

**EL SISTEMA FAMILIAR Y SUCESORIO DE
VIZCAYA EN EL MARCO DEL
DERECHO MEDIEVAL**

D. Adrián Celaya Ibarra

EL SISTEMA FAMILIAR Y SUCESORIO DE VIZCAYA EN EL MARCO DEL DERECHO MEDIEVAL.

LA FAMILIA FORAL

Los territorios aledaños al Pirineo, que constituyeron los antiguos reinos de Aragón y de Navarra, han mantenido hasta el día de hoy instituciones civiles peculiares, de origen medieval, en las que destaca una especial concepción de la familia, a la que se dota de una fuerte cohesión y de un patrimonio estable.

La originalidad de estas legislaciones, que presentan ostensibles diferencias con la castellana, ha sido una de las causas que motivaron su subsistencia hasta el día de hoy, pese a la codificación de las leyes civiles en España.

En las leyes que vienen llamándose forales encontramos instituciones similares que tienden a concentrar la propiedad familiar manteniendo su integridad. Es notable que con fórmulas jurídicas diversas (como las que también mantienen Aragón, Navarra o Cataluña) las costumbres de los territorios vascos de Laboud y Soule llegan a resultados parecidos.

Como denominador común a todos los sistemas forales podemos señalar la creación de la familia foral, familia souche o estable, según la terminología de Le Play, apegada a solar familiar y unida por un conjunto de usos y costumbres ancestrales. La casa es el vínculo que une a todos los que proceden del mismo tronco y las leyes se esfuerzan en impedir que se destruya su unidad aconsejando, más que mandando, la transmisión a un solo heredero que cuida de los padres y parientes ancianos y toma bajo su protección a los familiares más jóvenes hasta que levantan el vuelo al tomar estado o iniciar una profesión independiente.

Las fórmulas jurídicas empleadas para lograr este propósito son muy diversas pero coinciden en algunos rasgos como los siguientes:

a) La libertad de testar (Navarra) o el derecho de libre elección de heredero (Aragón) como modo de lograr que los bienes se mantengan en una sola mano. La libertad viene moderada por la costumbre de elegir un solo sucesor en el hogar familiar, el que se encargará de velar por la defensa y posterior transmisión del solar.

b) La admisión, con variadas fórmulas, de los poderes testatorios y los testamentos de hermandad entre marido y mujer.

c) Las distintas formas de comunidad entre marido y mujer, unidas a una fuerte protección de la situación del cónyuge viudo.

d) La relevancia del papel de la mujer en la dirección del patrimonio familiar.

Estas características de los regímenes forales aparecen también acusadamente en Vizcaya, lo que resulta significativo si tenemos en cuenta que, a diferencia de Navarra, Aragón y Cataluña, que en la Edad Media siguieron caminos propios, Vizcaya, vivió bajo la órbita de Castilla que mantenía una legislación inspirada en principios muy diferentes.

Estas leyes son las que hicieron surgir un tipo de familia fuerte y unida que no sólo fue capaz de explotar y hacer fructífero un suelo duro y montuoso, sino que hizo de sus hijos excelentes navegantes, colonizadores, misioneros y más tarde industriales y comerciantes por todo el mundo.

En la actual crisis de la familia convendría meditar en que las instituciones que hicieron posible esta realidad familiar arrancan del fondo de la Edad Media y se han transmitido hasta hoy. Parece aconsejable la prudencia cuando se trate de alterarlas.

ELEMENTOS QUE INFLUYEN EN LA FORMACION DEL SISTEMA FORAL VIZCAINO.

Las legislaciones de toda España son el fruto de un mundo cultural en el que distintos factores determinan la formación de las instituciones, que teniendo un fondo uniforme muestran el modo de ser de cada pueblo en su diversidad. Vizcaya no es una excepción: su sistema de leyes estuvo también sometido al variado influjo de los elementos que han integrado la cultura europea, y fundamentalmente aquellos que juegan un importante papel en las instituciones españolas. Entre esta variada serie de factores podemos destacar:

a) *Las costumbres y usos anteriores a la recepción del Derecho Romano.* Joaquín Costa hablaba de la influencia jurídica de unas costumbres ibero-euskaras y de un elemento céltico, pero resulta muy difícil penetrar en la oscuridad de las épocas más remotas de nuestra historia para buscar las instituciones que pudieran estar en vigor entre nuestros antepasados. Solamente pueden formularse hipótesis sin ningún apoyo documental. Y no hay que perder de vista que el mundo vasco debió sufrir una profunda transformación al pasar de una economía pastoril a una sociedad agraria e incluso urbana en algunas partes, por lo que las costumbres tuvieron que sufrir cambios espectaculares. Difícil será encontrar las huellas de la organización primitiva después de esa radical transformación.

b) *El Derecho Romano.* Roma realizó una obra jurídica monumental cuyo peso sobre la cultura europea es de carácter excepcional. El sistema jurídico civil romano se introdujo al calor de la dominación ejercida sobre la península ibérica y volvió a hacerse sentir en los siglos XIII y XIV cuando las Universidades hicieron resurgir los estudios romanistas apoyados esta vez en la Compilación justiniana.

Sin embargo, la influencia romana no se acusa mucho en Vizcaya, no sólo porque la romanización no fué muy profunda, sino porque la recepción del Derecho Romano en Castilla, especialmente a través de las Partidas no penetró en nuestro País, salvo su aplicación en las villas.

Pese a todo, no hay que perder de vista que los vizcaínos más cultos cursaron sus estudios en Salamanca y que los textos legales son redactados, por lo común, por bachilleres y letrados que difícilmente podían desprenderse de las doctrinas aprendidas en sus estudios universitarios. Pero los vizcaínos resistieron este influjo y preservaron del mismo sus instituciones peculiares como lo pone de relieve el texto de la reforma del Fuero de 1506 en el que se prohíbe a los abogados invocar leyes extrañas al Fuero bajo pena de destierro. Y el Fuero de 1526 expresamente prohíbe invocar las leyes del Reino, o de Derecho común, canónico o civil o opiniones de doctores (ley 3ª del título XXXVI).

Los juristas vizcaínos no podían, sin embargo, desprenderse de la técnica aprendi-

da, por lo que la obra jurídica vizcaína se construye con una metodología en muchos aspectos romana. Afirma Vallet de Goytisolo refiriéndose al Derecho castellano que «la construcción de nuestros clásicos guardó las proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos» (1) y algo similar puede decirse de las instituciones vizcaínas.

Esto puede explicar la facilidad con la que los vizcaínos aceptaron el carácter supletorio de la legislación castellana.

c) *Elemento germánico.* Es muy común tener por germánico todo lo que no es romano, pero no pasa de ser una deducción arbitraria. Si nos ajustamos a lo auténticamente germánico, el Derecho propio de los pueblos que invadieron la Europa romanizada en el siglo V, no faltan autores que buscan a nuestras leyes una ascendencia entre las costumbres de tales pueblos. Así ocurre con García Royo (2), para quien tiene fondo germánico la concepción de la comunicabilidad y comunión patrimonial; el apartamiento sucesorio; la función de la cuota; la teleología de la indivisión; el injerto de la fianza en la compraventa; el sistema hereditario.

Pero García Royo entiende que el germanismo no es lo alemán y pretende hallar las raíces del Derecho vizcaíno en ciertos Derechos escandinavos, más concretamente en la tradición noruego-islandica. «A estos países, dice, llegó una corriente pesquera vasca; tal vez se llegue a probar la prehistórica comunidad cultural». No pasa de ser otra hipótesis en modo alguno confirmada.

