

## LOS SISTEMAS DE TUTELA Y ADMINISTRACION DE LOS BIENES DE LOS MENORES EN EL DERECHO LOCAL DE NAVARRA\*

1.—A y B han contraído matrimonio. De esa unión matrimonial han nacido uno o más hijos. Durante la menor edad de éstos muere uno de los padres, o los dos. En este caso los menores de edad son considerados huérfanos por el ordenamiento jurídico. ¿Quién es llamado a suplir su falta de capacidad? En el primer caso puede hablarse de una orfandad relativa producida por la muerte de uno de los progenitores, de la que se desprende la existencia de unos menores con un patrimonio personal procedente de la división de los bienes gananciales con el padre vivo, o de la sucesión de los propios del premuerto, ¿Se encomienda la administración de ese patrimonio y la protección de los incapaces al sobreviviente, a otro familiar, a un tercero? ¿Cuáles son las consecuencias de las segundas nupcias del supérstite? ¿Se derivan de ellas normas especiales sobre la administración de los bienes de los menores y sobre la guarda de sus personas?

En otro lugar abordé el tema con referencia a los Derechos locales de Castilla y León<sup>1</sup>, y es mi propósito hacerlo ahora a la luz de los datos que nos suministran los ordenamientos locales de Navarra. Tomo como base la Nota inserta en un código del Fuero General de Navarra, y que J. M.<sup>a</sup> Lacarra fechó en 1417, al mismo tiempo que participo de su criterio sobre el valor que hay que atribuirle a esa noticia. La mencionada nota, al hablarnos de que

---

\* Ponencia presentada en la IV Semana de Historia del Derecho Español, celebrada en la Universidad de Pamplona, 12 a 14 de mayo de 1969.

1 J. MARTÍN Z GIJÓN, *Los sistemas de tutela y administración de los bienes de los menores en el Derecho local de Castilla y León*. Ponencia presentada al Congreso luso-español de Historia Medieval, Oporto, 18 a 23 de junio de 1968. Un resumen de la misma puede verse en el vol. *Con-*

“antiguamente en Navarra avía siete maneras de fueros”, y al indicarnos cuáles eran éstos, constituye un buen punto de partida para nuestro estudio<sup>2</sup>. El examen de la tutela en esos fueros nos hará posible establecer las relaciones que entre ellos existen a propósito de una institución concreta.

2.—Ante todo, conviene señalar que el Derecho navarro tiende, a través de varios conductos, a concentrar el patrimonio familiar en manos del cónyuge sobreviviente, lo que se consigue mediante los testamentos mancomunados o de hermandad<sup>3</sup> y con el usufructo viudal, regulado en algunos fueros. Cuando estas instituciones se ponen en práctica, la unidad familiar se mantiene y no se arbitran mecanismos especiales para proteger a los huérfanos. En cambio, como hemos de ver, las segundas nupcias del sobreviviente determinan por lo común la partición entre éste y los hijos menores, los cuales aparecen entonces como titulares de un patrimonio<sup>4</sup>.

---

*gresso luso-espanhol de Estudos Medievais* (Oporto, 1968), págs. 253-255. El tema de la tutela no ha sido estudiado históricamente en España, salvo el período visigodo y su proyección en la Alta Edad Media: F. DAHN *Wesgothische Studien* (Friburgo, 1874), pág. 129, K. ZEUMER, *Historia de la Legislación Visigoda*, trad. de C. Clavería (Barcelona, 1944), págs. 300-310 y 327-351; J. M.<sup>a</sup> FONT RIUS, *En torno a la aplicación del Derecho visigodo durante la Reconquista: la tutela altomedieval catalana*, en *Revista Portuguesa de Historia*, V, vol. 2 (Coimbra, 1951), págs. 361-375. Puede consultarse también R. GÈNESTAL, *Études de droit privé normad, la tutelle* (Caen, 1930), y G. LEPOINTE *La protection des incapables au Moyen Age à l'exclusion de ce qui concerne la femme*, en *Études de Droit contemporain. Contributions françaises aux III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Congrès internationaux de Droit comparé*, I (París, 1959), págs. 53-88. Ver también J. ABADÍA ESCOLÁ, *Los derechos del cónyuge viudo en la legislación foral de Navarra* (Pamplona, 1956).

