácter de obligatoria, atribuyéndole el de «necesaria» en la forma expresada, y que constituye —en menor cuantía— sin género de dudas, una limitación de la libertad de testar.

e) Hijos ilegítimos

También hay limitación de la libertad de testar cuando se trata de hijos ilegítimos, quienes —según la ley 302 del Fuero Nuevo— no concurriendo en ellos la condición de naturales reconocidos, sólo tienen derecho a alimentos, si se hallaren en situación legal de poder exigirlos (34).

(32) SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de...*, ob. cit., t. VI, vol. 2.º, cap. XX, números 1, 3 y 4, págs. 262 y ss. y 301 y ss.

(33) SALINAS QUIJADA, *La relación jurídico-dotal en el Derecho foral navarro*, en la Revista «Príncipe de Viana», año VII, núm. XXIII, Pamplona, 1946, págs. 309 y ss.; *La dote en el Derecho foral navarro*, en la «Revista Jurídica de Cataluña», núm. 5, septiembre-octubre, Barcelona, 1957, páginas 387 y ss., y *Derecho civil de...*, ob. cit., t. V, vol. 2.º, cap. XII, págs. 223 y siguientes.

(34) SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de...*, ob. cit., t. V, vol. 1.º, cap. XI, páginas 253 y ss.

III. LEGITIMA FORAL NAVARRA

1. Datos históricos

Respecto al desarrollo histórico, sus alternativas conceptuales y sus complejas vicisitudes la legitima navarra corre pareja con la libertad de testar, precisamente por ser una limitación de la misma; y estas vidas paralelas desde los más remotos tiempos.

A) FUEROS ANTIGUOS

Los primitivos orígenes de la testamentifacción en Navarra no es posible encontrarlos en la ley, sino en la costumbre.

Esto me hace recordar aquellas palabras de Vicente de la Fuente cuando decía que suelen los abogados y juristas tener la manía de ir a buscar los orígenes de las libertades en las leyes, que es precisamente donde se suelen perder.

Así, este mismo autor asegura, que no ya en el año 782, sino en el 711, los primeros navarros tenían *libertad libérrima* (sic) de testar; y, aun antes de dicha fecha, si no la tenían, se la tomaban (35). Y ello tiene una explicación muy natural.

Situada Navarra en el extremo norte de la península, la dominación goda, y después la sarracena, ejercieron escasa influencia por su posición geográfica y, más que todo, por el carácter fieramente independiente de sus naturales, poco acostumbrados a sufrir yugo alguno extranjero.

Por ello, conservaron casi en su integridad las primitivas costumbres; sin que el Fuero Juzgo Castellano —con sus legítimas— rigiera allí como Código general, cuando tan siquiera era conocido. Costumbres —como digo— amparaban la libertad de testar.

Vienen a ello a confirmarlo especialmente dos precedentes forales legislativos:

1. *El Fuero de Peralta* del año 1144 en que lo concedió el Rey D. García. Nada dice acerca de este particular, con lo cual parece dejar a los padres en completa libertad de testar como consuetudinariamente venía establecido.

2. *El Fuero de Jaca*, que el Rey D. Alfonso II otorga en 1187, aparece explícitamente —y así se consigna— la libertad absoluta de testar, que no podía conceder porque ya existía.

Prescindiendo de otros antecedentes históricos que el estrecho margen editorial nos impide entrar en ellos, éste era el *statu quo* existente al advenimiento del Fuero General: una absoluta libertad de testar nacida y mantenida por la costumbre (36).

(35) DE LA FUENTE, *Estudios críticos sobre la historia y el Derecho de Aragón*, 3 vols., Madrid, 1884-86 (Colección de Escritores Castellanos, tomos 22, 34 y 47).

(36) SALLINAS QUIJADA, *Derecho civil de...*, ob. cit., t. VI, vol. 2.º, páginas 30 y 31.

B) FUERO GENERAL DE NAVARRA

Pero —cosa curiosísima— lo que por costumbre venía a suponer una absoluta disposición *mortis causa*, cuando aparece regulada por vez primera en un Código general navarro, es recortada ostensiblemente en sus márgenes facultativos, tanto para los nobles como para los villanos, como señalaremos —concretamente— en este Fuero General.

Respecto a los *ricoshombres, caballeros y dueñas de linaje* (37) podían asignar a una criatura más que a otra, es decir, podían entre sus hijos legítimos dar a unos más que a otros, pero con una condición: heredando a todos los hijos *como Fuero manda*: o sea, prohibiendo se dejase enteramente desheredado a alguno de los hijos, de no mediar alguna justa causa de desheredación.

¿Y qué mandaba el Fuero en orden a qué debían heredar, por lo menos, todos los hijos? Pues lo necesario para constituir *una vecindad*, consistente en: *una casa cubierta*, con tres vigas a lo largo que fuera de diez codos sin el canto de las paredes; o si no, otro tanto de casal viejo que hubiese estado cubierto y tuviera salida.

Sembradura de dos robos de trigo, y ctra sembradura de un cahíz de trigo. La mitad de estas tierras debían estar dentro del término de la villa, y la otra mitad donde quisieren los hijos, pero fuera del mismo.

Una arinzada de viña, donde quisieren los hijos, que medía setenta y dos varas de longitud y una de latitud (38).

Un huerto en el que cupiesen trece coles de cabeza grande sin que se tocaran sus raíces.

Y una era en que se pudiese trillar sin que molestaran los vecinos.