La influencia germánica más concreta que podemos documentar hemos de buscarla en el Derecho gótico. No parece que los godos dominaran Vizcaya pero el Liber Judiciorum, la obra legislativa de Recesvinto fué vertida al castellano con la denominación de Fuero Juzgo y evidentemente influyó en la legislación castellana. Sin embargo, es enorme la distancia entre este texto legislativo y las disposiciones del Fuero de Vizcaya. La única huella de tal Derecho que estimo puede ser hallada es la cuota de libre disposición de una quinta parte que, no tiene en Vizcaya origen consuetudinario sino que resulta claramente que fué introducida por el Fuero de 1452 como una novedad legislativa.

Mayores influencias pueden haberse recibido del Fuero Viejo de Castilla, de oríge-

(1) JUAN VALLET DE GOYTISOLO; Las Legítimas, tomo I, pág. 19.

(2) LUIS GARCIA ROYO, Foralidad civil de las Provincias Vascongadas, Tomo I, pág. 195 y s.

nes poco conocidos pero que parece que se ajusta a la práctica castellana del siglo XIV, lo que demostraría cierto parentesco entre la costumbre castellana y las forales. En dicho Fuero Viejo de Castilla encontramos disposiciones que pueden ser precedente de otras existentes en Vizcaya como ciertas manifestaciones de troncalidad (ley 3 título IX del libro IV y ley 1 título 11 del libro V) y la regulación del quinto de libre disposición; pero estas no son sino disposiciones muy accidentales en el sistema vizcaíno que, por otra parte, muestra una enorme distancia con el Fuero Viejo de Castilla en la misma regulación de la troncalidad, en la libertad de elegir el heredero frente a la división forzosa castellana (ley 1 título II libro V) en el derecho del marido a disponer de los bienes de su mujer (ley 7, tit. I, libro V) la institución de los gananciales frente a la comunicación vizcaína, etc.

Aunque estas leyes hayan tenido alguna influencia en las de Vizcaya, sobre todo a través de la obra de las recopilaciones de 1452 y 1526, es claro que las diferencias son tan destacadas que no quitan al sistema vizcaíno su gran originalidad.

d) *El derecho canónico.* Es evidente que la difusión del cristianismo debió dar entrada a las normas de Derecho canónico, pero apenas se acusan sino en materia de forma y validez de los matrimonios, donde todas las leyes españolas se someten a la regulación canónica.

e) *Las legislaciones forales pirenaicas.* Podríamos pensar que puesto que, aparte de Castilla, las legislaciones más próximas a nuestro territorio son las de Navarra y Aragón, deben ser ellas las que directamente han presionado en nuestro territorio.

Durante cierto tiempo estuvo Vizcaya bajo la influencia e incluso dominación navarra, lo que bien pudo motivar que se importasen sus usos y costumbres. La dificultad está en que la misma Navarra tardó bastante tiempo en definir su Derecho y su primer Fuero General no se acomoda en absoluto al sistema de albedrío propio de Vizcaya. Cuando Navarra llega a definir su Derecho en la forma que ha prevalecido, Vizcaya giraba ya definitivamente bajo la influencia castellana.

La similitud de nuestras instituciones con las de otras regiones forales debió ser motivada por factores muy distintos y, aparte de las circunstancias geopolíticas, no creo que puede dejarse de pensar en un fondo consuetudinario común que se manifiesta a través del albedrío. El Fuero de Vizcaya es de albedrío (ley 3, título

XXXVI del Fuero 1526) y el albedrío supone acogerse al sentir del hombre medio y, en definitiva, recoger las ideas y sentimientos dominantes que, en algún aspecto, pudieron ser comunes en el Alto Aragón, en Navarra, en Vizcaya y tal vez en Labourd.

LA PECULIARIDAD DE VIZCAYA

Aun admitiendo el indiscutible valor de todos los antecedentes arriba apuntados, Vizcaya elaboró en la Edad Media un sistema jurídico privado muy original, con características propias que le distinguen no solamente de las leyes castellanas sino de las demás legislaciones forales existentes. Como instituciones más notables vizcaínas podemos señalar:

a) La troncalidad, que en Vizcaya adquiere un acusadísimo relieve no comparable a ningún otro sistema.

b) La amplia difusión y el papel decisivo en la distribución de la herencia que tienen los poderes testatorios.

c) La sucesión forzosa en todos los bienes raíces con libertad de elegir un sucesor entre los parientes tronqueros.

d) La comunidad absoluta de bienes en el matrimonio.

e) La especial posición jurídica de la mujer casada.

En el análisis de la Historia del Derecho vizcaíno debe anotarse también otra nota destacada: la continuidad. En los antecedentes que conocemos no se aprecia ningún cambio radical que altere en lo fundamental el sistema familiar y sucesorio vigente desde los más remotos tiempos. Podemos afirmar que el sistema recogido en la Compilación de 1959, con variantes más bien accidentales, es el único que ha conocido Vizcaya, y el mismo que se practicó desde la Edad Media.

En Cataluña tuvo un gran peso el Derecho gótico y se introdujeron profundas reformas hasta el siglo XVI para llegar a su actual sistema sucesorio, Aragón estuvo en sus primeros tiempos oscilando entre los regímenes opuestos de los Fueros de Jaca y de Daroca. Navarra hubo de imponer por vía consuetudinaria unas instituciones notablemente contradictorias de lo ordenado en su Fuero General.

En Vizcaya, las líneas generales de su sistema familiar y sucesorio quedaron formuladas desde un principio y sus directrices aparecen ya en forma esquemática en el antiquísimo Fuero de la merindad de Durango.

EL DERECHO MEDIEVAL VIZCAINO

Mucho antes de ser formulado por escrito, el Derecho foral de Vizcaya existía ya y era bien conocido, como lo prueban las referencias al mismo en muchos textos antiguos como en el Fuero de Ayala de 1363 o en el Fuero de la villa de Arceniega.

La falta de pruebas documentales en Vizcaya hace muy difícil juzgar cuales serían las instituciones vizcaínas antes de que se escribieran; pero pueden ser adivinadas a través de los propios Fueros escritos, ya que según ellos mismos expresan, se limitan a dar redacción a lo que ya habían por Fuero, uso y costumbre. Singularmente ilustrativo es el Fuero de 1452, en cuyas leyes se dice repetidamente cuales son las costumbres hasta entonces observadas, especialmente cuando se va a tomar a la decisión de introducir alguna alteración en ellas. Un ejemplo claro es la ley 112 en la que después de afirmar que «hasta ahora en Vizcaya había por uso y costumbre que los bienes raíces que alguno comprare fueren habidos por muebles» añade que esto era un grave perjuicio de los hijos legítimos por lo que «ordenaron y establecieron que «toda tierra o heredad que así fueren comprados fueren habidos por bienes raíces, no por muebles».

Las primeras normas escritas que aparecen en Vizcaya son los Fueros municipales a partir del Fuero de Bermeo de 1237. Estos Fueros no reflejan el Derecho vizcaíno sino que introducen el Fuero de Logroño, con lo que hacen nacer una dualidad legislativa que ha perdurado hasta el día de hoy. El Fuero de Logroño no contiene disposiciones familiares ni sucesorias por lo que comenzó a aplicarse en las villas el Fuero Real y, más tarde el Ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI (1348). El Fuero de Miravalles (1375) expresamente ordena la aplicación del Ordenamiento de Alcalá.

A partir de la vigencia de los Fueros municipales, el Derecho de Vizcaya se bifurca.

Rige en las anteiglesias el sistema foral y en las villas el de la ley castellana; pero puede entenderse que hay una cierta fuerza atractiva de la legislación natural vizcaína que consigue aplicarse fuera del casco urbano en las mismas villas; y en la Concordia de 1630 se concede incluso a dichas villas la facultad de optar por la legislación foral.

Tampoco constituyen legislación vizcaína los Cuadernos de Hermandad, ni los capítulos de 1342 ni los de 1396 que fueron dados para la lucha contra los bandos y no contienen los Fueros propios de Vizcaya, los Fueros de albedrío, que es lo más característico de la legislación vizcaína. A través del albedrío adquiere formulación positiva el sentimiento jurídico más profundo de la comunidad. El alcalde de Fuero que falla en albedrío descubre en su sentencia el pensamiento de la sociedad que le rodea. Los Fueros formulan el contenido de estas decisiones y aunque introduzcan modificaciones, respetan siempre las líneas generales del sistema.