2. La nota fue publicada por ILARREGUI, *Del origen y autoridad legal del Fuero General de Navarra* (Pamplona, 1869). Más tarde fue estudiada por J. M.<sup>a</sup> LACARRA, *Notas para la formación de las familias de fueros navarros*, en este ANUARIO, 10 (1933), pág. 206. La recoge A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, II (Madrid, 1964)<sup>2</sup>, n.º 368.

3. Véase J. M.<sup>a</sup> LACARRA, *Documentos navarro-aragoneses*, en este ANUARIO, 18 (1947), págs. 346-347, en las que publica un testamento navarro de hermandad otorgado el año 1204.

4. Cfr. J. MARTÍNEZ GIJÓN, *La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho medieval español*, en este ANUARIO, 27-28 (1957-1958), págs. 261 y ss.

3.—Examinemos a continuación los sistemas contenidos en los fueros:

a) El Fuero de Medinaceli no se ocupa de esta materia. Alude, sin embargo, a la casa de la huérfana para declararla exenta de 'posada', y en otro párrafo nos ofrece un concepto de hijo emparentado —aquel "qui nada non nosciere de part", posiblemente porque todavía viven los padres—, pero no se establecen las causas que determinarían el cese de esa condición, entre las que podrían figurar el hecho de haber partido los bienes con el supérstite<sup>5</sup>.

b) El Fuero de Daroca contiene interesantes soluciones sobre las que conviene detenerse. Fijémonos en estos textos:

«Item si vir, relicta uxore legitima, fugerit cum alia non possit amplius aliquid ab ea de posesionibus, vel de aliis rebus, postulare, scilicet relicta muliere cum filius omnia in pace possideat. Hoc idem fiat de muliere coniugata, si dimeserit virum suum, et cum alio fugerit.»

«Nulla concubina teneat bona filiorum suorum, donec filii sint adulti, sed propinquiores patris teneant illos cum omnibus suis, data tamen prius cautione coram iudice, vel alcaldibus, de bonis puerorum integre servandis »

«Hoc etiam de omnibus orphanis generaliter statuimus, ut cum utroque parente caruerit propinquiores parentes eorum illos teneant et sua, datis fideiussoribus coram iudice, et alcaldibus, ut bona illorum non alienent, nec minuant, sed illis omnia integre custodiantur»<sup>6</sup>.

El primer texto contempla un supuesto especial: el abandono de la familia por el padre o por la madre. De hecho nos encontramos ante una situación de orfandad parcial de los hijos, producida por el abandono de uno de sus progenitores, pero la comunidad familiar no se deshace por ello, y no se establecen mecanismos específicos para proteger a los menores. Las relaciones paterno-filiales, iguales en naturaleza a las existentes con anterioridad a la ausencia de uno

---

5. Ed. T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, I (Madrid, 1847), págs. 440 y 442.

6. Ed. de T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección cit*, pág. 536 los dos primeros, y pág. 540 el tercero.

de los padres, persisten según se desprende del texto, y el fuero confía el cuidado, la crianza, la protección de los hijos y la explotación de los bienes familiares al padre que permanece al frente de la familia. Podría pensarse, si tuviésemos en cuenta solamente este texto, que la solución que en él se contiene es tan especial como el mismo supuesto contemplado, es decir, una regulación de expectativa, que se formula en consideración al posible retorno del cónyuge infiel<sup>7</sup>.