Esta era la legítima del Fuero, en la que debían instituirse —por lo menos— todos los hijos de los nobles.

Pero los villanos también tenían su limitación lo mismo que los labradores, pero más rigurosa que la legítima de los infanzones acabada de expresar.

En efecto, así como a los de la nobleza la ley les permitía disponer libremente de sus bienes, con la única condición de no dejar a ningún hijo sin la vecindad, que quedó dicho en qué consistía, a los villanos y labradores la ley dedicaba una normativa totalmente distinta: en principio les prohibía absolutamente dejar a un hijo más que a otro, es decir, imponía un sistema legitimario de

(37) SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de...*, ob. cit., t. II, cap. II, núm. 2, B), páginas 42 y ss.

(38) Según el *Diccionario de palabras anticuadas*, de YANGUAS Y MIRANDA (Pamplona, 1854), pág. 10, es «Arinzada, aranzada o arranzada: Medida de vino, como de un cántaro o carapito; algunas veces se confunde con la medida de tierras llamada arienzo». «Arienzo» que es —según este mismo autor— en el lugar indicado: «Medida de tierras de 72 pérticas de longitud y una de latitud». Y en este último sentido conceptual integraba la «vecindat», en que consistía la legítima.

cuotas fijas; con la única excepción de permitirles una mejora muy poco considerable, pero solamente en vida por razón de matrimonio: una viña o una pieza en inmuebles, y respecto a los muebles toleraba las ayudas que el padre y la madre quisieran prestar a sus hijos en ganado, ropa, alimentos, y muebles-casa, de lo que podían dar a un hijo más que a otro (39).

Pero esto en vida. Por testamento o donación mortis causa no podían dar a una criatura más que a otra. El sistema legitimario no podía ser más riguroso, como jamás legislación recogió.

Mediaba un abismo entre la libertad de testar nacida y sostenida por la costumbre y confirmada por nuestros antiguos Fueros, constitutivos de nuestras primitivas legislaciones y esta normativa del Fuero General de Navarra, que tanto para ricos hombres, caballeros e infanzones, villanos y labradores, les había impuesto un sistema legitimario muy exigente.

C) COSTUMBRE CONTRA LEY (40)

Bien fácilmente puede comprenderse que siendo tan independiente el temperamento navarro, no pudiera aguantar con paciencia estas limitaciones de su libertad de testar; aunque provinieran de un Código elaborado por los mejores juristas del Reino, en cumplimiento del encargo formulado por el primer Rey de la Casa de Champaña, Teobaldo I.

¿Y qué hizo el pueblo navarro? Lo mismo que efectuó muchas veces a través de su vida histórica cuando le repugnaba cualquier manifestación del Derecho escrito (41), no sólo desobedecer la ley, sino desencadenar una costumbre en contrario para derogarla.

Pero esta guerra que el pueblo navarro declara a la ley limitativa de su libertad de testar, no corre el riesgo de pretender ganarla en una sola batalla.

Era muy aventurado jugarse todo a una carta: perdiendo la batalla hubiera perdido la guerra.

Y por ello, el pueblo comienza a establecer costumbres parciales contrarias a aquellas leyes, las que una vez arraigadas en su vida social pasan a ser recogidas en otras leyes, que van sucesivamente derogando las limitativas de la libertad de testar, hasta conseguir por último esta plena libertad de disposición mortis causa.

Veamos cronológicamente este proceso consuetudinario con trascendencia legislativa.

(39) SALINAS QUIJADA, *Libertad de testar en Navarra*, en la Revista «Pregón», de Pamplona, julio de 1966.

(40) SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de...*, ob. cit., t. VI, vol. 2.º, páginas 35 y ss.

(41) SALINAS QUIJADA, *La costumbre foral, especialmente en Navarra*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», año CXVII, mayo de 1968, número 5, t. LVI de la 2.ª época, Madrid, ed. sep.

1. Cuando se trata de donaciones propter nupcias efectuadas por infanzones en contemplación a un matrimonio con llamamiento de hijos se introduce la libertad de testar, pudiendo los padres dar a ese hijo que contrae matrimonio todo, y excluir a los demás; y no digamos dar a aquél más que al resto de sus hermanos.

Esta costumbre es aprobada como ley en las Cortes de Pamplona del año 1576 (42).

2. Alcanzada esta primera cota, la costumbre navarra se extiende en el campo aplicativo de la anterior: decíamos que introduce la libertad de testar de los infanzones en esa institución concreta de las donaciones propter nupcias. Pues bien, la costumbre, esa libertad de testar de infanzones consigue extenderla no sólo a las donaciones propter nupcias sino también a cualesquiera disposiciones de última voluntad e, incluso, a los contratos hechos inter vivos.

Y nuevamente, esta costumbre es también sancionada como ley en las Cortes de Tudela de 1583 (43).

3. La costumbre iba ganando terreno para la libertad de testar. Y fue entonces, en el transcurrir de un siglo —exactamente ciento cinco años— cuando el pueblo navarro se decidió a conquistar el último baluarte de la libertad dispositiva sucesoria, empleando una gran astucia; a saber: la legítima forzosa real que venía subsistiendo —con las atenuaciones dichas— convertirla definitivamente en una legítima totalmente formularia.

Con ello se lograría una absoluta libertad de testar. Y a fe que lo consiguió, pasando al Derecho escrito en ley aprobada por las Cortes de Pamplona del año 1688, recogida en la XVI, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilación de Navarra (44).