Los Fueros municipales y los Cuadernos de Hermandad son dictados por quien ejerce el poder sin respetar limitación alguna. No son Fueros sino leyes dictadas y esto mismo explica ciertas dificultades que surgieron en su aplicación, pues no estaban arraigadas en la conciencia social.

Veamos ahora cuales son los Fueros de Vizcaya propiamente tales:

1. *El Fuero de las Encartaciones*. Hay dos redacciones de este Fuero, la de 1396 y la de 1503. La primera no es propiamente un Fuero sino algo muy similar a los Cuadernos de Hermandad; la segunda es el verdadero Fuero de las Encartaciones.

Como afirma Quadra Salcedo (3) el Derecho encartado estuvo muy influido por el Fuero Viejo y el Fuero Real y su huella se aprecia en el Fuero de 1503. No obstante, el Derecho propio de la Encartación aparece en la parte que se llama Fuero de albedrío que ocupa una buena parte en el Fuero de 1503. En este Fuero de albedrío aparecen muchas instituciones que guardan una gran similitud con el tradicional sistema vizcaíno como cuando regula el régimen de comunicación de bienes (ley II, título II), las ventas con llamamientos ante la iglesia, (ley II, título III) etc. Lo que ocurre es que dada su formulación tardía, no es

(3) FERNANDO DE LA QUADRA SALCEDO, Fuero de las Encartaciones, pág. 171.

posible saber si este Fuero regula instituciones peculiares o si está influido por el Fuero de Vizcaya redactado cincuenta años antes.

2. *El Fuero de la merindad de Durango.* Carácter diferente tiene el llamado Fuero antiguo de la merindad de Durango cuya redacción no puede datarse pero acaso pueda alcanzar al siglo XIII. Su texto fué publicado por primera vez por Labayru y nuevamente lo ha sido en los Cuadernos de Historia Duranguesa (4).

Sin duda es muy anterior al Fuero de Vizcaya y debió estar en vigor en el territorio de la merindad. Lo notable de este texto es que se trata de un claro precedente del Fuero de Vizcaya y que contiene, en esencia, las instituciones más importantes que desarrollará el Fuero de 1452. Entre ellas podemos destacar:

a) La libre elección de heredero entre los hijos (ley 1) (5).

b) La troncalidad en términos muy amplios e incluso aplicada a las ventas (leyes 1 y 34).

c) La comunicación de bienes en el matrimonio (ley 4).

d) Los llamamientos forales en las ventas, con otorgamiento ante la iglesia y derecho preferente de los tronqueros muy similar al Fuero de Vizcaya.

¿Cómo explicar estas analogías? ¿Porqué el Fuero de Durango regula estas instituciones en unos términos que no aparecen en ninguna otra legislación, salvo la de Vizcaya? Evidentemente se trata de que en el Duranguésado existían unas costumbres similares y acaso idénticas a las de la Vizcaya nuclear, pero ¿de donde proceden?

Podría pensarse que la prolongada presencia navarra en Durango habría introducido los usos de aquel país; pero, aparte de lo antes apuntado acerca de los problemas de formación del primitivo Derecho navarro, hay que precisar que se trataría de una adaptación muy vizcaína de sus instituciones, pues las peculiaridades que presenta son realmente notables y todas en el sentido de acercarse al sistema vizcaíno.

Por todo ello, el Fuero de Durango debe considerarse como el primero y más importante antecedente del Derecho familiar y sucesorio de Vizcaya y he de tenerlo muy presente en este trabajo.

3. *El Fuero Viejo de Vizcaya (1452).* El día 2 de junio de 1452 ante «el honrado y discreto caballero Pedro González de Santo Domingo» Corregidor de Vizcaya, compareció un grupo de vizcaínos distinguidos, comisionados por las Juntas Generales reunidas en Idoibalzaga y le dijeron que como bien sabía, los vizcaínos «habían sus privilegios y franquezas y libertades y otros fueros que eran de albedrío y no estaban escritos, y en cuantos males y daños y errores eran caídos y caían cada día los dichos vizcaínos y Encartaciones y Durangueses por no tener las dichas franquezas y libertades y fueros y costumbres que razonablemente se pudieran escribir», por lo que pidieron a dicho Corregidor que les recibiera juramente y se uniese a ellos para escribir los Fueros y ordenarlos. El Corregidor reconoció lo que se le exponía y después de tomarles juramento les dijo que «estaba ocupado en sus negocios cumplideros al servicio del Señor Rey» y les ordenó que escribiesen ellos mismos sus Fueros, franquezas y libertades. Los comisionados redactaron los Fueros, que regulan las más varias cuestiones y, entre ellas, el sistema familiar y sucesorio transmitido por la costumbre.

El texto de este Fuero fué publicado por Labayru (6) y en una edición del librero José de Astuy (7). Don Gregorio Monreal prepara una edición crítica de la que puedo manejar, por su cortesía, unas pruebas de imprenta. Citaré el Fuero con arreglo a los numerales de esta edición que coinciden con los capítulos de la edición de Astuy.

El fuero fué presentado a Junta General y aprobado el 21 de julio del mismo año, siendo de destacar que entró inmediatamente en vigor pues se hizo constar que las Juntas con el Corregidor «mandaban y mandaron, así a los alcaldes como al prestamero y merino y otras cualesquier personas del dicho condado que de hoy en adelante y aun hasta confirmar las dichas leyes y fueros y derechos por el dicho señor rey, usen por ellas (las leyes del Fuero) y juzguez y determinen por el dicho Fuero y leyes en él contenidos».

(4) ESTANISLAO JAIME DE LABAYRU, Historia General del Señorío de Bizcaya, tomo II, pág. 775.

(5) A efectos de poder citarlo he numerado las leyes del Fuero de Durango en orden correlativo. Las citaré poniéndolas en ortografía moderna para comodidad del lector.

(6) l. c. tomo III pág. 145 y s.

(7) FUERO VIEJO DE VIZCAYA, Imprenta y Librería José de Astuy, Bilbao 1909.

Este Fuero contiene nuestra ley civil medieval. Fué objeto de una leve reforma en el año 1506 que en nada afecta a la legislación civil.

4. *Fuero de 1526.* En esta fecha los vizcaínos redactaron un nuevo texto foral, después de constatar que en el Fuero antiguo había ya cosas que no se practicaban y otras que de hecho se practican no aparecían en el Fuero. La reforma, sin embargo, en el orden civil, aunque introdujo algunas modificaciones no alteró básicamente el sistema.

Nuestro propósito en este trabajo es ceñirnos a la Vizcaya medieval y entendemos que el texto de 1526 ya no puede considerarse medieval, por lo que vamos a agotar nuestro estudio con el examen del Fuero de 1452, sin perjuicio de que en más de una ocasión sea preciso hacer alguna referencia al Fuero Nuevo.

A continuación tratamos de hacer un estudio más concreto de algunas instituciones en particular.

I. LA TRONCALIDAD

Los códigos modernos no suelen ocuparse de la troncalidad, institución que limita la libre circulación de los bienes, por lo que parece oponerse a las concepciones liberales. Esta es probablemente la razón por la que esta institución, poco estudiada por la doctrina moderna, resulte de formulación confusa y propensa a diversidad de interpretaciones.

Según Planitz (8) la troncalidad supone una fuerte vinculación jurídico-familiar en los bienes de los patrimonios de los nobles. Tales patrimonios solo podían ser heredados por la descendencia masculina del primer adquirente, por los agnados.