Si bien es cierto que el caso estudiado es especial, la solución arbitrada es aplicable incluso cuando la orfandad parcial es producida por la muerte de uno de los padres. El fuero no regula la tutela de los hijos nacidos de legítimo matrimonio, aunque haya muerto uno de los padres siempre que el otro viva. Lo hace, en cambio, por razones distintas, cuando los hijos son nacidos de concubina. Por desconfianza ante la posible conducta de ésta, recurre a la tutela de los menores por los más cercanos parientes del padre, los cuales deberán garantizar ante el juez o ante los alcaldes la íntegra conservación del patrimonio hasta que los menores cumplan la edad prevista para el término de la tutela<sup>8</sup>. A sensu contrario, y a la vista de la solución del fuero para el caso de que uno de los padres abandone la familia, la muerte de uno de ellos no haría surgir una tutela para los hijos de legítimo matrimonio, los cuales mantendrían con el sobreviviente unas relaciones semejantes a las anteriores a la producción de ese evento.

Una disposición contenida en el fuero, según la cual "nemo possit relinquere uni filio magis quam aliis, sed post mortem parentum coaequentur, et dividant", plantea la siguiente duda: ¿la división del patrimonio familiar se produce cuando han muerto ambos padres, o bien cuando fallece uno de ellos entre el supérstite y los hijos menores del matrimonio? El plural "parentum" da pie para aceptar

---

7. En mi trabajo sobre *El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca*, en este ANUARIO, 29 (1959), págs. 51 y 52, estudio la situación del cónyuge abandonado y sus consecuencias económicas.

8. Sobre la tutela de los hijos no legítimos, E. GACIO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español* (Sevilla, 1969), págs. 151 y ss.

La primera hipótesis, que podría invocarse en apoyo de la continuación de la vida familiar bajo la dirección del padre sobreviviente. Incluso, aceptando la hipótesis contraria, es decir, la posibilidad de unos huérfanos titulares del patrimonio del progenitor fallecido, el fuero no recurre a ningún sistema tutelador de los intereses y de las personas de los menores en vida de uno de los padres.

Si recurre a él cuando los huérfanos lo son de padre y de madre. El tercer texto más arriba reproducido contiene un concepto muy restringido de huérfano. Puede afirmarse que en Daroca es huérfano aquel que "utroque parente caruerit". Producida esta situación, el ordenamiento jurídico confía la guarda de los huérfanos y la conservación de sus bienes a los parientes más cercanos de los menores. Los tutores quedan obligados —lo que al menos no aparece previsto cuando sobrevive uno de los padres— a prestar garantías suficientes que aseguren su responsabilidad en orden a la conservación íntegra del patrimonio de los huérfanos.

c) De una amplia facultad dispositiva en favor del cónyuge sobreviviente nos hablan los Fueros de la Novenera. A veces se exige que el supérstite se mantenga en estado de viudedad, capítulo 37; pero en otro lugar, capítulo 239, la manda es efectiva "casando o non casando"<sup>9</sup>. En todo caso, se trata de mandas parciales, que no excluyen la posibilidad de partición del padre o madre con los hijos, después de abrirse la sucesión de uno de aquéllos, y que puede tener lugar, a tenor del capítulo 231, incluso sin las nuevas nupcias del supérstite.

Supongamos ahora que ha muerto uno de los padres, y que sus hijos, herederos al mismo tiempo de sus bienes, son menores de edad. ¿Regula el fuero el supuesto de algún modo que nos haga pensar en una solución especial? El único capítulo aprovechable es el 204, que reproducimos e continuación:

De muerte de fillo que [no] ha XII aynnos.—«Todo ombre o toda muyller que aya fillo que no ha XII aynnos et si el fillo

---

9. Cfr. R. GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, *El derecho medieval de la Novenera*, en este ANUARIO, 21-22 (1951-1952), págs. 1262 y 1263; A. OTERO VARELA, *Mandas entre cónyuges*, en el mismo ANUARIO, 27-28 (1957-1958), págs. 408-410.

muere en su poder, la hereditat torne a los parientes dont uíene: et el mueble deue seer del padre o de la madre. Mueble es pieças por segar et uinna por uendemar et barueyto por sempnar»<sup>10</sup>.