Esta ley tiene la sinceridad de reconocer y de decir: «que por uso estilo y costumbre inconcusa, e inviolablemente observada de tiempo inmemorial a esta parte, han tenido la facultad de disponer libremente de todos sus bienes, que no fueren de condición de labradores, los padres legítimos y naturales de este Reino.

Sin que los hijos legítimos y naturales hayan tenido y tengan otro derecho que el de la legítima foral, reducida por dicha costumbre a sólo cinco sueldos y una robada de tierra en los montes comunes».

Terminando la ley de que, en adelante, se observe y guarde inviolablemente la dicha costumbre y libertad absoluta.

(42) Fue recogida esta ley en la IV, tít. VII, lib. III, de la Novísima Recopilación de Navarra, que intitula: «Que en las donaciones y contratos donde están llamados los hijos de aquel matrimonio subcedan por desiguales parte á voluntad de los padres». Puede consultarse: SALINAS QUIJADA, *Derecho civil...*, ob. cit., t. V, vol. 2.º, caps. XIX y XX, págs. 92 y 93.

(43) Recogida esta ley en la V, tít. VII, lib. III, de la Novísima Recopilación de Navarra, que intitula: «Los llamados en donaciones y en otras disposiciones sucedan por desiguales partes».

(44) Intitulada: «Sobre la inteligencia de el Fuero en quanto a la heredad de los hijos».

Y esta libertad de testar fue tan absoluta que, no solamente imperaba en cuanto a dar a un hijo más que a otro, o dar todo a uno y excluir a los demás hijos, sino —incluso— en dar todo a un extraño no dejando a ningún hijo cosa alguna.

Ya estaba con esta ley sancionada la libertad de testar mediante la institución de una legítima totalmente formularia, sin contenido patrimonial.

La disposición del año 1688 de las Cortes de Pamplona que acabamos de citar —recogiendo fidelísimamente la costumbre observada de tiempo inmemorial— sólo resultaba de aplicación a los nobles, excluyendo expresamente a los que tuvieran la condición de labradores. Pero una vez desaparecidas las distintas discriminaciones sociales, la libertad de testar fue derecho ejercido por todos los navarros.

Y así consta fehacientemente en todos los Protocolos Notariales de nuestro antiguo Reino.

Libertad de testar, claro está, con las limitaciones acabadas de exponer antecederentemente.

Y así hemos llegado a nuestro Fuero Nuevo vigente que regula la materia en el cap. II, tít. X, lib. II, leyes 267 a 271.

2. Concepto: Exégesis de la ley 267 del Fuero Nuevo

Después de haber examinado la legítima navarra a través de su vida histórica es momento oportuno de entrar en la consideración de la misma tal y como hoy se encuentra vigente.

No aprovecharíamos lo bastante si fuéramos a entretenernos con recuerdos institucionales de épocas pretéritas, aun cuando hoy mantengan un rango de Derecho interpretativo e integrador a tenor de la ley del Fuero Nuevo.

¿Cómo es la legítima ahora, en nuestro Fuero Nuevo?

La ley 267 determina su concepto diciendo que «La legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos "febles" o "carlines" por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero».

Vamos a glosar someramente este concepto, para encontrar su propio y exacto sentido; y en ello vamos a ocuparnos en lo que resta de exposición del tema.

A) ATRIBUCIÓN

Atribución es la acción de atribuir, o sea —según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia: «Señalar o asignar una cosa a alguno como de su competencia» (45).

(45) Decimonovena edición.

B) FORMAL

Pero esta atribución tiene que ser formal conforme al principio de libertad de disposición del Derecho foral de Navarra (46).

Pero, ¿cómo debe hacerse esta asignación legitimaria?

También lo determina la ley 269 del Fuero Nuevo, disponiendo que la institución en la legítima foral debe hacerse nominativamente para los hijos y descendientes que en el momento de la disposición tengan derecho a ella; para los demás es suficiente la institución colectiva.

Es decir, para aquellos legitimarios que tengan el carácter de herederos forzosos con derecho a ella deberá hacerse con su nombre y apellidos. Si se trata de parientes que no sean estos legitimarios basta con instituirlos a todos colectivamente, no por su nombre y apellidos a cada uno de ellos.

Es de observar que esta ley 269 recoge la práctica tradicional en cuanto a la forma de instituir en la legítima foral navarra (47).

Puede parecer, en principio, que todo ello resulta obvio cuando el Notario sabe perfectamente guardar las formalidades testamentarias. Pero es preciso recordar que se pueden otorgar en Navarra otros testamentos, y no precisamente ante Notario, como son ante párroco, y ante testigos, además del ológrafo, del efectuado en caso de epidemia, y del testamento militar.

Esta indicación resulta, pues, del todo necesaria.

C) A CADA UNO DE LOS HEREDEROS FORZOSOS

a) *Sujetos beneficiarios*

¿Quiénes son estos herederos forzosos?

En un principio solamente se entendieron herederos forzosos los hijos respecto a sus padres, de conformidad a los caps. V, tít. IV, lib. II y I, tít. XX, lib. III del Fuero General de Navarra; ley XVI, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilación; y ley XLVIII de las Cortes de los años 1765 y 1766.