Estas ideas no reflejan la troncalidad vizcaína, ya que:

1º El derecho de troncalidad se aplica a todos los bienes inmuebles sin distinguir entre familias nobles o plebeyas. Esto es ya evidente

en el Fuero de 1526, para el cual todos los vizcaínos son hidalgos, pero también lo es en el Fuero de 1452 y en el mucho más antiguo Fuero de la merindad de Durango que, a pesar de que mantiene firmemente la distinción de dos clases sociales, hijosdalgos y labradores, aplica a todos un sistema de igualdad en los derechos sucesorios, incluida la troncalidad. La condición social se refleja en ciertos aspectos del Derecho penal o incluso del Derecho público, como cuando impone a todos la obligación de asistir a las Juntas, pero «el fijodalgo que no fuere a la dicha Junta pague veinticuatro dineros y el labrador dieciseis dineros» (9).

2º Tampoco existe la distinción de sexos o preferencia de la línea masculina sobre la femenina. Nuestros Fueros medievales no hacen en ningún caso tal distinción. Incluso en las costumbres de Labourd, en las que se hace heredero al primogénito, la designación recae sobre cualquier primogénito sea varón o hembra, como ha puesto de relieve Maite Lafourcade (10).

El derecho de primogenitura, según Costa «es ibero, euskaro» (3) y el propio Planitz afirma que la primogenitura entró en Alemania siguiendo el ejemplo del mayorazgo español (11), pero en Vizcaya no es recogido en ninguna de sus leyes. Ciertamente que es un uso bastante extendido que la sucesión se defiera a favor del mayor de los hermanos, pero la ley no lo impone y, de hecho, las excepciones son muy numerosas.

En definitiva, para Vizcaya solamente podemos tomar entre las afirmaciones de Planitz la idea de que la troncalidad es una fuerte conexión entre el patrimonio y la familia, una conexión que la ley vizcaína expresa diciendo que «el tronco vuelve al tronco y la raíz a la raíz».

Para el portugués Braga da Cruz, autor de un extenso tratado sobre la troncalidad, consiste ésta en un principio de Derecho sucesorio, aplicable en la sucesión intestada del que muere sin descendientes y en virtud del cual los bienes poseídos en concepto de propios deben ser atribuidos exclusivamente a los parientes de la misma línea de que procedan (12). Esta definición también resulta restrictiva si se aplica a Vizcaya porque:

(8) HANS PLANITZ, *Derecho Privado Germánico*, pág. 108.

(9) *Fuero de Durango*, 70.

(10) MAITE LAFOURCADE, *Instituciones jurídicas de Labourd (Amigos del País hoy)* pág. 16.

(11) JOAQUIN COSTA, *Derecho consuetudinario*, tomo I, pág. 82.

(12) GUILHERME BRAGA DA CRUZ, «O direito da troncalidade», tomo I, pág. 7.

1º Limita la troncalidad al ámbito de las sucesiones, lo que no ha ocurrido nunca en Vizcaya. Ya el Fuero de Durango hace extensión del derecho a las ventas, donaciones y trueques (13) en los que se concede siempre preferencia a los propincuos tronqueros; y el Fuero Viejo de Vizcaya explica quién es propincuo: «el pariente más cercano que viene de la línea de donde depende la tal heredad y no otro ninguno». La preferencia en ventas y trueques no es un retracto gentilicio, a favor de los parientes más próximos, sino que está reservada, en exclusiva, a los parientes tronqueros, los que vienen de la línea troncal.

Braga, criticando a Chalbaud (14), rechazaba la extensión de la troncalidad a las ventas, alegando su falta de base histórica; pero los textos que he citado y algunos otros que se podrían aducir permiten ampliar la troncalidad vizcaína a todos los actos de enajenación.

El Derecho vizcaíno medieval integra dentro de la troncalidad los derechos de preferencia que Planitz denomina derechos de oposición y expectativa, que hacían inválida cualquier transmisión realizada sin el consentimiento de los parientes más próximos.

2º Dentro de las sucesiones, Braga sólo ve la troncalidad en la sucesión intestada. En la sucesión testada, según Braga, puede hablarse de legítimas pero no de troncalidad. Sin embargo, en Vizcaya, la troncalidad se aplica ampliamente a la sucesión testada, distinguiendo únicamente entre bienes muebles o inmuebles. El Fuero de Durango en su primera ley, establecía ya que, a falta de hijos, se pueda dar y mandar la casería al «más propincuo que fuese por parte de la heredad a esta casería» y esta doctrina se aclara y reafirma en el Fuero de 1452 para ser definitivamente recogida en el de 1526.

3º Para Braga da Cruz sólo hay troncalidad en la sucesión de quienes mueren sin descendencia, no es troncal la sucesión en la línea recta a favor de hijos y nietos. Este es el criterio general de quienes se ocupan de la troncalidad: los hijos suceden por derecho de sangre, no por troncalidad. En Vizcaya, no obstante, tenemos en esta materia una revolucionaria disposición en el Fuero de 1452 que transformó y dió una desmesurada extensión a la troncalidad llevándola hasta la línea

descendente. Se trata de la ley 112 del Fuero de 1452:

112. «Otro sí dijeron que por cuanto hasta ahora en Vizcaya habían por uso y costumbre que todos los bienes raíces que alguno comprare fueren habidos en su vida por bienes muebles para hacer de ellos lo que quisiere y darlos como los otros bienes muebles, lo cual dijeron que era gran perjuicio de los hijos legítimos herederos. Por ende dijeron que ordenaban y establecían por ley que toda tierra o heredad o bienes raíces que así fueren comprados sean habidos por bienes raíces y no por muebles, y los tales bienes raíces no puedan ser dados ni mandados a extraños ni a otros algunos, salvo a heredero o herederos que de derecho deban haber y heredar sus bienes según que los otros bienes raíces que hubiere».

Este transcendental texto legal, que evidentemente es una innovación puesto que modifica lo que «hasta ahora en Vizcaya» se ha hecho, trata de evitar, dado que no hay en Vizcaya legítimas individuales, que puedan dejarse a extraños los bienes comprados, apartando a los hijos. El Fuero podía haber resuelto la cuestión declarando que los hijos son legitimarios, pero en la mente de sus redactores no existía quizá otra idea de la legítima que la recogida en las leyes castellanas que imponían la división forzosa entre los hijos; y, por ello, se recurrió a tener otros bienes por raíces, lo que quiere decir troncales, para que necesariamente tuvieran que ser transmitidos a la familia troncal, limitada en este caso a los hijos o descendientes, con la posibilidad de elegir sucesor entre ellos.

El Fuero de 1452 no hace más ampliaciones de la troncalidad en la línea descendente. Con excepción del supuesto regulado en la ley 112 la troncalidad no se aplica en la línea descendente y en la ley 89 se niega el derecho de saca foral a los hijos y nietos («si la tal heredad fuere vendida por el padre o por el abuelo sin hacer los dichos descalonamientos (llamamientos) hijo ni nieto alguno no le pueda demandar al comprador»). Fué el Fuero de 1526 el que tomando pie de la ley 122 extendió definitivamente los derechos de troncalidad, en todos sus aspectos, a la línea recta descendente.

Como conclusión, podemos afirmar con Chalbaud que en Vizcaya la troncalidad es la

(13) Fuero de Durango, 36: «Otro sí que ninguno no pueda vender ni donar ni trocar ninguna casería ni terreno ni heredad queriendolo tanto por tanto el propincuo de la dicha casería o terreno o heredad pagando el precio o el trueque el tal propincuo a vista de tres hombres buenos...».

(14) LUIS CHALBAUD Y ERRAZQUIN, *La troncalidad*. Bilbao 1898.

vinculación de la raíz vizcaína a la familia vizcaína para el asiento y conservación de ésta. Y aunque en tiempos medievales es una institución de límites más estrechos que en el Fuero de 1526 y en la actual Compilación, su contenido no deja de ser amplísimo comparado con otras legislaciones. Tratando de fijar su ámbito de aplicación debemos examinar el tema de los parientes tronqueros, los bienes troncales y los supuestos en que entra en función.