Del texto se desprende una respuesta negativa. Al parecer, lo normal es que los huérfanos menores habiten la casa familiar, bajo el cuidado del padre o de la madre, el cual se encargaría de la administración del patrimonio de los hijos, sin venir obligado por ello a prestar garantías de ninguna clase. No se altera la naturaleza jurídica de las relaciones paterno-filiares por el fallecimiento de uno de los padres. La potestad familiar continúa en manos del sobreviviente, o al menos no se convierte en una tutela. Consecuentemente, el fuero analiza el caso del menor de doce años que "muere en su poder", es decir, bajo el poder del padre o de la madre. El sistema, como puede observarse, es semejante al contenido en el Fuero de Daroca. ¿Qué ocurriría cuando los menores huérfanos lo fueran de ambos padres? Los Fueros de la Novenera no se plantean esta interrogante, si bien es presumible pensar en una solución semejante a la de Daroca.

d) El Fuero de Jaca puede aproximarse en este punto al sistema de la Novenera, al menos en cuanto a la inexistencia de normas sobre la tutela, más acentuada si se quiere en Jaca. A propósito de las segundas nupcias el fuero regula la partición con los hijos del premuerto. Se trata de una partición obligatoria y que debe realizarse bajo el control de los parientes más cercanos del cónyuge fallecido<sup>11</sup>. En otro lugar, la partición se presenta con el mismo carácter, pero se admite como posible la negativa del supérstite a efectuarla, lo que produce las siguientes consecuencias económicas: "los filltz, segont fuero, conseguiran part en totas las cosas moules e sedentz que gadaynnara aquel qui sobrauiura, quar no dona certa part e determinada asi con deuia a sos fillts e del mort mentre deuia e po-

10. Ed. de G. TILANDER, Upsala, 1951.

11. *Fuero de Jaca* A, 100 [=E, 40] D'om qui aura muyller o de muller que aura marit e mor l'un antz que l'altre (ed. de M. Моrно, Zaragoza, 1964).

dria" <sup>12</sup>, pero también, al menos en parte, la conservación de la comunidad familiar. Verificada la partición, no parece que se deshaga la familia. Al menos, la ausencia de normas en contra, nos hace pensar en su continuación bajo la autoridad del padre vivo hasta que los hijos se casen, sean armados caballeros o reciban órdenes sagradas que obliguen al celibato <sup>13</sup>.

e) Veamos ahora el sistema del Fuero de Viguera y Val de Funes <sup>14</sup>, que fundamentalmente se contiene en el capítulo 403:

Dar hereditat de huérfanos a laurar —«Et los fijos si quisieren dar sus heredades a tributo o labrar, o sus parientes por ellos, non los pueden toller al padre o a la madre por quanto otri diere o quisiere fazer. Et los fijos si fueren chicos, deben más viuir con el padre o con la madre que con otros parientes e estar en su guarda fasta que sean de hedat».

Nos encontramos ante una orfandad parcial, por muerte del padre o de la madre. Como consecuencia de la partición de los bienes ganados durante el matrimonio y de haberse abierto la sucesión del padre muerto, los huérfanos se convierten en titulares de un patrimonio <sup>15</sup>. De igual modo que en el Fuero de Jaca, la menor edad de los huérfanos exige que la partición sea fiscalizada por los parientes más cercanos del cónyuge premuerto.

Del texto que más arriba hemos copiado se desprende la posibilidad de separar, en el estado de huérfano, dos aspectos diferentes: el patrimonial y el personal, el relativo a la conservación y administración de los bienes, y el que afecta al cuidado y a la protección de las personas de los menores. En lo que a éste concierne, el Fuero de Viguera y Val de Funes admite el sistema que hasta ahora hemos visto: los menores continúan bajo la guarda del padre vivo <sup>16</sup>. Sola-

---

12. *Fuero de Jaca* A, 164 [=B, 107; C, 36; D, 35, y E, 39]. De marit e muller que an filtz e, l'un mort, l'altre se casa.