Sin embargo, desde siempre, testamentariamente y en cualquier forma de disposición sucesoria, se venía instituyendo en dicha legítima junto a los hijos también a los demás descendientes e, incluso, a cualquiera que pudiera creerse con derecho a la herencia; aunque —naturalmente— estos últimos designados colectivamente no tuvieran carácter de herederos forzosos.

Pues bien, la ley 268 del Fuero Nuevo, recogiendo esta práctica

(46) Así lo establece la Nota de la Recopilación Privada a la ley 267: de GARCÍA GRANERO, J., NAGORE YARNOZ, J. J., AIZPÚN TUERO, J., D'ORS PÉREZ-PEIX, LÓPEZ JACOISTE, J. J., ARREGUI GIL, SANTAMARÍA ANSA, SALINAS QUIJADA, *Derecho Foral de Navarra. Derecho privado (Recopilación Privada)*, Pamplona, 1971, págs. 193 y ss.

(47) GARCÍA GRANERO, J., y otros, *Derecho Foral de...*, ob. cit., nota a la ley 269, pág. 193.

navarra multiseccular establece que: «Tienen derecho a ser instituidos en la legítima foral, en testamentos y pactos sucesorios:

1) Los hijos legítimos, los legitimados, los naturales reconocidos y los adoptados con adopción plena.

2) En defecto de cualquiera de ellos, sus respectivos descendientes legítimos o legitimados de grado más próximo.

El cap. I, tít. XX, lib. III del Fuero General de Navarra que acabamos de citar, equiparaba en los mismos derechos de los hijos legítimos a los naturales, a las *creaturas de barragana* (48).

La ley de 1688, recogida en la XVI, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilación de Navarra, sólo se refirió a los legítimos y naturales —precisamente en razón de la equiparación indicada del Fuero General— pero si se incluyó en el Fuero Nuevo —como hemos visto— a los legitimados y adoptados con adopción plena fue porque el mismo Fuero Nuevo en las leyes 72 y 73 así los aceptó, es decir, les atribuyó la misma condición que los hijos legítimos.

Es de observar, asimismo, cómo en el Fuero Nuevo se recabó la legítima para los descendientes legítimos o legitimados de grado más próximo en defecto de los hijos anteriormente señalados recogiendo fundamentalmente —casi en su literalidad— la ley 231 del Proyecto de Fuero Recopilado (49).

Por último, la ley 268 del Fuero Nuevo no atribuye el derecho a ser instituidos en la legítima foral a los ascendientes legítimos ni naturales, aun cuando algunos Proyectos de Apéndice así lo había concedido: Memoria de Morales, art. 641; Voto de Morales, art. 798; Comisión, art. 800 y Covián, art. 51.

Esta mención de los ascendientes como legitimarios arranca de la equivocación de Morales que por inercia, en cadena, fue repetida en los Apéndices posteriores; pero sin ningún fundamento histórico-foral, puesto que como hemos visto en la tradición jurídica navarra sólo y siempre se estimaron como legitimarios a los descendientes (50).

b) Excepciones

Decimos, pues, atribución formal a cada uno de los herederos forzosos que ya hemos visto quiénes son.

Surge en este momento una interrogante sobre esta atribución formal respecto a tales herederos, a saber: ¿Siempre, en todas las

(48) Según YANGUAS Y MIRANDA, en el *Diccionario de palabras anticuadas*, ya citado, *barragana* era sinónimo de «concupina», pág. 13 por eso las «*creaturas de barragana*» eran los hijos naturales.

(49) GARCÍA GRANERO y otros, *Derecho Foral de...*, ob. cit., nota a la ley 2668, pág. 193.

(50) MORALES Y GÓMEZ, *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra, que deben quedar subsistentes como excepción del Código general y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona, 1884.

situaciones en que pueda encontrarse el otorgante de un testamento o pacto sucesorio será necesaria la institución en la legítima foral?

No es así, y pueden mediar situaciones que la hacen innecesaria, al disponente de la obligación de instituir la: excepciones que responden a un gran sentido de equidad y hasta de sentido común (51).

En efecto, la ley 270 del Fuero Nuevo señala casuísticamente estos supuestos de excepción, a saber: «No será necesaria la institución en la legítima foral cuando el disponente hubiera dotado a los legitimarios, les hubiere atribuido cualquier liberalidad a título mortis causa, o les hubiese desheredado legalmente, o ellos hubieran renunciado a la herencia de aquél, o hubiesen premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima».

Las dos primeras excepciones, dote o liberalidad, bien se entienden. La legítima foral tiene la finalidad de evitar la preterición de los herederos forzosos; considerando la práctica jurídica navarra que no hay preterición cuando el heredero forzoso aparece mencionado por otro título distinto al de heredero, derogando así la exigencia formal del Derecho romano (52).

En cuanto a las otras excepciones también se explican perfectamente:

Si el legitimario renunció a la herencia, no podía después sentirse preterido puesto que ello equivaldría a ir contra sus propios actos (53).

Si murió sin descendencia, no hay quien pueda alegar derecho alguno (54).

Y si hay desheredación, ¿cómo va a haber institución en la legítima?

Precisamente esta normativa, esta ley 270 en relación con la 267 del Fuero Nuevo produce las situaciones en orden a la atribución formal de la legítima a cada uno de los herederos forzosos que exponemos a continuación:

c) *Exheredación, desheredación y preterición*

a') Exheredación o apartamiento

Cuando se instituye en Navarra en la legítima foral equivale a una exheredación, a un apartamiento. Y resulta más acertado el

(51) Es muy importante tener en cuenta que el principio de equidad es uno de los principios generales del Derecho navarro. Puede consultarse: SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de...*, ob. cit., t. I, págs. 264 y ss.