PARIENTES TRONQUEROS

El Fuero Viejo de Castilla señalaba como tronquero al «pariente onde la herencia viene» (ley 1, título II, libro V) pero las leyes vizcaínas son mucho más expresivas. En el Fuero de Durango es tronquero «el más propincuo que fuere de la parte de la heredad» (ley 1) y algo parecido dice el Fuero de las Encartaciones: «el más propincuo que fuere de la parte de la heredad (ley II, título VII) y el Fuero Viejo: «el pariente más cercano que viene de la línea don depende la tal heredad» (ley 85). Se pone de relieve que para ser tronquero hay que descender del tronco, esto es, de un ascendiente que poseyó el bien raíz con anterioridad.

En cuanto a la extensión del parentesco, todos los textos legales lo limitan al cuarto grado (Durango, ley 14, Encartaciones, ley II, Tít. III).

BIENES TRONCALES

Los bienes todos de la familia se dividen en bienes propios y bienes adquiridos. Algunas legislaciones como las de Aragón, Navarra, Labourd o Soule, precisan que los bienes troncales o de abolengo son aquellos que han permanecido en la familia durante dos generaciones. No ocurre lo mismo en Vizcaya donde tanto el Fuero de Durango como el de las Encartaciones se refieren siempre al más propincuo sin exigir una serie de transmisiones. Y ello resulta evidente también en la ley 112 del Fuero Viejo antes trascrita, por lo que puede decirse que en Vizcaya todos los bienes raíces son troncales, e incluso, a partir de dicha ley, los bienes comprados.

En cambio, es indispensable distinguir entre bienes muebles y raíces. Sólo los bienes raíces son troncales y sobre ellos cabe el derecho de saca foral (Fuero Viejo, 84 a 89) y la preferencia sucesoria de los tronqueros (105 y 106). Y aunque es usual en los textos de la

época la distinción entre muebles y semovientes, el Fuero Viejo los iguala jurídicamente, como puede verse en la ley 111 («bienes muebles, así vacas como puercos o bestias o ropas de lino y lana y oro y plata y otros cualesquier bienes muebles»).

LA TRONCALIDAD EN LA SUCESION INTESTADA

El supuesto más típico de aplicación de la troncalidad lo encontramos en la sucesión intestada. Lo recoge el Fuero Viejo en su ley 106:

«Otrosí dijeron que habían de uso y de costumbre que si algún hombre o mujer muriere sin hacer testamento o sin manda y dejase hijos legítimos, aquellos hijos hereden todos sus bienes, y si hijos no hubieren los nietos, y si nietos no hubiere, los parientes más cercanos de la línea donde penden los tales bienes, y si el tal muerto hubiese bienes que hubiese heredado de parte del padre, los parientes más cercanos del padre hayan los tales bienes sin parte de los parientes de la madre, aunque sean más cercanos, y eso mismo sea así en los bienes que heredare de la madre, hayan los parientes, y esto se entienda en los bienes raíces ca los muebles todos, los parientes de parte del padre y de la madre deben heredar igualmente, y si los herederos y parientes de parte del padre fueren más que los de parte de la madre o los de la parte de la madre fueren más que los de la parte del padre la otra mitad del que así muriese abintestado salvo si en vida hubiere hecho donación o manda de los tales bienes a alguno de los tales sus parientes o a otro extraño».

La misma conclusión se deduce de la ley 1 del Fuero de Durango.

LA TRONCALIDAD EN LA SUCESION TESTADA

En Vizcaya queda desmentida la idea de que la troncalidad no juega fuera de la sucesión intestada. Ya aparece, aunque formulada muy someramente, la troncalidad en los testamentos en la ley 1 del Fuero de Durango, que, a falta de hijos, obliga a instituir al pariente tronquero; pero la norma se formula con más energía en la ley 114 del Fuero Viejo que prohíbe dar a extraños habiendo parientes tronqueros.

LA TRONCALIDAD EN LAS VENTAS

Sin duda, el aspecto más destacado de la troncalidad vizcaína está en su aplicación a las ventas y enajenaciones a título oneroso. En este punto se aprecia claramente la continuidad histórica de nuestro Derecho, a que antes nos hemos referido, porque aparece en el Fuero de Durango con los mismos caracteres que veremos en el Fuero Viejo. El de Durango establece la preferencia de los tronqueros en toda venta, donación o trueque (ley 36, antes citada); pero lo más sorprendente es que establece en la ley 34 un procedimiento de enajenación análogo al del Fuero de Vizcaya, porque:

- a) Ordena hacer los llamamientos en la anteiglesia.
- b) Hace tasar los bienes por tres hombres buenos.
- c) Permite pagar el precio en tres tercios (15).

El Fuero Viejo regula con bastante detalle tres modalidades de la venta o enajenación a las que dedica lo que podemos llamar un título (leyes 79 a 95).

1º La venta forzosa en los casos de ejecución por deudas ordinarias. Si se trata de bienes raíces han de ser llamados o pregonados en «tres domingos en renque» y si no aparece ningún profinco hay que repetir los llamamientos un año después, pero la preferencia de los tronqueros se mantiene en todo caso (ley 79).

En cambio los bienes muebles se venden haciéndolos pregonar y siempre separadamente de los bienes raíces (ley 80) y si bastan para cubrir la deuda no puede acudir a bienes raíces.

2º La venta o enajenación voluntaria. También en este punto el Fuero Viejo y el de Durango siguen caminos paralelos.

En primer lugar han de hacerse los llamamientos en la iglesia; luego, el pariente tronquero tiene derecho preferente a la compra por el precio que fijen tres hombres buenos, y finalmente el comprador debe pagar el precio en tres tercios (ley 84).

Regula además el Fuero Viejo el derecho de saca foral para el caso de que la venta se realice sin llamamientos forales, marca el procedimiento para nombrar los hombres buenos (ley 88) declara que el tronquero, cuando hay varios bienes en venta los ha de comprar todos o ninguno (ley 87) y que una vez apartados fiadores la venta es firme sin que puedan las partes desistir de ella (ley 86). Es decir, aparece ya la regulación de la venta foral con todos los caracteres que en la actualidad mantiene el Derecho vigente.

3º *Venta por razón de delito*. También en estos casos la venta se ha de anunciar en la iglesia y se concede preferencia a los tronqueros (ley 90) pero con varias particularidades importantes:

- a) No hay que esperar un año y día como en la ejecución por deudas ordinarias para adjudicar los bienes al mejor postor.
- b) Los parientes tronqueros conservan su derecho preferente pero con la notable particularidad de que se les rebaja en un tercio el precio que fijaren los hombres buenos.
- c) Si no apareciere comprador, los vecinos de la anteiglesia están obligados a comprar los bienes con la rebaja del tercio, igual que la hubieran comprado los tronqueros.

Esta obligación de los vecinos recuerda mucho la institución de la Sippe germánica, comunidad agraria en la que inicialmente hay una propiedad común que va cediendo el paso a formas de propiedad individual; pero la primitiva comunidad se mantiene como un vínculo común que en determinadas ocasiones, como la que recoge esta ley 90 del Fuero Viejo puede reaparecer (16).

(15) Fuero de Durango, 34: Otrosí cualquier hijodalgo o labrador que hobier de vender tierra o heredad que sea tenido de llamar en la Anteiglesia que se hubiere de hacer la tal venta, que el vendedor lo haga saber al que tuviere lugar o mayor grado y que le diga si quiere comprar la tal heredad y si quisiere comprar el que mayor grado tuviere que le pague el precio de cuantía a vista de tres hombres buenos y que los dichos hombres buenos que manden que el precio por ellos apreciado y declarado que el comprador le dé al vendedor dentro del año en tres tercios y otro ninguno que sea de fuera parte que no pueda comprar y que si comprare la tal venta no valga.

(16) Del texto de la ley 90: «y si comprador alguno no pareciere, los de la anteiglesia donde los tales bienes son, sean tenidos de tomar los tales bienes al dicho precio como había de quedar el pariente tronquero quitando el dicho tercio...».

II. LA LIBRE ELECCION DE HEREDERO

En orden a la libertad de testar, las legislaciones oscilan entre la libertad absoluta que permite al testador disponer de sus bienes a favor de quien quiera sin ninguna limitación, y el sistema de reserva forzosa de todos los bienes que obliga a transmitirlos a los herederos llamados por la ley sin intervención alguna del causante. Una consecuencia de la libertad de testar es el testamento, esto es, el acto por el que una persona dispone de sus bienes para después de la muerte; en el sistema de reserva total, el testamento es imposible.

La libertad absoluta de testar es el primer sistema romano, vigente en la época de las XII tablas. Esta es la razón de que el testamento sea una creación romana y aún hoy se regule en buena parte por principios romanistas.

Por el contrario, el sistema de sucesión forzosa estuvo vigente entre los primitivos pueblos germánicos, aunque en su forma más absoluta no se ha transmitido al día de hoy.

Las legislaciones modernas no suelen aceptar los dos sistemas extremos, aunque los anglosajones practican la libertad de testar y éste es el sistema vigente hoy en Navarra y en el Fuero de Ayala.

De hecho, la evolución del mundo romano y la del germánico llevaron a soluciones intermedias. En Roma se atenuó la libertad de testar con la creación de la legítima, mediante la cual el testador quedaba obligado a reservar una parte de sus bienes a los «sui heredes», los que conocemos hoy como legitimarios. La cuota de legítima en el período clásico fué de una cuarta parte de los bienes, y en tiempos de Justiniano se amplió hasta un tercio o la mitad de los bienes según el número de hijos.

Los pueblos germánicos, que partían de un sistema opuesto también lo atenuaron, y suavizaron la rigidez de la transmisión de todos los bienes en forma forzosa creando la cuota de libre disposición, que en un principio permitía dejar una parte en favor del alma y más tarde se convirtió en cuota totalmente libre. Esta cuota, no obstante, fué siempre pequeña y su cuantía oscilaba de unos pueblos a otros, quedando fijada entre los visigodos en un quinto de la herencia.

En España, la legislación de la época gótica osciló entre principios opuestos, pero prevaleció la concepción germánica de la reserva a favor de los hijos que obligaba a repartir los bienes entre ellos, aunque se permitió disponer de un quinto libremente. Una famosa ley, la «Dum inlicita» de Chindasvinto, después de reconocer el quinto de libre disposición, estableció la «Mejora», que con el tiempo había de convertirse en la institución más original del Derecho castellano. Consiste la mejora en una parte de los bienes que puede entregarse a uno de los hijos, separando de ella a los demás; en definitiva, incrementaba la herencia de uno de los herederos en detrimento de los demás. La mejora era de un décimo en la ley de Chindasvinto y fué elevada a un tercio por Ervigio.

Estas ideas repercuten en las leyes que posteriormente se dictan en Castilla. Aparte de la aplicación temporal y aislada del Fuero Juzgo (versión al romance del «Liber iudiciorum visigótico») las ideas germánicas afloran en el Fuero Viejo de Castilla que establece una reserva amplia con cuota de disposición libre de un quinto, al estilo gótico. La tradición germánica de este Fuero incluso llega a recoger una institución muy similar al llamado «equipo del muerto» (17).

Por su parte, el Fuero Real y las leyes del Estilo, admitieron la institución de la mejora.

El sistema romano penetra también con Las Partidas que recogen la legítima en la forma prevista en las leyes de Justiniano. Sin embargo, el sistema romano no logró imponerse.

Regiones forales. En Cataluña, tras algunas oscilaciones, se implantó la legítima romana clásica de una cuarta parte, establecida por Pedro III a partir de 1343. Para llegar a crear el heredamiento, que permite transmitir la hacienda familiar a uno solo de los herederos fué preciso declarar abolida la Novela 115 de Justiniano, permitiendo pagar la legítima en dinero o en otra clase de bienes.

En Baleares el sistema es similar, pero rige la legítima más amplia, de Justiniano.

Aragón y Navarra adoptaron sistemas muy distintos. En Navarra, mediante una costum-

(17) Fuero Viejo de Castilla ley IV, tit. II libro V: Cuando fina algun hijodalgo e a hijos o hijas non pueda dejar a ninguno de los hijos mejoría de lo que hubiere, salvo al hijo mayor, que pueda dar el caballo y las armas...

bre contra ley que fué formándose lentamente y quedó consagrada en Cortes de Pamplona en 1688, se implantó la libertad absoluta de testar dejando a los herederos una legítima simbólica de cinco sueldos febles. Esto permitió sin restricción alguna conservar íntegros los patrimonios familiares.

En Aragón, en cambio se introduce la legítima por la Compilación foral, aunque permitiendo elegir libremente el heredero, lo que, como veremos es una importante aproximación al régimen de Vizcaya.

La legítima en Vizcaya. También en este tema se adelanta el Fuero de Durango que crea el sistema que estará en vigor hasta nuestros días, pues en su ley 1, después de ordenar la sucesión forzosa de los hijos sobre todos los bienes se añade: «pero si fuere voluntad del testador, que pueda mejorar a cualquier de los hijos de cuanto por bien tuviere y que los otros hermanos no le puedan poner demanda. Es decir que se configura la legítima como una reserva forzosa a favor de todos los hijos (lo que hoy llamamos legítima colectiva) pero no existe legítima individual porque el padre puede dejar cuanto por bien tuviere a uno de los hijos.

En definitiva se permite transmitir todos los bienes a un solo hijo, y, en especial, se puede dejar el caserío o hacienda familiar en una sola mano.

La transmisión a un solo heredero se hace general en las legislaciones forales y fué también instaurada en Alemania, aunque no antes del siglo X mediante la costumbre de vincular las haciendas agrícolas. El principio básico era que «el campesino solo tiene un hijo (der Bauer hat nur en Kind) y en consecuencia uno solo de los hijos hereda, pero no el libremente elegido sino el señalado por la disposición legal (mayorazgo o minorazgo). Lo característico de la ley vizcaína (como en Navarra o Aragón) es que ese hijo no lo señala ley ni costumbre sino que lo designa el causante en su testamento, dándole la oportunidad de elegir el más apto para regir la casería:

En el Fuero Viejo de 1452 se regula esta materia en la ley 105 conforme a los siguientes criterios:

a) En primer término distingue entre bienes muebles y raíces, distinción de sabor germánico que está siempre presente en el Fuero. Los bienes muebles son siempre de libre disposición («de los bienes muebles, el padre pédeles dar lo que quisiere, y eso

mismo la madre»). El principio se afirma con más fuerza en la ley 111:

«Otro sí dijeron que cualquier hombre o mujer que hubiere bienes muebles, así vacas como puercos o bestias y otros cualesquier ganados, y ropas de lino y lana, y oro y plata y otros cualquier bienes muebles, pueda dar y mandar todos los tales bienes o parte de ellos a cualquier o cualesquier persona o personas que quisieren, aunque sean extrañas o parientes, o hacer de ellos lo que quisiere o por bien tuviere, aunque no sean fermados y aunque haya hijos legítimos u otros herederos o descendientes o ascendientes de traviesa...».

b) Habiendo hijos legítimos, los bienes raíces deben ser para ellos, y si hijos no hubiere para los nietos. No habiendo hijos ni descendientes legítimos son herederos forzosos los hijos naturales y a falta de ellos los parientes tronqueros.

c) Se reconoce el derecho a elegir libremente entre estos herederos. Se permite que pueda dar «así en vida como en artículo de la muerte a uno de los sus hijos o hijas todos sus bienes, muebles y raíces.

d) Se instituye el apartamiento. La designación del heredero, ha de hacerse «dando y apartando algún tanto de tierra, poco o mucho, a los otros hijos o hijas, aunque sean de legítimo matrimonio». El apartamiento se convierte en una fórmula necesaria sin la cual el acto de transmisión a un solo heredero carece de eficacia.

e) La posibilidad y derecho del testador de elegir libremente al heredero puede ejercitarla tanto en actos inter vivos como en actos mortis causa (así en vida como en artículo de la muerte) con lo que la legislación vizcaína admite claramente los pactos sucesorios, especialmente la disposición mortis causa en donación o capitulaciones matrimoniales. Esto se confirma en la ley 109, que regula donaciones por razón de matrimonio, así como en las leyes 113, 114, etc.

f) Aparte del formalismo del apartamiento de los herederos forzosos no hay ninguna otra exigencia en cuanto a la designación de sucesor. La Novela 115 en cuanto exigía que el legitimario fuese designado a título de heredero no rige en Vizcaya, sino que más bien lo que el Fuero sugiere es que el heredero sea designado en bienes concretos y determinados. El sucesor del causante puede ser legatario, donatario, etc.

El testamento El instrumento hábil para hacer la designación de heredero es el testamento; pero debe resaltarse que en Vizcaya, como en los demás países del Fuero, desempeñan la misma función los capítulos matrimoniales y las donaciones.

No encontramos en Vizcaya una regulación detallada de las formas que puede revestir el testamento, pero el Fuero Viejo recoge las dos formas de testamento reguladas en el Ordenamiento de Alcalá (ley única, título XIX) a saber: el testamento ante escribano y tres testigos, y el celebrado sin escribano y con cinco testigos.

Pero en este punto hay una destacada peculiaridad que revela una mayor consideración del estatuto jurídico de la mujer. El Fuero Viejo admite como testigos a las mujeres («por ante cinco testigos si los pudiere haber, los tres varones y las dos mujeres) lo que supone una notable diferencia con el derecho castellano e incluso con el Código Civil que mantuvo la incapacidad de la mujer para ser testigo hasta la ley de 24 de abril de 1958.

Esta materia se regula en la ley 128, y también en la misma se recoge el testamento que el Fuero de 1526 llamará «il buruko». Falta esta palabra vasca en el texto de 1452, en el cual el único texto euzkerico es el contenido en la ley 110, bastante indescifrable: «urde urdaondo caecia etondo».

El Fuero Viejo regula también dos formas de testamento que llegarán a adquirir gran trascendencia en el Derecho vizcaíno: el testamento por comisario o poder testatorio y el testamento mancomunado. El poder testatorio aparecía ya regulado en el Fuero Real (18) aunque en la posterior evolución, la legislación castellana, singularmente las leyes de Toro, miran la institución con mucho recelo y la rodean de una serie de restricciones.

Los países de Fuero, en cambio, admiten ampliamente el testamento por comisario, especialmente Aragón y Navarra; pero en Vizcaya se llega a convertir en una pieza básica del sistema. El Fuero Viejo lo recoge en ley 127, que parece inspirada en el Fuero Real, aunque su texto es más extenso y categórico.

Con relación al testamento mancomunado se suele invocar un precedente en la ley IX, tit. VI, Libro III del Fuero Real, pero, como estiman la mayor parte de los comentaristas, esa ley solamente regula un pacto entre marido y mujer cuando no tienen hijos y por el cual se ponen en común sus bienes, cesando la validez de dicho pacto al nacer el primer hijo. Hay bastante conformidad en admitir que el testamento mancomunado se introdujo en Castilla posteriormente por costumbre y no por ley.

En Vizcaya, como en otras regiones forales, el testamento mancomunado o de hermandad aparece en el Fuero Viejo, ley 125:

«Dixieron que habían de fuero y de costumbre antiguamente que si el marido en su enfermedad o sanidad y la mujer, hicieren testamento y mandas de un acuerdo y consuno, que el tal testamento y mandas en él contenidas valieren, y la mujer después del marido, ni el marido después de la mujer no puedan revocar si el marido o la mujer murieren dentro del año y día. Y si ambos fuesen vivos e año y día cada uno de ellos pueda revocar y hacer testamento y mandas como quisiere o por bien tuviere. Y por ende dixieron que afirmaban y establecían por fuero y por ley el dicho uso y costumbre que valiere así de aquí adelante».

Lo peculiar de esta disposición es su regulación de la revocación. Como el testamento de hermandad se funda en la confianza entre los cónyuges, las legislaciones suelen establecer su irrevocabilidad una vez que uno de ellos fallece, y esta irrevocabilidad es muy censurada en la doctrina moderna. El Fuero Viejo de Vizcaya hace una distinción que no hemos encontrado en ninguna otra ley y que consiste en que si alguno de los cónyuges fallece antes de año y día, el testamento deviene irrevocable. En otro caso, se puede revocar libremente.

El Derecho sucesorio vizcaíno posterior se basa en una gran utilización de los poderes testatorios y también del testamento de hermandad.

(18) Ley VII título V, libro III: «Si alguno no quisiere o no pudiere ordenar por sí la mada que ficiere de sus cosas, é diere su poder a otro, que el que la ordene e dé, e la dé en aquellos lugares onde él tuviere por bien, puedalo facer; é lo que él ordenare o diere vala, así como si lo ordenase aquel que dió el poder».

III. EL REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

(Comunicación foral)

Es muy difícil de concebir una regulación del matrimonio que no ordene las relaciones económicas entre los cónyuges, ya que siempre será necesario determinar cómo se atiende a los gastos comunes, las necesidades del hogar y la educación de los hijos. El complejo de relaciones de que todo ello surge ha sido contemplado en las legislaciones de diversas formas que, simplificando mucho, podemos reducir a los sistemas de separación y de comunidad.

El régimen de separación era el propio del Derecho Romano en el que la mujer conserva la propiedad de sus bienes y su capacidad jurídica y el marido está obligado a soportar las cargas familiares. A la vez se establecía la llamada presunción muciana, conforme a la cual las adquisiciones hechas durante el matrimonio se presumen hechas por el marido. El régimen de separación es el vigente aún hoy en Cataluña y Baleares.

Los sistemas de comunidad admiten la existencia de una masa común de bienes entre marido y mujer, aunque los criterios sobre la amplitud, formación, administración y división de esta masa son variadísimos, siendo de destacar el régimen de gananciales en Castilla, el de muebles y adquisiciones en Aragón, el de conquistas en Navarra o el de comunidad universal propio del Fuero del Baylío.

En los pueblos germánicos primitivos regía un sistema de absorción en virtud del cual el marido tenía el usufructo y la administración de los bienes de la mujer. Probablemente por influencia cristiana este régimen se fué transformando en una forma de comunidad.

Entre los visigodos aparece ya una forma de comunidad en la ley «Dum cuiuscumque» de Recesvinto (ley 16, tit. 2, libro IV del Liber iudiciorum) y en Castilla fué evolucionando hasta que se establece definitivamente el régimen de gananciales.

No obstante, el régimen de gananciales no es el peculiar de la legislación vizcaína y en su lugar se ordena un sistema de comunidad

universal de todos los bienes, de cualquier origen, que correspondan así al marido como a la mujer.

¿De donde procede este régimen de comunidad? No aparece en las leyes de los territorios colindantes y algún autor ha llegado a ver un caso de coincidencia entre las instituciones indígenas anteriores a la dominación romana y las que traían los pueblos germánicos (19); pero es de notar que en los pueblos germánicos la comunidad universal no aparece hasta el siglo X y en las ciudades, en un medio urbano y no en el campo, lo contrario de lo que ocurre en Vizcaya (20).

Podríamos pensar en un parentesco entre esta comunidad universal vizcaína y la regulada para Navarra en su Fuero General, que además la establece únicamente para el caso de que el matrimonio se disuelva con hijos, lo que parece nota original del Derecho vizcaíno; pero téngase en cuenta que esa distinción entre disolución del matrimonio con hijos o sin hijos no aparece en Vizcaya hasta el Fuero de 1526, una época en que la costumbre navarra había eliminado la mayor parte de las instituciones del Fuero General. Podría reforzar la idea del origen navarro el hecho de que aparezca la institución en el Fuero de Durango, 4, si bien formulada muy confusamente y con distinción entre las dos hipótesis de matrimonio con hijos o sin hijos.

La formulación clara de la comunidad se da en el Fuero de 1452. La ley 96 encabeza el tratado sobre las relaciones patrimoniales entre cónyuges con la idea de comunidad universal:

96. Otrosí dixeron: Que habían de fuero, uso y costumbre en Vizcaya que cuando algún hombre casare con alguna mujer e la mujer con el hombre, que los bienes muebles y raíces de ambos a dos hayan de por medio a medias, así la propiedad como el usufructo, aunque al tiempo que así se casaren haya el marido muchos bienes y la mujer no haya bienes algunos o la mujer haya muchos y el marido no ningunos.

Y para que no queden dudas la disposición se reitera en la ley 117: Que los bienes fuesen comunes a medias «aunque el marido obiere muchos bienes y la mujer no nada o la mujer muchos y el marido no nada».

(19) GARCIA ROYO, l. c. tomo II, pág. 126.

(20) PLANITZ, l. c. pág. 318.

Conviene destacar que en estas dos leyes se establece una comunidad universal incondicionada, haya o no hijos; pero para caracterizar el sistema no basta con determinar la titularidad de los bienes sino que es preciso tener en cuenta otros factores como la posibilidad de existencia de patrimonios separados, de contratos, donaciones y sobre todo el régimen de administración y disposición de los bienes.

El régimen común o legal puede ser alterado por un gran número de pactos, pero en el Fuero Viejo solamente se regula lo relativo a las arras.

Arras.- El Fuero Viejo usa el término «arras» desde la ley 96 a la 102 y resulta muy difícil enlazar esta palabra con el término Arras que aparece en otras legislaciones españolas.

Originariamente, las arras debieron ser una especie de prenda o garantía que el marido entregaba a la mujer como promesa de matrimonio, pero luego evolucionan confundándose a veces con la dote, de origen romano.

En el Fuero Viejo de Castilla, las arras son una donación del marido a la mujer, de la que ella tiene derecho a disfrutar cuando queda viuda. No puede exceder de un tercio de los bienes; y si los herederos prefieren quedarse con las arras, pueden hacerlo pero «deben dar a ella quinientos sueldos» (ley 1, tit. I, libro V).

En el Fuero Real son algo similar pero no pueden exceder «del diezmo de lo que hubiere» (ley 1, tit. II, Libro III). Los efectos y beneficios de las arras se producen también en este Texto legal, a la disolución del matrimonio. Durante el matrimonio, y en concepto de garantía, no puede el marido enajenar las arras ni siquiera con consentimiento de la mujer.

En el Fuero Viejo de Vizcaya, las arras tienen una regulación muy distinta, cuyo análisis nos puede desconcertar, porque:

1º Las arras no pueden consistir en bienes muebles (ley 100: que el marido a la mujer ni la mujer al marido non puedan hacer arra de los bienes muebles).

2º Las arras, que alcanzan a los bienes raíces, pueden comprender todos los bienes de quien las constituye. (Ley 97: «aunque sea la tal arra fecha de todos los bienes raíces»).

3º Las arras tanto pueden ser hechas por la mujer al marido como por el marido a la mujer. Esto se repite varias veces en el Fuero, así en la ley 97, 99, 100, 101, 102.

4º Las arras pueden constituirse antes o después de la celebración del matrimonio.

En definitiva, estas arras tienen una regulación paralela a lo que el Fuero de 1526 llama «dotes o donaciones» que tanto pueden favorecer al marido como a la mujer. Es notable que en este Fuero renovado desaparece el término «arras» y da la impresión que es sustituido por las dotes y donaciones. Es muy posible que en la redacción del Fuero Nuevo haya influido la preparación universitaria de sus redactores que aportan seguramente criterios más acordes con los dominantes en Castilla.

El Fuero Viejo regulaba también la forma de constituirse las arras. Incluso mantiene unos ritos que recuerdan la investidura o Gewere germánica. Así dice la ley 99 que la tal arra debe ser hecha «entregando el marido a la mujer o la mujer al marido corporalmente, metiéndole en tal casa donde la arra fuere hecha y entregando la teja y rama y tierra en señal de posesión de todos los bienes que así dieren en arras, sacando la mujer al marido o el marido a la mujer de la tal casa...».

Los efectos de las arras se regulan principalmente en previsión de que pueda haber un segundo matrimonio y son muy similares en la ley 101 del Fuero de 1452 y a los que producen las dotes o donaciones según la ley IV del título XX del Fuero de 1526.

Administración.- Una norma general que del Fuero Viejo pasa al de 1526 establece la prohibición de enajenar bienes raíces sin consentimiento de la mujer. «Por cuanto algunos hombres usan muchas veces vender algunos bienes raíces sin sabiduría de su mujer, en lo cual ellas reciben agravio, y queriendo remediar dijeron que establecían y establecieron que ningunos bienes raíces que a la mujer pertenecieren en su mitad (es decir, todos los bienes raíces en virtud de la comunicación) non pueda vender ni enajenar el marido sin otorgamiento de la mujer, y si lo hiciere no valga, aunque los tales bienes vengan del marido, porque sería gran perjuicio de su mujer y sería cosa deaguisada» (ley 122).

Esta norma, en el Fuero Nuevo se extendió a toda clase de bienes, raíces, muebles y semovientes (ley IX, título XX).

Aunque no hay una regla clara sobre la administración de los bienes comunicados puede entenderse que en esta materia se aplicará la legislación castellana, siendo el marido el administrador. No obstante, sus

deudas no pueden hacerse efectivas sobre la mitad de la mujer «salvo si ella otorgare la tal obligación o deuda por su persona con licencia del marido» (ley 119).

IV. LOS MENORES DE EDAD

Para completar el cuadro de las instituciones es preciso hacer una referencia a la situación del menor de edad.

En la Edad Media sobrevive la idea romana de la patria potestad, que hace de la misma un poder despótico, reservado exclusivamente al padre y sin intervención de la madre. Esta concepción romana se va suavizando a lo largo de la Edad Media, pero sobre todo en los países de Fuero, llegando a afirmar las Observaciones de Aragón que no se admite la patria potestad («De consuetudine regni non habemos patriam potestatem»).

El Fuero Viejo de Vizcaya, al regular esta cuestión, como es habitual, con un muy reducido número de normas, parece dar a entender que se admite la regulación castellana en el

territorio vizcaíno; pero introduce variantes que modifican su contenido de forma importante.

Aunque no se regula la patria potestad, parece claro que la misma es compartida por el padre y la madre, como lo revela el hecho de que tanto el uno como el otro pueden nombrar tutor por testamento (ley 131) y «ni la mujer al marido ni el marido a la mujer no pueda poner tutor testamentario de sus hijos». Parece resaltar la función tuitiva de la patria potestad que termina con la muerte de ambos.

En cuanto a los huérfanos, la ley vizcaína mantiene su carácter protector al concederle intervención directa en la organización de la curatela. En efecto, establece la ley 133 que el que tenga catorce años cumplidos puede escoger su curador (21).

Más aún, si ha cumplido los dieciocho años puede pedir al alcalde de fuero que le saque de la curatela y el alcalde «tomando información y verdad... si lo halase que lo debe hacer pueda sacar al tal menor y sus bienes del poder de curadores y mandar que den y entreguen cuenta con pago de todos sus bienes y frutos y rentas...» (ley 135).

(21) Ley 133: Otrosí dijeron que habían de uso y de costumbre y establecían por fuero que todo menor de veinticinco años y mayor de catorce años, pueda tomar por sus curadores a quienes quisiere, no embargante que otros parientes del menor quisieren ser curadores».