13. *Fuero de Jaca* B, 129 [=C, 48; D, 47, y E, 51]). De comun Lo payre ela mayre com no responden per lur filltz.

14. Ed. de J. M.<sup>a</sup> RAMOS Y LOSCERTALES, Salamanca, 1956.

15. Sobre partición, cfr. los capítulos 396. Partición de muger con fijos, y 400. Partición de fijos con padre

16. En el mismo sentido, el capítulo 32. De padre e de fijo.

mente cuando los menores fuesen huérfanos de ambos padres, o bien en otros casos excepcionales, los parientes más cercanos se encargarían de este cometido. Pero en orden a la administración de los bienes de los menores se insinúa un sistema nuevo, en el que apunta cierta desconfianza en torno a la gestión del padre vivo. Es cierto, según lo dispuesto en el capítulo 403, que el supérstite puede explotar directamente los bienes de sus hijos, pero —y en esto se aprecia el control que sobre él se ejercita para que los menores no sufran perjuicio alguno en sus bienes—, siempre que ofrezca por la explotación “quanto otri—un tercero, por ejemplo—diere o quisiere fazer”. La explotación de los bienes de los menores podría otorgarse, mediante una u otra forma contractual, a quien por ella ofreciera el precio más alto, lo que redundaría en beneficio de los huérfanos.

Obsérvese la intervención que el fuero otorga a los parientes más próximos de los huérfanos en los actos jurídicos que afectan al patrimonio de éstos. Son ellos, al margen del parecer del padre vivo, los que deciden, supliendo así la capacidad de los menores, sobre la conveniencia de explotar de una manera o de otra las heredades de éstos. Son ellos también los llamados a autorizar las enajenaciones o gravámenes del patrimonio de los menores, cuando sean útiles o necesarios<sup>17</sup>. Puede hablarse, pues, de una competencia y de un control que ejercitan los parientes sobre la gestión de los intereses económicos de los huérfanos menores de edad, que en algunos casos tiene como base la expectativa hereditaria de aquéllos.

Se advierte en el fuero la tendencia a mantener la unidad patrimonial de la familia mientras viva uno de los padres. Por ello se regula la negativa del varón, que se casa de nuevo, a partir con los hijos del primer matrimonio, admitiéndola aunque produzca unas consecuencias económicas parecidas a las vistas en el Fuero de Jaca, es decir, se precisa su obligación de dividir “con los primeros fijos todos los mejoramientos que fizo de heredat e de moble con la primera e la segunda muger. Et después de su muert todos sus fijos heredarán egoalmente todo lo del padre”<sup>18</sup>. Las mandas entre cón-

<sup>17</sup> Cfr. el capítulo 350 Ninguno no puede fazer firmeza d'aquaia doze aynnos.

<sup>18</sup> Cfr. el capítulo 401 De partición con fijos ante de casar.

yuges, limitadas al mueble entre villanos, y a éste y al usufructo de las heredades entre infanzones, produce el mismo efecto<sup>19</sup>. En el caso de la infanzona viuda, las mandas que en su favor dispusiere el marido se confunden con el usufructo vidual, cuya finalidad no es otra que mantener la cohesión de la familia con una base económica que permita atender al sustento y educación de los hijos. Por ello, cuando la madre infanzona viuda que "terná sus arras e todos los otros bienes que'l dexare su marido en fealdat", permitiese a los hijos "andar por puertas pudiendo los acorrer para vestir e pora comer", pierde la viudedad entendida en su sentido económico y son nulas las mandas que el marido le concedió<sup>20</sup>. En este momento podría tener aplicación el sistema supletorio contenido en el capítulo 403 del fuero, según el cual los menores pasarían a ser tutelados por sus parientes más cercanos, por parte del padre en este caso.

f) Estudiemos, por último, el sistema del Fuero de Estella, basándonos en los siguientes textos:

11. De marit —«Si maritus illi moritur, et habet inde filios, et postea uult ducere alium maritum, mulier illa debet partire totum quantum examplabit cum suo marito primo, cum filiis, auere et honorem, per medietatem. Et si filii sunt parue etatis aut magne, et nolunt partire bene possunt distringere matrem cum iusticia regis, et si filii sunt parui, et pater eorum ad obitum suum fecit cabezaleros, illos cabezaleros possunt partire, et dare firmos si uolunt, et etiam uendere et inpignare hereditatem ad opus filiorum, et habebit stabilitatem, et cabezaleros possunt distringere matrem pro filiis, et mater non potest distringere cabezaleribus.. et si mulier uiuit, et maritus moritur quamuis sint ibi filii, quantum mulier uoluerit stare in uiduitate erit domina, et potentissima de toto illo auere, et de honore [redacción del siglo XIII sed ratione uiduitatis non tenebit mobile] sed hoc quod pertinet filius uel filiabus suis potest uendere et inpignare si necesse est sibi, et necessitas illa sit nota a parentibus, uel a uicinis, et etiam per famem filios suos potest uendere. Si filius remanserit paruus, et postea peruenerit ad perfectam etatem [siglo XIII: scilicet ad etatem.XII.anno-

19. El régimen de los villanos, en el capítulo 313. Donación de villano, y el de los infanzones, en el 312. De afillamiento de infanzón

20. Ver el capítulo 394. De fealdat

rum], et quesieri matri partem de illo honore, et de auere sui patris, de hoc quod erit presens habebit partem in parte patris, et si filius dixerit: «plus habetis de meo patre», et mater dixerit. «non», filius potest inde habere una iura de sua matre, et si cabezaleros nolunt partire, et auolus partit pro suis nepotibus, et dat fidancias et accepit filios auctorizando, ualebit, et habebit stabilitatem. Et quando uenerit ad particionem debent filii partire, et pater et mater debent causire in omnibus hereditatibus. Et si aliquis uolebat dare in illa hereditate filiorum locherum, et mater uoluerit illam retinere eumdem precium quem et alius, retineat».

12. De homine mortuo —«Siquis moritur et non fecerit testamentum ad obitum mortis, et remanserint parui filii, et mater ducit alium maritum, parentes filiorum posunt partire, et cognoscere partem patris filiorum et dare firmes et accipere, et si mater uoluerit tenere filios suos com honore et auere, [siglo XIII: si mater uoluerit dare tantumdem precium, quantum quilibet alius] debet dare mater bonas fidancias parentibus filiorum, quod quando filii peruenerint ad perfectam etatem reddat illis predictum honorem et auerem Et si interim filii obiuntur, illam hereditatem et honorem, et auere debet tornare unde uenit parentibus suis.. ».

36. De commenda —«Siquis moritur et in comenda alius cuiusque hominis filium suum miserit, si ille qui tenet [s XIII. illum puerum], iniuriam aut ingenium in sua comenda illi facit, scilicet censu aut terre, aut aliquam stultam fiduciam contra se aut contra alium faciat facere, quamuis in sua comenda .XX. aut .XXX. annos permaneat aut plus, de quocumque illum ingenuerit, totum debet emendare, et nunquam propter hoc de custodia illius [s. XIII: boni hominis] exierit donec dicat, coram testibus: «in uestra comenda nolo amplius stare», aut ipse dicat. «nolo ut amplius in mea comenda permaneas», et hoc dicat coram testibus»<sup>21</sup>.

---

21 Los textos proceden de la redacción de 1164, ed. de J. M<sup>a</sup> LACARRA, en este ANUARIO, 4 (1927), págs 400 y ss., que se han cotejado con la redacción del siglo XIII, editada por ese autor en el mismo ANUARIO, 4 (1927), págs. 426 y ss., y con la versión lemosina, también editada por LACARRA en el mencionado ANUARIO, 9 (1932), págs 393 y ss., en la que el capítulo 35 se corresponde con el 36 reproducido por nosotros. Se ha efectuado el cotejo de estos textos con los de *El Fuero de Estella según el manuscrito 944 de la Biblioteca de Palacio de Madrid*, ed. de G. HOLMER, Estocolmo, 1963, §§ 47, 48 y 53.