(52) GARCÍA GRANERO y otros, *Derecho Foral de...*, ob. cit., nota a la ley 270, pág. 193.

(53) La ley 316 del Fuero Nuevo determina que el que renuncie a una herencia deferida por voluntad del causante quedará excluido de la sucesión legal de éste y el que renuncie a la sucesión legal renuncia también a la voluntaria, a no ser que ignorase el llamamiento.

(54) Es clara la consecuencia, porque no habiendo descendencia no hay herederos forzosos a los que se debe atribuir formalmente la legítima.

término exheredación que no desheredación, puesto que si bien se excluye de la herencia al legitimario no se le priva de lo que la Ley le concede, la legítima, aun cuando sea formularia.

Alonso ya escribió: «De dos maneras puede hacerse la exheredación, una expresa, directa y rigurosamente; otra indirecta y latamente, o por solos sus resultados tenida por exheredación». La primera a que se refiere es la hecha por causas determinadas en el Fuero (la desheredación propiamente dicha que decimos nosotros); la segunda, por la institución en la legítima».

Y es que ésta, como hemos de explicar extensamente más adelante, no tiene contenido patrimonial alguno. De ahí que «heredando se desherede», como fue apotegma en Navarra.

Esta equivalencia entre legítima foral y desheredación se reconoció de forma expresa en el Proyecto de la Diputación, al disponer en su artículo 79: «La institución en la legítima foral no producirá los efectos de la desheredación en cuanto a los hijos de anteriores matrimonios que concurren con hijos de posteriores nupcias, si no se determina la causa específica de aquélla conforme a los artículos 852 y 853 del Código civil» (55).

En su consecuencia, la equivalencia se da en todos los demás supuestos distintos al de hijos de posteriores nupcias.

Por eso escribió Arriaga con razón: «Así resulta que en Navarra suele utilizarse muy poco la desheredación por causa legal, pues lo que se hace es acudir a la institución de la legítima, evitando de este modo dar al hijo el carácter de desheredado y tener que consignar una causa, siempre desagradable y que va en desdoro no sólo de éste, sino de la propia familia» (56).

La explicación de esta equivalencia la da Morales: «Cuando se estableció la desheredación no existía la libre disposición de bienes; existían las legítimas del Fuero, de las que no podían ser privados los hijos sin las justas causas fijadas; mas después de introducida la libertad de disponer por testamento, con sólo la institución de los hijos en la legítima formularia, no se comprende que existan causas de desheredación, pues no existiendo heredamiento forzoso no cabe desheredamiento, pues cuando no se quiere dejar nada a un hijo, basta con heredarlo en la legítima del Fuero, en la cual únicamente cabría la deheredación» (57).

En el mismo sentido se manifiesta Lacarra, escribiendo que los padres para desheredar a un hijo lo instituyen en la legítima «para evitar descrédito» (58).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de junio de 1905 proclamó que tanto en Aragón como en Navarra, la institución en

(55) Proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil, Pamplona, 1945.

(56) ARRIAGA SAGARRA, *Libertad de testar...*, ob. cit., págs. 27 y 28.

(57) MORALES y GÓMEZ, *Memoria que comprende...*, ob. cit., págs. 102 y 103.

(58) LACARRA MENDILUCE, *Instituciones de Derecho...*, ob. y t. citados, página 414, ed. de 1965.

la legítima foral de un hijo equivale a la desheredación. Y la Dirección de los Registros y del Notariado puntualizó en su Resolución de 17 de febrero de 1927 que: «Según el testamento, fuera de la legítima foral, los hijos están desheredados, excepto si algo les dejaren sus padres» (59).

Por eso como se expresó en la nota a la ley 272 de la Recopilación Privada: «La doctrina de la desheredación sólo es aplicable en Derecho navarro a los supuestos de privación del usufructo de fidelidad, y al de privación de sus derechos a los hijos de anterior matrimonio» (60).

b') Desheredación justa

Con justa causa.

Ya vimos cómo la ley 270 del Fuero Nuevo sentaba como excepción a la institución en la legítima foral —entre otras— cuando el legitimario hubiere sido desheredado legalmente. Si éste incurrió en alguna de las causas de desheredación, ¿cómo puede estimarse lesionado por la falta de una legítima formularia?

En efecto, el último párrafo de la ley 270 del Fuero Nuevo establece: «Serán justas causas de desheredación las comprendidas en los artículos 852 y 853 del Código civil»; y que son las siguientes:

Cuando los padres abandonaren a sus hijos o prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor; el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes; el que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señalare pena afictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa; el condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador; el que con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo; haber negado sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda; haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra; haberse entregado la hija o nieta a la prostitución; y haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil.

Todo ello gravísimo, y bien se comprende que, en estos casos, el silencio de la legítima sea excepción bien justificada.

En Navarra, repetiremos en este lugar, la doctrina de la desheredación sólo es aplicable a los supuestos de privación del usufructo viudal; al de privación de sus derechos a los hijos de anterior matrimonio, y —naturalmente— al de la privación de la legítima foral, si alguien —aunque resulta bien difícil— así lo quisiera disponer en testamento o pacto sucesorio (61).

(59) Esta Resolución la trae LACARRA MENDILUCE, en *Instituciones de Derecho*, ob. y t. citados, págs. 648 y 649, ed. de 1965.

(60) GARCÍA GRANERO y otros, *Derecho Foral de...*, ob. cit., pág. 194.

(61) Idem nota anterior.

Así viene a disponerlo, respecto a los hijos de anterior matrimonio la ley 272 del Fuero Nuevo que dice: «Lo establecido en esta ley no se aplicará a los hijos de anterior matrimonio que en testamento o pacto sucesorio hubieran sido desheredados legalmente por cualquiera de las causas de los artículos 852 y 853 del Código civil».

En orden al usufructo de fidelidad, la ley 254 en su último párrafo, determina: «Tampoco tendrá derecho de usufructo el cónyuge al que el otro hubiese privado de su derecho por cualquiera de las causas del artículo 855 del Código civil».

Y en relación a la legítima foral cuando el disponente... les hubiere (a los legitimarios) desheredado legalmente»; siendo justas causas las de los artículos 852 y 853 del Código civil.

La razón de traer la normativa del Código civil a este supuesto de desheredación lo explican las notas, a la ley 272 de la Recopilación Privada, diciendo: «Las causas de desheredación contenidas en el Fuero General (2, 4, 8; , 6, 1; y 3, 20, 1) y en el Derecho romano (Novela 115, 3) resultan anacrónicas; por ello, la práctica ha recibido las establecidas en el Código civil (arts. 852 y 853). Asimismo, es aplicable la doctrina del Código civil en cuanto a la prueba y requisitos de la desheredación (arts. 848 al 851), pero con la salvedad indicada en el texto de esta ley 272 de que en Derecho navarro pueda efectuarse la desheredación en testamento o en pacto sucesorio» (62).

c) Desheredación injusta

Dijimos en el epígrafe anterior, reiterando lo dicho en el precedente que la doctrina de la desheredación sólo es aplicable en el Derecho navarro a los supuestos de privación del usufructo de fidelidad, de los derechos de los hijos de anteriores matrimonios o de la legítima foral.

Es decir, que si se diera la desheredación en estos tres supuestos sin causa justificada, estaríamos en presencia de la desheredación injusta.

¿Y qué consecuencia irrogaría la injusticia de la desheredación?

a") Del usufructo de fidelidad

Como señala Vallet de Goytisolo: «La desheredación injusta del usufructo de fidelidad no puede surtir efecto alguno; es decir, su sanción ha de ser simplemente su ineficacia» (63).

(62) *Ibídem* notas anteriores.

(63) VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho...*, ob. y t. citados, página 994.

b") De hijos de anteriores matrimonios

En la tradición jurídica de Navarra —ley 48 de las Cortes de los años 1765 y 1766— la desheredación injusta de un hijo de matrimonio anterior daba lugar a su nulidad, resultando ineficaz la institución a los mismos en la legítima foral para excluirlos de la herencia o reducirlos a menor cuota, debiendo ser igualados con el hijo o hijos del segundo o ulterior matrimonio que más porción les hubiera sido asignada testamentariamente (64).

En la ley 272 del Fuero Nuevo vigente se establece que: «Si recibieren menos, el defecto se corregirá igualando a los perjudicados con cargo a los beneficiados, sin alterar las participaciones de los demás. Sólo podrán ejercitar la acción de inoficiosidad los hijos o descendientes perjudicados o sus causahabientes, y habrán de interponerla dentro de los cuatro años siguientes a contar del fallecimiento del disponente. Cuando el causante, en actos inter vivos o mortis causa, hubiera atribuido al nuevo cónyuge o a los descendientes de ulterior matrimonio bienes determinados cuyo valor resulte excesivo, podrán aquéllos compensar a los descendientes de anterior matrimonio con bienes de la herencia o con dinero. Este derecho de los hijos de anterior matrimonio no se dará respecto a las disposiciones en favor de cualesquiera otras personas. Lo establecido en esta ley no se aplicará a los hijos de anterior matrimonio que en testamento o pacto sucesorio hubieran sido desheredados legalmente por cualquiera de las causas de los artículos 852 y 853 del Código civil».

En las Notas a esta ley 272 de la Recopilación Privada se dice a este respecto, que: «La posibilidad de satisfacer en dinero a los descendientes de anterior matrimonio es congruente con el principio general de Derecho romano de que los que tienen derecho a que se les complete una parte alcuota en la herencia pueden ser pagados en dinero» (65).

c") De la legítima foral

Ya dije antes que resultaría bien difícil el caso de un testador que expresamente manifestara privarle a un heredero forzoso de la legítima foral. Si, además, esta privación de la legítima foral fuera sin causa justa, irrogando —por tanto— una desheredación injusta, la consecuencia no sería otra que ese heredero forzoso tendría derecho a dicha legítima foral, que podría recabarla incluso, ante los Tribunales, para darse el gusto de obtener una Sentencia a su favor, declarando la pertinencia de tal derecho como consecuencia de la privación injusta del mismo, y ponerla enmar-

(64) SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de...*, ob. cit., t. VI, vol. 2.º, cap. XX, páginas 260 y ss.

(65) GARCÍA GRANERO y otros, *Derecho Foral de...*, ob. cit., nota a la ley 272, pág. 194.

cada colgando de la pared, pues como ya sabemos y después insistiremos, siendo una legítima simbólica, carece de todo contenido patrimonial.