En la misma línea que los fueros anteriores, el de Estella confía al padre vivo—los textos contemplan siempre el supuesto de que el premuerto sea el varón—la crianza y educación de los menores hasta la mayoría de edad, tanto en el caso de que permanezca viudo como si contrae nuevas nupcias. La frase “et si mater uoluerit tenere filios suos cum honore et auere”, contenida en el capítulo 12, podría plantear el tema de la voluntariedad en orden al desempeño de ese cometido. No creo que así fuese. La partícula condicional “si” encuentra su complemento en “cum honore et auere”, pero se presupone que los menores permanecen bajo el poder familiar del sobreviviente.

Es, sin embargo, en lo referente a la administración de los bienes de los menores donde encontramos soluciones nuevas al comparar el sistema de Estella con el de los otros fueros. El régimen es diferente según que la madre viuda permanezca en este estado o se case de nuevo. A su vez, en este caso, se distinguen dos posibilidades: muerte del marido con disposición testamentaria o sin ella.

Durante la viudedad de la madre, y mientras esa situación se mantenga, el patrimonio familiar no se divide, excepto el mueble en la redacción del siglo XIII. Jurídicamente, la condición de la viuda es superior a la de una mera usufructuaria. La forma empleada en el fuero para definir su condición: “erit domina, et potentissima de toto illo auere, et de honore”, es significativa, puesto que si en algunos casos —“si necesse est sibi”—precisa del asenso de los parientes o de los vecinos del lugar para enajenar o gravar los bienes, en otros —“per famem filios suos”—se le reconoce una libertad absoluta.

Las segundas nupcias de la madre viuda abren la posibilidad de que se realice la partición con los hijos habidos en el matrimonio. Es cierto que, al comienzo del capítulo 11, la partición de los bienes ganados durante el matrimonio se articula como obligatoria: “debet partire totum quantum examplabit cum suo marito primo”, pero a seguido, el fuero, tanto en ese capítulo como en el 12, la regula como posible, correspondiendo la iniciativa de la misma a los hijos, sean menores o mayores de edad, a los ejecutores testamentarios cuando éstos hubiesen sido designados por el causante en la disposición mortis causa, o a los parientes más cercanos de los huérfanos en

caso de inhibición de los ejecutores o de inexistencia de disposición testamentaria.

Supongamos que la partición no ha sido incoada ni por los hijos ni por sus representantes. Han renunciado a efectuarla en ese momento, a pesar de que la madre se ha casado de nuevo. Entonces le sigue correspondiendo a ella la administración de esos bienes y los hijos no participarán en las ganancias del segundo matrimonio: "et filii interim non demandabunt partem matri, et postea adhuc ducit alium maritum, et tunc uenient filii, et quesierint illi partem, dabit unicuique filiorum partem de exemplamento quod fecit cum patribus suis, de alia causa non"<sup>22</sup> La madre administra los bienes sin quedar obligada a garantizar los resultados de su gestión, la cual tampoco es objeto de control. Se vislumbra cierta obligación de rendir cuentas por la madre administradora, cuando el hijo, alcanzada la mayor edad, pidiese la división, pero, en todo caso, se eximiría de responsabilidad prestando juramento de que eran esos en concreto los bienes que al hijo correspondían.

En los casos de menor edad de los huérfanos, los ejecutores testamentarios o los parientes más cercanos solicitarían por lo común la división de los bienes. El efecto de la misma, aparte la atribución concreta de unos bienes a los menores, sería convertir a los ejecutores o a los parientes en administradores del patrimonio de los huérfanos. En este caso, se trata de una administración sometida a especiales garantías que deben ser prestadas por los que la desempeñan. Al recibir los bienes procedentes de la división deben, en efecto, "dare firmos" o "fermes", los cuales garantizarán al sobreviviente de futuras demandas de partición, pero también responderán en defecto de los administradores, cuando el patrimonio deba ser devuelto a los huérfanos, una vez que alcancen la mayoría de edad. El contenido de la administración es amplio, en cuanto que su objeto es suplir la falta de capacidad de los menores. En consecuencia, los cabezaleros pueden vender y dar en prenda las heredades de los menores cuando el bien de éstos lo hiciera necesario.