Resultaría todo ello curioso por lo quijotesco; pero hasta la fecha no conozco pleito promovido instando dicho pronunciamiento judicial, y únicamente en un juicio interpuesto en el Juzgado de 1.^a instancia de Tafalla, en reivindicación de determinados bienes, contra la Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona se planteó recurso de casación, dando lugar a una Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1946, sobre legítima sucesoria en Navarra que, en uno de sus Considerandos, proclamó incidentalmente, que «...aun siendo ambos conceptos distintos (está refiriéndose a los conceptos de herederos y legitimarios) sí cabe admitir que el heredero, en un más amplio y menos jurídico sentido, abarca en aquella genérica denominación, a los hijos con derecho a legítima, que puede ser formularia, mas no excusable sin desheredación, y que, aunque no les faculte... para el ejercicio de derechos que sólo al verdaderamente heredero asisten, tampoco los reduce a la condición de extraños a la herencia, ni a la de legatarios...» (66).

En fin, resultaría prolijo insistir en cuestión tan baladí, y únicamente es de advertir que a esa intrascendencia de la desheredación injusta por privación de la legítima foral hicieron relación algunas Sentencias del Tribunal Supremo como las del 28 de junio de 1864 y 26 de noviembre de 1866 (67).

Y es que, como señala Vallet de Goytisolo: «La intrascendencia de la desheredación injusta cuando expresamente no se haya dejado la legítima foral resulta del hecho de la inmaterialidad de ésta y de la liberrísima disponibilidad de la parte de libre disposición, que abarca toda la herencia menos la legítima foral simbólica... Aislada de ésta la parte libre, y equivaliendo la desheredación sin causa al apartamiento de esta parte disponible, queda concretada la ineficacia de la desheredación sin causa a la legítima foral» (68).

d') Preterición

Se trata de una preterición en la legítima foral de los herederos forzosos con derecho a la misma, en los supuestos que no operara ninguna de las excepciones a las que hemos hecho referencia anteriormente previstas en la ley 270 del Fuero Nuevo: b), c), 2, III.

Entiéndase bien que concretamos la cuestión a la preterición de la legítima foral, porque no hay problema —aunque antes lo hubiera en la doctrina— respecto a la falta de institución de he-

(66) SANTAMARÍA ANSA, *La Jurisprudencia y el Derecho civil de Navarra, años 1940-1948*, págs. 48 y 49.

(67) Estas Sentencias las recogió LACARRA MENDILUCE, en *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., págs. 494 y 502, ed. de 1965.

(68) VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho...*, ob. y t. citados, páginas 994.

redero, como que la legítima foral no se atribuya a título de heredero, pues en ambos casos, si hubiera legítima foral a los herederos forzosos pura y simplemente, sin más, el testamento sería válido. Así ya lo previno la ley XVI, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilación de Navarra; y ahora, se halla reiterado en las leyes 245, párrafo 2, 67, 268, 69 y 270 que hemos citado precedentemente.

Ahora bien, cuando se da la preterición de la legítima foral a los herederos forzosos, ¿qué efectos se producen?

Morales, en su Memoria (69) (no así Alonso) (70), fue de opinión que la preterición anulaba el testamento en su totalidad.

Y modernamente Arriaga mantiene el mismo criterio. Y así escribe: «A primera vista podría resolverse el problema diciendo que, existiendo en Navarra la compatibilidad de las sucesiones testada e intestada, no habría inconveniente *técnico* en admitir el último criterio (o sea, nula la institución de heredero hecha por el "de cuius" y válido el resto). Pero esta tesis no puede apoyarse en Derecho, pues como se desprende de las disposiciones del Fuero y del espíritu mismo de nuestro sistema sucesorio, la institución en la legítima foral es *absolutamente necesario* consignarla en el testamento, siendo, por tanto, requisito "*sine que non*" para su validez, *para la validez* del testamento, no solamente en la institución de heredero. Igualmente lo establece el Derecho romano, supletorio de nuestra legislación privativa» (71).

Lacarra mantiene criterio distinto en base de las palabras recogidas en el Fuero General de Navarra, cap. I, tít. XX, tít. III, cuando dice: «...et si fuere la creatura de pareylla, *deve prender sua suert entegrament* en las heredades que avrán las creaturas de pareylla...»; estimando que esa parte debe consistir en lo que le hubiese correspondido de haber instituido el padre a todos los hijos por partes iguales o haber muerto abintestato. No se rompe, pues, el testamento para Lacarra, a no ser que el preterido sea hijo único, en cuyo supuesto el testamento se reputaría inoficioso y se adjudicaría toda la herencia del padre al hijo preterido, en virtud del cap. XII, tít. VI, lib. II y cap. I, tít. IV, lib. IV, ambos del Fuero General de Navarra, y Sentencia de 29 de octubre de 1913 (72).

En la actualidad, la cuestión se halla claramente prevista y resuelta en la ley 271 del Fuero Nuevo vigente, al siguiente tenor: «La preterición tiene por efecto la nulidad de la institución de heredero, pero deja a salvo las demás disposiciones. Únicamente podrá ejercitar la acción de impugnación el legitimario preterido o sus herederos».

(69) MORALES Y GÓMEZ, *Memoria que comprende...*, ob. cit., págs. 97 y ss.

(70) ALONSO, *Recopilación y Comentarios...*, ob. cit., vol. 1.º, pág. 340, ed. de 1964.

(71) ARRIAGA SAGARRA, *Libertad de testar...*, ob. cit., págs. 25 y 26.

(72) LACARRA MENDILUCE, *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., págs. 389 y 390, ed. de 1965.

En las notas a esta ley de la Recopilación Privada se justifica este criterio, por ser más conforme al Derecho romano (Novela 115—111—, 3, 15 y 4, 9), y también la circunstancia de que en el Derecho navarro no es necesaria la institución de heredero para la validez del testamento.

Y no lo es por razón del principio de libertad dispositiva, como ha sido doctrina coincidente de los autores que trataron del tema en el Derecho civil de Navarra (73).

D) DE CINCO SUELDOS «FEBLES» O «CARLINES» POR BIENES MUEBLES Y UNA ROBADA DE TIERRA EN LOS MONTES COMUNES POR INMUEBLES

Seguimos, pues, con la exégesis del concepto de la legítima foral para acabar con el tema, entrando en el examen de su contenido patrimonial que es lo que nos resta por comentar, estando ya sabedores —a estas alturas— de que dicha legítima lo carece por completo.

Son cinco sueldos «febles» o «carlines», por bienes muebles, y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles.

El sueldo «feble» o «carlín» según Yanguas y Miranda equivalía a 7 1/2 maravedís, es decir, diez céntimos de peseta. Y creo que nadie puede sentirse rico ni satisfecho con una robada en montes comunes, que además no puede el testador disponer de ella (74).

Lacarra ya escribió que esta legítima «es puramente formularia porque no existe moneda de esta clase ni los testadores pueden disponer de tierra en los montes comunales, por pertenecer a los respectivos Ayuntamientos» (75).

Arriaga señala que: «la institución en la legítima foral formularia no es verdadera institución de heredero... no concede... bienes ni derechos de especie alguna, por el contrario, aparta de ellos y de la facultad de reclamarlos» (76). Criterio que confirmó

(73) GARCÍA GRANERO y otros, *Derecho Foral de...*, ob. cit., pág. 193, y también la nota a la ley 215, pág. 185.

(74) YANGUAS y MIRANDA, *Diccionario de los Fueros del Reino de Navarra y de las leyes vigentes promulgadas hasta las Cortes de los años 1817 y 1818, inclusive San Sebastián, 1828*, Pamplona, 1964, nota 191, pág. 225. En esta nota se asigna a los cinco sueldos «febles» o «carlines» el valor de 7 1/2 maravedís navarros. Y en el Diccionario para facilitar la inteligencia del *Fuero General de Navarra*, puesto al final de éste en la edición de 1869, llevada a efecto por Pablo Ilarregui y Segundo Lapuerta, pág. 304 de la ed. de 1964, dice lo siguiente: «Maravedí: Lo mismo que sueldo. Por lo común valía la tercera parte de una onza de oro o de plata, pues los había de ambos metales: éste importaba tres reales, once maravedís y un tercio de vellón, y aquél cincuenta y nueve reales, once maravedís y un tercio de la propia moneda. Si no se expresa el metal, se entiende por el de plata, pero generalmente se le aplica el indicado». Como señala LACARRA MENDILUCE, se trata de una moneda que ahora no existe y que, por tanto, no se entrega en *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pág. 361, ed. 1965.

(75) LACARRA MENDILUCE, *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pág. 361, ed. de 1965.

(76) ARRIAGA SAGARRA, *Libertad de testar...*, ob. cit., pág. 22.

el Consejo de Estudios de Derecho navarro en las Conclusiones formuladas al trabajo de Arriaga, en cuya segunda determinó que: «La legítima sucesoria navarra carece de contenido patrimonial, es puramente honorífica...» (78).

Y en la misma línea, en el segundo párrafo de la ley 268 del Fuero Nuevo, ya hemos visto dice así: «Esta legítima no tiene contenido patrimonial, ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero».

Se trata, pues, de una atribución formal, puramente formal (78).

Y con ello podemos dar por terminada esta exposición sucinta de la libertad de testar y del concepto exegético de la legítima foral en Navarra.

Un sistema sucesorio que nos ha ido bien durante muchos siglos, de consumo con la organización de la familia y propiedad navarras. Y que, no obstante la evolución que las fuentes de riqueza regionales y la vida misma han experimentado de un siglo a esta parte, se da la circunstancia que esta libertad de testar es válida para las zonas urbanas, para las clases profesionales e industriales, no ya para las agrícolas y pecuarias.

Por eso diría por mi parte que la libertad de testar en Navarra va de acuerdo —además de con la familia y con la propiedad— con el temperamento navarro, con la idiosincrasia navarra, con el modo de ser de los navarros, que —por ello— hicieron buen uso de ella, y buena prueba la ausencia de discordias en los hogares terrícolas, y mucho más en los Tribunales de Justicia.

Se adaptó este sistema sucesorio a las necesidades de los tiempos; y si el principio de libertad civil pudiera por sí producir en algunos supuestos tentación de abuso, sin embargo, los principios de la buena fe y de la equidad sirven de templanza, cordura y moderación a la solemne hora de expresar una última voluntad.

No se trata, pues, esta libertad sucesoria de institución arcaica, producto artificial de un laboratorio jurídico medieval, sino que es una solución pragmática insustituible e insoslayable para la propiedad, familia y sociedad navarras.

(77) ARRIAGA SAGARRA, *Libertad de testar...*, ob. cit., pág. 67.

(78) GARCÍA GRANERO y otros, *Derecho Foral...*, ob. cit., nota a la ley 267, pág. 193.