A mi entender, el sistema del Fuero de Viguera y Val de Funes se desarrolla en Estella. La administración del patrimonio de los me-

---

<sup>22</sup> En el mismo capítulo 11, a continuación de los primeros puntos suspensivos.

nores no corresponde al padre vivo en los supuestos examinados. Jurídicamente, el tipo de administración que venimos contemplando se aproxima a la ejercida por el tutor testamentario (ejecutor o cabezalero en este caso) o por el legítimo (parientes, el abuelo en el capítulo 11). La solución establecida en el fuero chóca con la tendencia navarra a mantener la unidad familiar, bien que ésta se consiga sobre la base de varios patrimonios cuando ha habido una partición previa, pero concentrados en una misma administración, la del padre sobreviviente. Creo ver en los capítulos 11 y 12 dos fórmulas diferentes, pero que tratan de paliar los efectos atribuidos a la partición en este fuero. La primera, la del capítulo 11, es la del Fuero de Viguera y Val de Funes: la madre puede explotar las heredades de los hijos menores, recibéndolas en arrendamiento, con obligación de pagar la renta que un tercero hubiera ofrecido con el mismo objeto. La segunda, la del capítulo 12 que se entrecruza con la anterior en la redacción del siglo XIII, autoriza la subrogación de la madre en el puesto del tutor-administrador. La madre se convierte en administradora del patrimonio de los hijos menores, y como su título es precisamente ese y no el de continuadora de la potestad familiar, es obligada a prestar "bonas fidancias" a los parientes de los hijos, a quienes ha sustituido en la función administradora, y cuya finalidad es garantizar la conservación y la restitución de los bienes cuando los hijos alcancen la mayoría de edad.

En el capítulo 36 puede verse un nuevo supuesto de tutela testamentaria. La institución recibe el nombre de "commenda", con alusión a la custodia o guarda que de la persona del menor, no sólo de su patrimonio, debe realizar el tutor —posiblemente por haber premuerto la madre de los menores y carecer de parientes o ser incapaces—<sup>23</sup> En esencia el texto se ocupa de regular la responsabilidad del tutor, que debe ser un hombre bueno, según nos dice la redacción del siglo XIII, y la extinción de la tutela. Al tutor se le declara responsable por los daños y perjuicios ocasionados por su deficiente gestión sobre el patrimonio mueble o inmueble del pupilo. Al parecer también de los actos que el menor realice por su consejo o instigación. Aunque no se utilizan conceptos para fijar la medida de la

---

<sup>23</sup> Ver mi trabajo *La comenda en el Derecho español. I. La comenda-depósito*, en este ANUARIO, 34 (1964), pag. 34

responsabilidad del tutor, se deduce del texto que la producen las actuaciones dolosas del mismo: “de tot quant l’aura enguanat l’aura a emendar” (versión lemosina). La responsabilidad no prescribe por el transcurso del tiempo: los veinte o treinta años de que habla el fuero son precisamente plazos de prescripción, que aparecen expresamente derogados. La extinción de la tutela, a iniciativa del pupilo o del tutor —suponemos que por la mayoría de edad del pupilo, aunque no debe descartarse la remoción del tutor—, se reviste de ciertas solemnidades. El pupilo expresa su voluntad con estas palabras: “in uestra comenda nolo amplius stare”. Con otras semejantes y destinadas a producir el mismo efecto —“nolo ut amplius in mea comenda permaneam”— manifiesta la suya el tutor. Los testigos del acto dan fe de su celebración.

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN