



MANUEL MADRID DEL CACHO

Doctor en Derecho

Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Abogado de los I.I. C.C. de Madrid, Córdoba y Sevilla

## EL FUERO DEL BAYLIO

*Un Enclave Foral en el Derecho de Castilla*

Prólogo del Excmo. Sr. D. Alfonso de Cossío y Corral,  
Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla

TIPOGRAFÍA ARTÍSTICA  
CÓRDOBA  
1963

CARLOS MONTERO DE COZAR  
Y CRUZ

MANUEL MADRID DEL CACHO

Doctor en Derecho

Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Abogado de los I.I. C.C. de Madrid, Córdoba y Sevilla

## EL FUERO DEL BAYLIO

*Un Enclave Foral en el Derecho de Castilla*

Prólogo del Excmo. Sr. D. Alfonso de Cossío y Corral,  
Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla

TIPOGRAFÍA ARTÍSTICA  
CÓRDOBA  
1963

*A la memoria de mis padres.*

## PRÓLOGO

*La tesis doctoral de D. Manuel Madrid del Cacho, galardonada con la máxima nota, constituye, indudablemente, el estudio más completo que hasta la fecha existe sobre el Fuero del Baylio, y, en tal sentido una aportación definitiva a la ciencia del Derecho civil, precisamente en una materia, por razones circunstanciales, sistemáticamente olvidada por nuestros juristas.*

*Abordar el estudio de una institución viva en la historia, que encuentra su consagración no tanto en la escueta norma de la Novísima Recopilación, como en la costumbre ininterrumpida de las gentes que desde hace siglos vienen aceptando el régimen de comunidad universal de bienes en sus matrimonios y que constituye una manifestación concreta de la fuerza creadora de los actos jurídicos, cuando los mismos gozan del universal asentimiento, es siempre algo apasionante, máxime si la cuestión se aborda como lo hace el Dr. Madrid, con espíritu histórico, buscando las raíces ocultas de un fenómeno que a primera vista pudiera parecer desconcertante, pero que en el fondo responde a una idea profunda, representativa del matrimonio concebido como un consorcio vitalicio que produce la comunicación de todas las cosas divinas y humanas entre los cónyuges, según la expresión feliz del jurista romano.*

El tema, por otra parte, goza de la mayor actualidad, en un momento en que está aún reciente la desafortunada reforma del artículo 1.413 del Código civil, y en discusión todos los problemas suscitados por el régimen matrimonial, en que tendencias universales parecen conducir a la separación de bienes, en la errónea creencia de que con ello se sirve mejor a la independencia personal de la mujer, hoy reivindicada, y en que, por otra parte, con cerca de cien años de retraso, se acude a la codificación de nuestros Derechos forales.

Se acusa en la institución del Fuero del Baylío algo que es verdaderamente significativo del Derecho consuetudinario, tan olvidado por nuestros actuales estudiosos del Derecho civil, más aficionados al comentario del texto positivo que al estudio político y sociológico de las normas: una sólo definición es por sí sola suficiente para asegurar la efectividad de un sistema, sin que se haya sentido nunca la necesidad de desenvolver la norma en una casuística de preceptos concretos. Cuando se acepta por los particulares el producto espontáneo de una experiencia antigua, el derecho aplicado es derecho vivo, que no precisa de otros desenvolvimientos que los que orgánicamente surgen de su práctica constante. Pudiéramos decir que es la letra de la ley, cuando se concreta en una norma estereotipada y abstracta la que produce la tentación del litigio. Una idea libremente aceptada que no aspira a concretarse en fórmulas rígidas, ofrece con su flexibilidad soluciones directas y satisfactorias y queda sustraída a los riesgos que supone siempre la gramática al servicio de la jurisprudencia.

Por otra parte, y ello es uno de los méritos fundamentales de la tesis que comentamos, no es posible entender el verdadero alcance y sentido de una institución jurídica, sin concebirla históricamente, en función de sus antecedentes en el derecho universal. El Derecho civil, como en general todo derecho positivo, es ante todo historia, y, por

lo tanto, solamente comprensible mediante la aplicación de un método histórico específico. Pero método histórico que no se limite a la mera recopilación de elementos documentales dispersos, sino que excediendo de esta primera fase, difícil y necesaria, no rehuya la más importante y esencial interpretativa. La Historia ha de ser, ante todo comprensión, intuición del sentido oculto de los hechos y en este caso, percepción de la vida oculta de las instituciones, siempre latentes y capaces de adaptación a los sucesivos cambios de las circunstancias.

Cuando una institución consigue mantenerse viva a través de los tiempos, a pesar del cambio constante de las circunstancias, acredita una capacidad creadora de adaptación, de la que no son susceptibles la mayor parte de las normas nuevas, y esta capacidad flexible, obedece a que realmente se adapta a las necesidades más profundas de la convivencia humana. Ni la norma abstracta ni el hecho jurisprudencial suelen conseguir esta virtualidad universal, sino es en casos de verdadera excepción: por ello me he preguntado muchas veces si la codificación de los Derechos forales, tan grata a muchos, no supondrá en definitiva la muerte a corto plazo de algunas instituciones centenarias, que al ser reducidas a preceptos sistemáticos, quedan arrancadas del curso libre y creador de la vida, para convertirse en piezas de museo, más aptas para la cómoda contemplación que para la actividad organizadora propia de las ideas jurídicas profundas.

**Alfonso de Cossío y Corral**  
Catedrático de Derecho Civil  
en la Universidad de Sevilla



## EL FUERO DEL BAYLIO

*Un Enclave Foral en el Derecho de Castilla*

Pero como el matrimonio, aunque inicialmente no estuviera unido de la gracia sacramental sino de la impronta de la ley natural y ni siquiera tuviera el formalismo contractual, siempre ha sido una unión no transitoria de hombre y mujer para constituir una familia, la cual para atender a sus fines necesitará con carácter medial de determinado patrimonio, he aquí que el derecho, que nace no como abstracción pura sino como una técnica realizadora de la idea de justicia adecuada a las exigencias de la realidad social, tendrá que proveer no solo a la situación de los cónyuges en su aspecto personal, sino también a esas circunstancias más prosaicas, originadas por la afluencia de bienes, unas veces al patrimonio personal de cada esposo y otras veces al peculio común de la sociedad conyugal, bifurcándose a su vez el que ya hemos individualizado como derecho matrimonial, en otros dos brazos, constituido el uno por el derecho matrimonial puro y el otro por el llamado derecho matrimonial aplicado; dentro de éste hemos de centrar nuestra conferencia.

Los tratadistas, al buscar un apelativo para ese conjunto de normas verbales o escritas que han regulado o regulan las relaciones o situaciones económico-matrimoniales, han empleado unos, principalmente alemanes, la expresión "derecho matrimonial patrimonial", que nosotros desechamos por considerarla etimológicamente antitética y fonéticamente cacofónica en nuestro romance paladino. Otros, la mayoría de los franceses con Roguin el primero, —el profesor de Lausana se siente más francés que si hubiera nacido en Montmartre— usan la denominación "derecho matrimonial pecuniario"; y otros, y ello es lo clásico entre nosotros, utilizan la locución "sistema o régimen de bienes en el matrimonio". Nosotros usaremos esta nomenclatura.

Para llegar al objeto concreto de este estudio, yendo de lo general a lo particular, creemos oportuno ir exponiendo a grandes trazos las soluciones dadas al problema del régimen de bienes en el matrimonio por los distintos pueblos, efectuando una labor de diferenciación entre los respectivos sistemas para ir destacando el de comunidad universal y dentro de éste individualizar el fuero llamado del Baylio.

En realidad, el régimen de bienes en el matrimonio adoptado en cada sociedad, corre parejas, al menos inicialmente, con la consideración que se tenga de la mujer y así, cuando ésta esté anulada ante

la personalidad del marido, como ocurre, al menos en el papel, en Israel, en Roma en el matrimonio "cum manu" o en el Islám, se dará un régimen de absorción a favor del esposo; cuando se tenga una alta valoración social de la mujer, se optará según los casos y el sentido más o menos espiritualista que se tenga de la vida, por la comunidad absoluta de todos los bienes o por la separación de ellos; por último, cuando se prefiera una solución ecléctica, regirá un sistema de comunidad reducida en cualquiera de sus formas.

Desde luego, nos sería más fácil dirigirnos abiertamente como una flecha contra el blanco de la institución que vamos a estudiar. Sin embargo, creemos absolutamente necesario hacer un circunloquio histórico, porque entendemos con Le Bras, el ilustre decano de París, que para lograr la matización justa de las instituciones debemos remontarnos en la Historia todo lo lejos que convenga a fin de hacer inteligibles la teoría y la práctica, porque la Historia es imprescindible para comprender la importancia del asunto y el por qué de las soluciones adoptadas. Según esta concepción, la Historia viene a formar parte de la Filosofía misma de las instituciones.

De todos modos, procuraremos manejar esos dos diversos lenguajes de que hablaba Besta, intentando armonizar lo histórico con lo jurídico, sin que la exuberancia de datos históricos convierta en simple pretexto el contenido jurídico y sin que la hipertrofia de éste llegue a desconocer esa parcela vital en que florecieron las instituciones, que muchas veces solo han sido una réplica a la incitación del contorno, de la circunstancia. Y he aquí que, sin proponérselo, con esta terminología hemos hecho una profesión de fe filosófico-histórica toynbeeana. (1)

(1) Arnold J. Toynbee: "Estudio de la Historia", versión castellana de Jaime Perriau, vol. I, Buenos Aires, 1951.

## II. - Diversos regímenes de bienes en el matrimonio

Lo mismo que para graduar un termómetro se parte del cero, temperatura de fusión del hielo y luego se marca el cien en la temperatura de ebullición del agua, haciéndose después las divisiones intermedias, en cuanto a la exposición de los diversos regímenes de bienes en el matrimonio, tenemos también dos soluciones extremas, dejando fuera el sistema de absorción de bienes que no puede considerarse como tal porque desconoce los derechos de los cónyuges. Las dos soluciones polarizadas son, una la absoluta separación de bienes, otra la completa y total comunidad de bienes entre los esposos. Pero estos sistemas extremos no suelen darse en toda su pureza y generalmente han prevalecido sistemas intermedios.

Así —y seguimos por lo didáctico el método de Espin, el cartesiano profesor de Murcia— partiendo de la línea de separación caben, además de la separación absoluta, dos sistemas de separación atenuada: el sistema dotal y el de unidad de administración.

Acogiendo la idea de la comunidad caben, además de la comunidad plena, diversos tipos de comunidades limitadas, de los cuales los más interesantes son la comunidad de adquisiciones a título oneroso o de ganancias, y la comunidad de bienes muebles y ganancias; y haciendo la limitación no en el sentido de la extensión patrimonial sino en el de la vigencia cronológica, cabe también señalar la comunidad universal solo con efectos "mortis causa".

Veamos ahora los diversos regímenes que las distintas legislaciones establecen con carácter legal y para ello seguiremos el "crescendo" de una mayor comunicación de bienes:

### a) Sistema de separación absoluta

A virtud de este sistema cada cónyuge conserva sus bienes propios y hace suyos exclusivamente los bienes que lucra. Es el régimen vigente en Inglaterra a partir de la "Married Women's Property Act", de 18 de agosto de 1882, y en la mayoría de los Estados de la Unión. También es el régimen romano en los casos de matrimonio "sine manu"; en esto, como en tantas otras cosas, es curioso destacar la tremenda semejanza en muchos aspectos entre Roma e Inglaterra, no ya en lo jurídico sino también en lo político: en el saber aprovecharse del talón de Aquiles de los demás, en su política de equilibrio del poder, en su sentido práctico, en su afición a los censos y a las estadísticas y en su apego casi rutinario a lo tradicional; piénsese a este respecto en que las fórmulas ingeniosas que arbitraba el pretor romano para soslayar sin derogarla una norma jurídica, son las mismas que los jueces ingleses "made law" utilizan para escapar a una tradición plumbea que todavía no se ha atrevido a derogar abiertamente las ordalias medievales y los "juicios de Dios", como medios de prueba en el proceso penal.

También rige como régimen legal el de separación en la Unión Soviética y en la totalidad de los países satélites que, bajo la inspiración soviética, han modificado su derecho de familia a partir de 1946. Igualmente es régimen presuntivo a falta de estipulación especial, en Italia y Turquía.

En España, históricamente, solo ha existido un foco esporádico de separación de bienes en las llamadas Costumbres Holgazanas Cordobesas, derogadas, cuando ya llevaban muchos años en desuso, por la ley 13, libro X, título IV de la Novísima Recopilación.

### b) Sistema dotal

Es el típico del derecho romano en su evolución posterior, en el que la existencia de masas separadas de bienes afertas a fines específicos atenuan el rigor de la separación absoluta; de hecho —y siguen las analogías entre Roma e Inglaterra— es el régimen inglés en el que los trusts" modifican las reglas legales de separación.

Este sistema, en su modalidad más pura, establece junto a los



patrimonios separados de la mujer y del marido, la existencia de una masa patrimonial de la mujer que ésta, o alguien por ella, entrega al esposo para atender a las cargas del matrimonio y que a su disolución debe restituir.

Es el régimen legal tradicionalmente vigente en Cataluña, acogido en su reciente Compilación foral aprobada por Ley de 21 de julio de 1960. En nuestro derecho común es régimen supletorio de segundo grado, para el caso en que los cónyuges hayan excluido en capitulaciones el sistema de gananciales, pero no hayan señalado las reglas concretas porque quieran regirse. (art. 1.364).

#### b) *Sistema de unidad de administración*

Este sistema que en el sentir de Lehmann (1) tiene su expresión en la norma del Speculo de Saxe de que "el marido y la mujer no tienen en vida bienes ramificados", introduce en la separación de bienes la noción de la comunidad en la administración y goce bajo la férula del marido, manteniéndose la propiedad separadamente.

Es el régimen legal en Alemania y Suiza, si bien en éste último país se combina con una comunidad de ganancias "mortis causa", toda vez que al disolverse el matrimonio, después de separados los bienes de cada cónyuge, del excedente corresponden las dos terceras partes al esposo y la otra tercera parte a la mujer.

En cuanto a Alemania el sistema ha sufrido un grave quebranto al consagrar el artículo 3.º de la Constitución de Bonn el principio de igualdad de ambos sexos, quedando extinguido a partir de 31 de marzo de 1953 el derecho de disfrute y administración marital.

#### d) *Sistema de comunidad de adquisiciones a título oneroso*

Es el régimen de gananciales del derecho castellano. Tiene su antecedente en una ley de Rescenvinto recogida en el Liber Iudicio-

(1) Heinrich Lehmann: "Derecho de Familia", versión española de José M. Navas. Madrid, 1953.

rum (1) si bien inicialmente la división se hacía en proporción a los bienes aportados por cada esposo, habiendo determinado después el Fuero Real —el conocido carácter germánico del fuero alfonsino acentúa el sentido comunitario del sistema— que tal división se hiciera de por mitad. A virtud de este régimen los esposos conservan como propios los bienes aportados al matrimonio o los recibidos durante él a título gratuito y se comunican las adquisiciones a título oneroso; mejor aún, a la disolución del matrimonio se dividen por mitad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto el excedente sobre los bienes llevados al matrimonio o los adquiridos por cualquiera de los consortes durante aquél a título gratuito.

Es nuestro régimen legal de primer grado, establecido en el párrafo 2.º del artículo 1.315 del Código Civil; en lo que respecta a las regiones forales, tiene vigencia en Navarra con el nombre de conquistas y en el campo de Tarragona, en la llamada asociación a compras y mejoras.

Es régimen legal en la mayoría de los países hispano americanos y en ocho Estados de la Unión: Texas, Nuevo México, Arizona, Luisiana, (2) California —aunque aquí a partir de 1891 se conjuga con el sistema de unidad de administración— Nevada, Washig-ton e Idaho.

#### e) *Sistema de comunidad de muebles y adquisiciones*

Difiere de la anterior en que forman parte del acervo común además de los inmuebles adquiridos a título oneroso, todos los bienes muebles presentes o futuros de uno o de ambos cónyuges, aunque hayan sido adquiridos lucrativamente.

(1) Lib. IV, 2, 16.

(2) A propósito del régimen supletorio de bienes en el estado de Luisiana, que, como decimos, es el de gananciales, nada menos que Tennessee Williams, dramaturgo norteamericano de categoría mundial, en una de las obras de más éxito del teatro moderno: "Un tranvía llamado deseo", en su cuadro segundo, comete el imperdonable error de afirmar que "en Luisiana, por su peculiar legislación, todo lo que pertenece a la esposa pertenece también al marido y viceversa"; lo que daría lugar a una comunicación universal y no a una simple comunicación de ganancias.

Es el régimen legal presuntivo en Francia, Bélgica, Luxemburgo, Mónaco, Bajo Canadá y Santo Domingo, y en nuestro Apéndice foral para Aragón, (art. 48).

Fué el sistema más utilizado en Francia durante el llamado "ancien regime", siguiendo el precedente del artículo 220 de la Costumbre de París, si bien en el derecho "coutumier" se combinaba con el "douaire", legado de la mitad de los bienes propios que recibía la viuda, lo que significaba, juntamente con el frecuente pacto de llevar los inmuebles como muebles, o sea de entrarlos en la comunidad, que ello equivaliera prácticamente a una comunidad universal.

#### f) *Sistema de comunidad universal «mortis causa»*

Según esta normación económica durante el matrimonio están separados los respectivos caudales de cada cónyuge, si bien para enajenar o comprometer los bienes inmuebles se requiere el mútuo consentimiento, pero al disolverse el matrimonio se traen a la masa común y se dividen por mitad todos los bienes de ambos consortes.

Es régimen legal en los países escandinavos, donde con anterioridad rigió la comunidad universal. Así, en Suecia, por ley de 11 de junio de 1920, Dinamarca, por leyes de 18 de marzo de 1925 y 20 de abril de 1928 y Noruega por ley de 20 de marzo de 1928.

#### g) *Sistema de comunidad universal*

A virtud de este sistema se hacen comunes de ambos cónyuges todos los bienes adquiridos por cualquiera de ellos durante el matrimonio, lo mismo a título oneroso que lucrativo y los que aportaran al casarse.

Antes de la publicación del Código de 1900 regía en Alemania para unos trece millones de habitantes y, según hemos dicho en el apartado anterior, hasta finales del primer cuarto de este siglo ha sido régimen legal en los países escandinavos; en la actualidad tiene tal carácter en Portugal, Brasil y Holanda, y en España en cuanto a la comarca donde rige el Fuero del Baylio y en Vizcaya para la tierra llana o de infanzonado cuando el matrimonio se disuelve quedando descendientes.

### III. - El régimen de comunidad universal

Ya sabemos que de acuerdo con este sistema se comunican entre los esposos y entran en la masa común todos los bienes que cualquiera de ellos lleve al matrimonio y los que, constante éste, adquieran por cualquier título.

Hoy, en el derecho comparado solo es régimen supletorio en defecto de pacto en Portugal, Brasil y Holanda; antes lo había sido en los países escandinavos y también tuvo vigencia antes de la publicación de los Códigos respectivos en varios derechos territoriales de Alemania y en algunos cantones de Suiza; todavía el Código alemán, aunque solo con el carácter de sistema de elección, contiene una acabada regulación de la comunidad universal.

En España puede establecerse al ampro de la libertad concedida en el párrafo 1.º del artículo 1.315 del Código Civil si bien, a falta de una normación específica, la comunidad universal paccionada deberá regirse por las estipulaciones que se establezcan en las capitulaciones correspondientes y en lo no previsto, por las reglas de la sociedad legal de gananciales, toda vez que, como dice Castan, dada la identidad fundamental de esencia entre la comunidad absoluta y la limitada —que solo varían en la extensión del objeto— la aplicación del principio general del derecho obligará a tomar como punto de partida aquella preceptiva.

En Portugal este régimen tiene una brillante historia. Arrancando como práctica consuetudinaria ya desde el momento de individualización de Portugal como Estado independiente desgajado de Castilla, cobra valor legal por una ley inserta en el libro IV, título XII de las "Ordenacoes" alfonsinas de 1.446; de aquí pasó al libro IV, título VII, de las "Ordenacoes" manuelinas de 1521, y luego al libro

IV, título XLVI de las Ordenaciones filipinas de 1603; por último, consecuente con tan firmes precedentes en la legislación portuguesa, pasó al artículo 1.108 del Código Civil de 1.º de julio de 1867 que a la letra dice así: "O casamento segundo o costume do Reino consiste na communhao entre os conjuges de todos os seus bens presentes e futuros nao exceptuados na lei".

La excepción más importante a que se refiere este artículo es la de excluir de la comunidad los bienes adquiridos a título gratuito a condición de incomunicabilidad y los adquiridos por la venta de éstos.

En Brasil, por una clara influencia portuguesa, el artículo 258 del Código prescribe como presuntivo el sistema de comunidad universal, pero se impone el de separación a virtud del artículo 259 en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando los cónyuges son de avanzada edad, —sesenta años el marido y cincuenta la mujer— cuando se trata de huérfanos y cuando se casan quienes necesitan autorización y prescinden de ella.

En Holanda, lo establece el artículo 174 del Código; ocasionalmente quedan fuera de la comunidad, como en Portugal, los bienes adquiridos a título gratuito a condición de incomunicabilidad.

En el derecho regional español, además de en la comarca de el Baylio que estudiaremos de modo especial, rige el sistema de comunidad universal con carácter de legal en Vizcaya para la tierra llana o de infanzonado cuando el matrimonio se disuelva con descendientes, ya que en su defecto opera el régimen común de gananciales.

Como sistema de elección, la comunidad universal se ha venido practicando y todavía se establece con frecuencia en algunas comarcas catalanas como en Gerona, Valle de Arán, donde toma el nombre de "querimonia" y principalmente en Tortosa con la institución del "agermanament" o "matrimonio mig per mig". En Aragón se usa en ciertos lugares bajo el nombre de "hermandad llana", especialidad recogida en el artículo 60 del Apéndice foral aragonés.

Al objeto de hacer un análisis sinóptico de las instituciones de derecho regional español que acogen la comunidad universal, especialmente en relación con el Fuero del Baylio, vamos a examinar a grandes trazos el contenido de las principales de aquellas:

### a) Fuero de Vizcaya

La ley primera, título XX, del Fuero de Vizcaya determinaba que "casados marido y mujer legítimamente, si hubiesen hijos o descendientes legítimos y quedasen de aquel matrimonio vivos, siendo suelto el matrimonio, todos los bienes de ambos y dos, muebles y raíces, aunque el marido haya muchos bienes y la mujer nonada o la mujer muchos y el marido nonada, sean comunes a medias y haya entre ellos hermandad y compañía de todos sus bienes" (1).

Consecuente con esta vieja normación nacida del género de vida en las caserías en que la mujer, como dice Angulo, "es un brazo más que remueve y deshace el apretado terrón" (2), la Ley de 30 de julio de 1959 sobre compilación del Derecho foral de Vizcaya y Alava, regula la comunicación foral de bienes en el título VII del libro I y así el artículo 42 de dicha ley determina que a falta de contrato sobre los bienes cuando el marido fuere vizcaíno infanzón en el momento de celebrarse el matrimonio, se entenderá contraído éste bajo el régimen de comunicación foral.

Hay que tener en cuenta que como esta legislación diferenciada se origina solo por razones económicas de adecuación a la explotación agraria (3), la misma solo tiene vigencia en la tierra llana o de infanzonado, quedando exceptuadas de ella las villas de Bermeo, Bilbao, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondarroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda y la ciudad de Orduña; discriminación recogida en la ley veintidós, título XX del Fuero y confirmada en las sentencias del Tribunal Supre-

(1) "Fueros, Privilegios, Franquesas y Libertades de los Cavalleros hijosdalgo del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya confirmados por el Rey Don Carlos III nuestro señor". Bilbao, 1762.

(2) Angulo: "Derecho Privado de Vizcaya". Madrid, 1903.

(3) Un ilustre maestro del derecho histórico y del agrario: Florez de Quiñones, opina que en el fondo el derecho foral es solo un derecho agrario; nosotros, sin desconocer la enorme importancia de las razones de orden agrario en el derecho foral, sobre todo en un país de economía agraria o ganadera como la España medieval, pensamos que aquello solo es verdad para el derecho aborigen pero no para el de importación en el que puede pesar más la motivación histórica.

mo de 28 de junio de 1862, 31 de diciembre de 1864, 16 de marzo de 1865 y 28 de noviembre de 1867.

No obstante ello, por determinadas fusiones administrativas, se han venido aplicando ambas legislaciones, la común y la foral, según los casos, en los términos municipales de Arbecgui y Guerricaiz, Berriatua, Bilbao, Ceberio, Elorrio, Guernica y Luno, Larrabezua, Marquina, Miravalle, Munguia, Ochandiano, Rigoitia, Santurce y Villaro; además, como se sabe, rige el Fuero dentro del territorio alavés en las hermandades de Aramayona, Arrastaria, Ayala y Llodio (1).

Sobre este particular la Ley de 30 de julio de 1959, con un criterio simplista no demasiado respetuoso con la tradición regional, pero con el laudable propósito de suprimir una casuística de tablero de ajedrez, declara en su artículo 2.º que en la actualidad solo quedan exceptuadas de la aplicación del Fuero las doce villas referidas en la ley veintidós, título XX del Fuero y la ciudad de Orduña y, además, todo el término municipal de Bilbao; en cuanto a Alava tendrá vigencia el Fuero en los términos municipales de Llodio y Aramayona (art. 60).

Dada la extensión de esta provincia, la más pequeña de España después de Guipúzcoa, pues solo tiene unos 2.200 kilómetros cuadrados de superficie, puede estimarse que, con las excepciones referidas, el Fuero se aplica en una extensión de 1.700 kilómetros cuadrados y para una población de algo más de 100.000 habitantes ya que, a pesar de la densidad demográfica de esta zona, la parte excluida es con mucho la más poblada.

En resumen, el Fuero de Vizcaya establece un régimen legal de comunidad universal de bienes pero no puro sino condicionado a que el matrimonio se disuelva con descendientes; sin embargo, ni tradicionalmente ni en la reciente compilación, la comunidad se difiere al momento de la disolución del matrimonio, sino que, por el contrario, la comunidad nace plena y vigorosa con el matrimonio mismo, si bien queda sujeta a la condición de que haya descendientes en el momento de la disolución (2).

(1) Plaza y Salazar: "Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del señorío de aquel nombre". Bilbao, 1901.

(2) Artículo 45, apartado 1.º de la compilación.

Sobre este extremo la casi totalidad de los autores, con las contadas excepciones de Alonso Martínez, Lecanda y García Arroyo, ya estaban de acuerdo y ello para ser consecuentes con las leyes sexta y novena del título XX del Fuero y con algunas sentencias de los antiguos Tribunales de Vizcaya, aparte de por aplicación analógica del artículo 1.393 del Código Civil que así lo establece para los gananciales.

### b) Costumbres de Tortosa

En Tortosa y su comarca se ha usado tradicionalmente de forma convencional pero muy generalizada, el régimen de comunidad de bienes bajo el nombre de "agermanament", el cual consiste en que todos los bienes que adquieran los cónyuges por cualquier título se asocian y hermanan, repartiéndose por mitad al disolverse el matrimonio; solo se exceptúan de esta comunidad absoluta los vestidos de cada esposo y, por una pintoresca contradicción, lo que debería ser más común de todo: el lecho nupcial.

Esta institución ya se incluyó en la redacción más antigua de las "Costums" de Tortosa. Por cierto que desde ahora es interesante notar la biología de esa edición.

En efecto, siendo insuficiente la carta puebla de la ciudad para resolver ciertas diferencias surgidas entre la población y sus señores: los Templarios y el señor de Moncada se sometió el conflicto al laudo del Obispo de Lérida el cual dictó en 1241 la sentencia arbitral del Flix que señala el orden de prelación de fuentes. A consecuencia de ello, en 1272, el Comendador del Temple, Josá, dicta una composición a virtud de la cual se ordena que se redacten las Costumbres locales, compilación que, tras una revisión del proyecto primitivo, se promulga a finales del siglo XIII y en ella, a pesar de la influencia romanizante del Fuero de Valencia, se recoge la práctica de comunidad universal de bienes en el matrimonio que, como veremos luego, no hay duda que es de origen decididamente germánico. Algo debió haber para que esta institución se mantuviera no obstante la presión romanista contraria; por ahora señalemos el hecho para extraer después las oportunas consecuencias.

El "agermanament" se contempla, en cuanto a la comarca de Tortosa, en la Compilación del Derecho foral de Cataluña aprobada por Ley de 21 de julio de 1960 en su artículo 58.

Resumiendo: el "agermanament" de Tortosa, muy frecuentemente convenido en las familias labradoras, artesanas o del pequeño comercio, es un sistema de comunidad universal de bienes no condicionado como el del Fuero de Vizcaya, sino puro, pero que en cambio no es de carácter legal, sino meramente paccionado.

### c) *Hermandad llana aragonesa*

Costa define el pacto de hermandad llana, que hoy todavía tiene alguna actualidad y que está reconocido, junto con otras formas de sociedad conyugal convencional, en el artículo 60 del Apéndice foral de Aragón, como "aquel en cuya virtud se hacen comunes de ambos cónyuges todos los bienes que cada uno de ellos poseía antes de la constitución de la sociedad conyugal, lo mismo que los adquiridos durante el matrimonio".

Esta hermandad puede establecerse de forma directa, haciéndolo constar así expresamente en las capitulaciones, o de forma indirecta, estableciendo que los contrayentes llevarán los bienes inmuebles como si fueran muebles, lo que equivale a poner los inmuebles propios en el caudal común ya que, de acuerdo con el número 2.º del artículo 48 del Apéndice, tienen el carácter de comunes los bienes de naturaleza mueble, congénita o atribuida, cualesquiera que sean el origen y el modo de su adquisición; esta constitución indirecta es análoga a la cláusula de "ameublissement" del derecho "coutumier" francés.

Al igual que el "agermanament" de Tortosa, la hermandad llana aragonesa, instituye una forma pura de comunidad universal pero no de origen legal sino paccionado, con la curiosa circunstancia de que, a menos de renuncia expresa (1) el establecimiento de la hermandad no lleva consigo la pérdida del derecho de viudedad, cuando proceda, sino que es compatible con él.

(1) Art. 63 del Apéndice.

### d) *Fuero de Eviceo*

En algunos lugares de la provincia de Santander: Laredo, Ampuero, Seña, Marrón, Udalla y Cereda, se viene observando de antiguo el Fuero de Eviceo o Vicedo, dado a los pobladores de aquellas tierras por Alfonso VIII en los primeros años del siglo XIII.

Este fuero prescribe la comunicación universal de todos los bienes de los cónyuges una vez transcurrido un año y día del matrimonio y a tal grado llega la aceptación de esta práctica que, en opinión de Costa, siempre que los futuros cónyuges piensan casarse fuera de la comunidad tienen que renunciar expresamente al Fuero, a pesar de que la jurisprudencia ha declarado que no está vigente y, por tanto, no es régimen presuntivo.

El Tribunal Supremo en sentencia de 30 de junio de 1869 declaró que este fuero no podía aceptarse como costumbre derogatoria de la legislación general porque, en opinión de dicho alto Tribunal no existía prueba del Fuero en ninguna de las compilaciones conocidas, ni se había encontrado en el archivo de la villa de Laredo; ello no obstante, en los autos del proceso que en casación dió lugar a tal sentencia, constan certificaciones de cinco escribanos y dictámenes de varios letrados, acreditativos de que el Fuero se observaba en los pueblos que constituían el antiguo Valle de Eviceo, siendo la prescripción del Fuero la siguiente:

"Casándose en Laredo y pasado el año y día, quier queden hijos de aquel matrimonio, quier no, todos los bienes, no solo los adquiridos sino también los que entraron al matrimonio y durante él heredase el marido o la mujer, se les comuniquen y adquieran por mitad recíprocamente".

En tales documentos se afirma que el Fuero fué dado por el Rey don Alonso VIII y confirmado por don Juan I y don Juan II. Por cierto que vale la pena hacer notar que el Juez de Primera Instancia de Laredo, que vivía de primera mano el ambiente de la comarca y ponderaba directamente la afección de sus naturales a la institución, dictó sentencia declarando la vigencia del Fuero y la existencia de la comunicación universal de todos los bienes entre los esposos, salvo los inmuebles radicados fuera del territorio de aquél, excepción que, desde luego, es una inconsecuencia pues a estos efectos no opera, como veremos luego, el fuero "rei sitae" sino la ley personal del marido.

El Fuero de Eviceo determinaba, pues, un régimen legal —hasta que el Tribunal Supremo dijo lo contrario en 1869— de comunidad universal de bienes, que no nacia en el momento de la celebración del matrimonio como ocurre en las instituciones paralelas que hemos examinado y como demostraremos sucede en el Fuero del Baylio sino que, probablemente por influencia de ciertas costumbres francesas, tenía su iniciación pasado un año y un día de la celebración del matrimonio; no obstante, la comunidad transcurrido ese plazo regía de pleno derecho y sin quedar ya condicionada a la superveniencia o supervivencia de hijos o descendientes.

La circunstancia de que en tan diversas latitudes se haya practicado o practique la comunidad universal nos incita a desentrañar qué acicate común a la geografía de todas estas instituciones ha actuado como revulsivo para provocar tal unánime respuesta.

Desde luego nada podemos encontrar del lado de los pueblos peninsulares aborígenes por que carecemos de información seria sobre ellos. Sería totalmente aventurado sentar cómo lo hace Martínez Pereda (1) la teoría de que en la época de la entrada de los pueblos celtas en la península —aporte indoeuropeo— o en la de los íberos —aporte étnico mediterráneo con ribetes semitas— o incluso mucho después con la fusión celtibérica, que origina una conciencia casi nacional o por lo menos supracantonal, o ya en la época de la agresión romana, se dió la comunidad universal entre cónyuges; las referencias más antigua son de Estrabón (2) que nos cuenta que entre los cantabros, a diferencia de lo que ocurría en Roma, eran los hombres los que entregaban la dote como un vestigio de una posible compra de la mujer.

No obstante, de ello no puede sacarse consecuencias generales porque, como veremos después, se trata de una costumbre muy extendida en todos los pueblos que afincaron en Europa prácticamente con la sola excepción de los romanos.

Esa dote del varón que tanto asombraba a Estrabón persiste en la época visigoda y en la legislación municipal y regional de la re-

(1) Matias Martínez Pereda: "El Fuero del Baylio, residuo vigente del derecho celtibérico", en Rev. Crit. Der. Inm. Mayo 1925.

(2) III, 4, 18.

conquista, reforzada por el derecho germánico que vivía soterrado bajo la coacción de la legislación oficial: son las arras, en las que juntamente con la "morgengabe" está el germen de la comunidad universal solo con ampliar la cuantía de la donación prenupcial hasta obligarse el esposo a dar a la mujer la mitad de todos los bienes presentes y futuros adquiridos por cualquier título.

Así ha sido como en las comarcas a que nos hemos referido antes ha surgido esta institución e igual puede decirse en relación con otras en las que, aunque menor, también ha tenido vivencia, así en las Costumbres del Miravet, Gerona, Rosellón, Andorra, Mallorca y Valencia.

También en el derecho histórico extranjero, además de en los países en que todavía es régimen legal presuntivo la comunidad universal, en otros que como tal la han desterrado, ha tenido un uso frecuente esta práctica comunitaria y ello precisamente en época coetánea a la que, según nuestras convicciones, floreció en las paradas tierras extremeñas, el Fuero del Baylio. Veamos:

#### a) Alemania

Por los años en que en nuestra opinión surge la costumbre de comunidad universal en Portugal y en la zona del Baylio, son absolutamente idénticos los derechos germano y franco. Como dice Sohm, en aquella época solo cuentan dos legislaciones: de una parte el derecho romano de donde se deriva el lombardo y el canónico, y de otra el derecho franco-salio del que se derivan el derecho alemán medieval y el "coutumier" francés.

Pues bien, uno y otro de estos derechos hijos del viejo derecho franco-salio acogieron muy frecuentemente la comunidad universal. En Alemania, todavía varios siglos después, al publicarse el nuevo Código en 1900, la comunidad universal estaba tan extendida como el propio régimen de unidad de administración que sería declarado legal supletorio; allí regía la comunidad plena para unos trece millones de habitantes, aplicándose primordialmente en Prusia, Baviera, en gran parte de los ducados de Hesse, Mecklemburgo, Saxe y Coburgo; en algunas ciudades del principado de Schwarzbourg-Rudolstadt; en el principado de Lippe-Detmold; en las ciudades comerciales de Bremen y Hamburgo, y en los territorios renanos su-

jetos al derecho territorial. También tenía vigencia en varios cantones de la Suiza alemana, como Basilea y Thurgovie.

### b) Francia

De hecho regia la comunidad universal en todo el Norte y Este de Francia, en los países de derecho "coutumier", la frontera de los cuales con respecto a los de derecho escrito, de influencia romana, podemos establecer de forma muy aproximada, aunque no absolutamente exacta, en la línea del Loira.

No se trata de ninguna herejía, porque la costumbre general formada en estas comarcas sobre la base de la comunidad reducida de muebles y ganancias, dada la importancia que en esta época y en estos lugares adquirió la fortuna mobiliaria y al complementarse con el "douaire" —a virtud del cual recibía la viuda la mitad de los propios de su esposo, que a veces era la totalidad si se establecía previamente la cláusula de "travestissement"—y con el frecuentísimo pacto de "ameublissement" por el que se convenía en llevar los inmuebles como muebles, todo ello convertía a la comunidad reducida en una comunidad universal ya que no de derecho sí de hecho.

Pero también de derecho tenía vigencia la comunidad universal en extensas comarcas de la Francia de "droit coutumier", como Flandes, Artois, Alta Alsacia, ciertos lugares de la propia Isla de Francia, como Vrenin y en algunas costumbres borgoñonas, especialmente Auxerre y Sens. De ello, así como de la Costumbre de París trataremos más adelante.

### c) Italia

En este país en el cual es hoy régimen subsidiario el de separación de bienes, en cambio en la Edad Media rigió en ciertas comarcas la práctica de comunidad universal. Así en Cerdeña (1), Palermo, Corleone, Messina (2), Istria y Friul; en las redacciones consuetudinarias de todos estos lugares, con la sola excepción de Paler-

(1) M. Roberti: "Studi intorno alle origine della comunione dei beni fra conjugii", en Studi sennensi, tomo XXXIII. Torino, 1917.

(2) L. Ciccaglione: "Origine e sviluppo della comunione dei beni fra conjugii in Sicilia" en arch. stor. per la Sicilia orientale, tomo III, 1906.

mo, donde la comunidad empieza con la consumación del matrimonio, en las restantes la comunidad se origina por el nacimiento de un hijo que viene a ser la prueba más segura de la "unitas carnis".

El origen de la comunidad universal en Sicilia hay que buscarlo remotamente en la ocupación de la isla por los vándalos durante unos cincuenta años, entre 440 a 491 (1), y de modo más próximo, en la influencia normanda, desde 1016 a 1194 en que los normandos afincaron allí; unos y otros —los normandos, hombres del Norte, procedían de Escandinavia donde durante cientos de años operó la comunidad universal— practicaban la forma absoluta de la comunicación de bienes en el matrimonio.

La influencia vándala y normanda se reforzó con la dominación franca en la isla en 1265 y sobre todo con la aragonesa, a partir de las vísperas sicilianas de 1282; y ya se sabe que lo mismo entre los francos que en Aragón era tradicional la comunidad de muebles y adquisiciones que, por el ensanchamiento a que antes hemos aludido, equivalía trácticamente a una comunidad general.

(1) Es realmente asombroso observar cómo el pueblo vandalo asdingo, en su periplo de siglos, va dejando por donde pasa como una estela de comunidad universal. Si seguimos su trayectoria, con la sola excepción de la Guyena francesa, donde su huella resbaló sobre una firme pátina de romanismo, veremos que por todos los lugares donde afincó este pueblo se ha practicado o se practica la comunidad universal: Escandinavia, Jutlandia, costas del Báltico, montes Sudetes, orillas del Vistula, Moravia, Norte de Baviera, Westfalia, Alsacia, Borgoña, macizo central francés, cuenca del Garona, —esta es la excepción, por su romanización— Pitineos occidentales, Cantabria, Galicia, Portugal, Mauritania, Africa del Norte y atravesando el canal de Bizerta, Sicilia.

#### IV. - El Fuero del Baylio

Ya estamos cara al tema. Quizás nos ha ocurrido como al cante flamenco en el sentir de Pemán: "pa una copla corta muy largo el jipío".

Parece obligado aclarar por qué precisamente yo que no soy de la zona del Baylio me he ocupado cariñosamente de esta institución. Me explicaré:

En primer lugar, creo que para poder valorar las instituciones discutidas, como esta que nos ocupa, no son los más idóneos los que las viven, porque ponen en el envite demasiada pasión; ni tampoco los que están tan lejos de ella como para mirarla con ojos de turista, de una forma fría y aséptica. Yo, que nací en Andalucía, pero en la misma frontera de Extremadura, donde termina el olivo y empieza la encina, me considero situado en la media aritmética entre la pasión y el agnosticismo. Además, sin pertenecer al Colegio de Abogados de Badajoz, he ejercido en varios Juzgados de su provincia.

En segundo lugar, la Novísima Recopilación me ha tentado con una triple coincidencia —¿coincidencia?— que en cuanto a mí se da en el libro X, título IV. La ley primera de dicho título (1) se ocupa de los gananciales; el mismo título, en la ley 12, recogiendo la pragmática de Carlos III que luego estudiaremos, reconoce la vigencia del Fuero del Baylio; por último, la siguiente ley, la 13, deroga las Costumbres Holgazanas cordobesas que constituían el único foco de separación de bienes en nuestro derecho histórico. Gananciales, Baylio y Costumbres cordobesas: Castilla, Badajoz y Córdoba. Esta triple problemática parece que estaba esperando como una novia a un abogado de Córdoba que ejerce en Badajoz y que está colegiado en Madrid, corazón de Castilla y de España. Por eso me he enfrentado con este tema.

(1) El precedente inmediato de esta ley es la 207 del Estilo y más remoto, la ley primera del libro III, título III del Fuero Real.

¿Qué es el Fuero del Baylio? En principio, un enclave foral en el derecho de Castilla, entendido éste como derecho general del Reino. Una institución de derecho consuetudinario implantada, como una cabeza de puente foral, dentro del territorio de aplicación tradicional de derecho común; cuya institución, frente al régimen presuntivo general de gananciales del Código Civil —que prescribe que el cónyuge superstite y los herederos del premuerto dividirán entre sí a la disolución del matrimonio todo el excedente sobre lo que aportaron o recibieron a título gratuito— establece que todos los bienes de cualquier procedencia que lleven los esposos al matrimonio o reciban durante él, se comunican por mitad a ambos y luego se dividen como si fueran gananciales.

Castán (1), influido por una errónea doctrina jurisprudencial que él no comparte, lo define como "práctica consuetudinaria que existe en algunos pueblos de Extremadura de partir por mitad todos los bienes que los cónyuges llevan al matrimonio". En realidad es mucho más, en un estilo de vida, una filosofía matrimonial. Podría definirse así:

"Práctica consuetudinaria, reconocida por la ley y la jurisprudencia, existente en varios pueblos de la provincia de Badajoz, a virtud de la cual, todos los bienes que los cónyuges llevan al matrimonio o adquieren durante él por cualquier título, se comunican entre ambos y al disolverse el matrimonio se dividen por mitad como si fueran gananciales.

Esta costumbre de comunidad universal se viene practicando de antiguo, desde un origen remoto que después intentaremos dilucidar, en varios pueblos de Badajoz y en la plaza de soberanía de Ceuta, aunque aquí, por tratarse de una población con escasa solera demográfica, más bien de aluvión, sujeta principalmente al flujo y reflujo de los destinos militares, ya no se usa y ni siquiera hay pruebas de que se practicara con frecuencia en el año 1889, fecha de la promulgación del Código.

Prescindiendo de Ceuta, el ámbito territorial del Fuero está limitado a los pueblos siguientes:

(1) Castán Tobeñas: "Derecho Civil Español, Común y Foral", 1.ª ed. T. V. vol. I.



Partido Judicial de Alburquerque: Alburquerque y La Codosera.

Partido Judicial de Olivenza: Olivenza, Alconchel, Cheles, Higuera de Vargas, Táliga y Villanueva del Fresno.

Partido Judicial de Jerez de los Caballeros: Jerez de los Caballeros, Oliva de la Frontera, Valencia del Mombuey, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana y Zahinos.

Partido Judicial de Fuente de Cantos: Valencia del Ventoso y Atalaya.

Partido Judicial de Fregenal: Fuentes de León (1) y Valverde de Burguillos.

Partido Judicial de Zafra: Burguillos.

En total el Fuero, sin contar Ceuta, se aplica en una extensión superficial de 3.828 kilómetros cuadrados y para una población de derecho, según el censo de 1955, de 108.634 habitantes; es decir, para una extensión doble de la que está afecta al Fuero de Vizcaya y para una población prácticamente igual a la de la tierra llana o de infanzonado en que rige el citado Fuero.

De ello se sigue la lógica consecuencia de que si para una población igual a la del Bayliato y que ocupa una extensión menor que la mitad de éste, se ha promulgado un Apéndice foral, parece de equidad que se elabore otro para normar esta especialidad institucional; el hecho de que yo sea el modesto vocero de esta pretensión, no debe ser óbice a su éxito, porque, como decía nuestro buen rabí don Sem Tob de Carrión:

*“Non vale el azor menos  
porque en vil nido siga  
ni los enxemplos buenos  
porque judío los diga”.*

(1) Resulta extraño encontrar pueblos en la provincia de Badajoz que hacen referencia a León, como Fuentes de León, Segura de León y Calera de León. Ello se explica por el hecho de que todos estos pueblos y casi media provincia de Badajoz, sobre todo después de disolverse la Orden del Temple, pertenecieron a la Orden de Santiago, cuyas propiedades en esta provincia se administraban desde el Priorato de dicha Orden de San Marcos de León. San Marcos de León era la cabecera de la Orden de Santiago en el reino de León, solo subordinada al Maestrazgo de Uclés, cabecera santiagouista de toda España.

Saltando las barreras meramente administrativas, hechas muchas veces solo en el papel y sin contemplar los aspectos étnicos, sentimentales e históricos, podemos hacer en el ámbito geográfico del Fuero del Baylio —que no debería llamarse así nada más que en cuanto a Jerez de los Caballeros y pueblos de su comarca— cuatro núcleos, a saber:

### *Primer núcleo*

Está constituido por Alburquerque y La Codosera, zona limítrofe a Portugal como los dos núcleos siguientes, pero separada del resto de la zona del Fuero por una barrera de derecho común de cien kilómetros de ancha, con la Sierra de Atalaya y el Guadiana de por medio; salvo por el Oeste, es una isla, mejor dicho una península de comunidad universal flotando en un mar de ganancias. La geografía ayuda a la Historia: ello nos sirve para llegar a la conclusión de que en este núcleo las influencias comunitarias no han podido venir más que de Portugal.

### *Segundo núcleo*

Lo forma Olivenza y sus anejos de Santo Domingo, San Jorge, San Benito, Villarreal, San Francisco y San Rafael. Por el Norte y por el Este linda con territorios de derecho común; por el Oeste, con Portugal; y por el Sur está separado del núcleo tercero por el río de Olivenza y por una serie de ramblas y riberas que antes de 1801 constituía la frontera luso-española. Si enfocásemos el horizonte geográfico del Fuero, en vez de en su panorámica actual, en la perspectiva del año 1297, o mejor todavía, de 1279, Olivenza ya no cobraría una individualidad particular, sino que vendría a formar parte del núcleo tercero que es el que ha dado nombre al Fuero, porque entonces Olivenza pertenecía también al Bayliato templario de Jerez.

### *Tercer núcleo*

Lo constituyen la ciudad de Jerez de los Caballeros y todos los pueblos del mapa del Fuero del Baylio con la excepción de Alburquerque, La Codosera y Olivenza; es decir, la totalidad del partido

judicial de Jerez de los Caballeros, menos Barcarrota, Salvaleón y Salvatierra, separadas del resto del partido por las sierras de Santa María y del Cañijal (1); y además, Valencia del Ventoso y Atalaya, del partido de Fuente de Cantos; Fuentes de León y Valverde de Burguillos, del de Fregenal (2); Burguillos, del de Zafra, y todo el partido de Olivenza, menos Olivenza misma.

#### Cuarto núcleo

Constituido por la plaza de soberanía de Ceuta.

Delimitado el ámbito territorial del Fuero del Baylio vamos a estudiar la causa inmediata de la existencia de esa institución en cada uno de los núcleos que hemos establecido. Después trataremos de investigar el origen remoto del Fuero, previa una ojeada sobre la situación política en España y Portugal desde finales del siglo XI hasta mediados del XIII, época de recepción y consolidación a nuestro juicio de las influencias que determinaron la costumbre de comunidad universal que, después de vivir siglos con el carácter de institución consuetudinaria, entró en el verbo de la Ley.

(1) En realidad estos tres pueblos, que actualmente forman la comarca de Justicia Municipal de Barcarrota, son algo distinto, por ser ya tierra de Barros, incluso geológicamente, a todo el partido de Jerez de los Caballeros.

(2) Fregenal perteneció también al Bayliato templario de Jerez de los Caballeros hasta la supresión de la Orden, pasando entonces a depender de Sevilla, cuya ciudad se apoderó de ella por la fuerza de las armas. Vid. "La Conquista de Badajoz" por Esteban R. Amaya, en Revista Estudios Extremeños, 1951.

#### V. - Causa inmediata de la institución en cada uno de los núcleos de foralidad señalados

##### a) En cuanto al núcleo primero

Hemos incluido en este núcleo a Alburquerque y La Codosera.

En cuanto al origen del Fuero en Alburquerque y como secuela en La Codosera, que de antiguo fué un mero anejo suyo, tenemos una referencia documental, aunque no puede decirse que la misma sea un dechado de precisión histórica. Se trata de una pragmática de Carlos III, recogida en su parte dispositiva con algunas variantes en la Novísima Recopilación, libro X, título IV, ley 12; dicha pragmática es del tenor literal siguiente (1):

*"Don Carlos, por la gracia de Dios, rey de Castilla, de León, de Aragón, etc. sabed: Que por Don Alejandro Gutiérrez Durán, como Procurador Síndico, personero de la villa de Albrquerque, en la provincia de Extremadura, se me representó que habiéndose observado en dicha villa de tiempo inmemorial el Fuero nominado del Baylio, conforme al cual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieren por cualquier causa, se comunican y sujetan a partición como gananciales, y observándose el mismo Fuero en la ciudad de Jerez de los Caballeros y pueblos de su comarca, todas las particiones que hasta ahora se habian efectuado en dicha villa habian sido conformes al referido Fuero, por mitad, sin consideración de lo que cada uno de los dos casados llevó al matrimonio o hubo durante él como antes de contraerse no se haya capitulado*

(1) El texto de esta pragmática fué encontrado por Don Matías Ramón Martínez en el archivo municipal de Burguillos, legajo 118, y publicada por dicho ilustre investigador en el periódico "El Guadiana" de Olivenza, correspondiente a Octubre de 1864.

casar a Fuero de León; sobre lo que no solamente no se ha dudado sino es que por regla general se expone la observancia de tal Fuero por los autores regnicolas que trata nde particiones, en cuya virtud, casando una doncella de poca edad, noble, robusta, con un hombre de más edad, no noble y achacoso, pero de más caudal, no se practica en dicha villa de Alburquerque y demás pueblos donde se usa el tal Fuero estipular la dote o donación que en los pueblos donde se observa el Fuero de León y se estipula por equivalencia de la ventaja de edad, calidad o robustez de uno de los contrayentes, por considerarse suplida esa ventaja con la comunidad de bienes que induce al Fuero.

“Que dudándose al presente en algunos Tribunales de estos mis Reinos sobre la subsistencia del referido Fuero, por decirse no estar aprobado por mi Real persona y ser contrario a las leyes, se dá motivo para ruidosos pleitos y a que se reclamen las particiones consentidas, causándose gravísimos perjuicios a los que con buena fe han contraído matrimonio con sujetos de desigual caudal, edad, calidad y robustez, sin estipular dote, donación u otra equivalencia. Y para remedio de todo, me pidió me sirviese aprobar la observancia de dicho Fuero, denominado del Baylio, y mandar que todos los Tribunales se arreglen a él para la decisión de los pleitos sobre particiones que ocurran en dicha villa de Alburquerque y demás pueblos donde se ha observado y por lo menos lo hicieren así en cuanto a los que procedan de los matrimonios contraídos hasta ahora y en lo sucesivo en lo que fuese de mi Real agrado.

“Con Real orden de 31 de octubre del año prórmo pasado, fui servido remitir al mi Consejo el citado recurso para que sobre él dé consulta en lo conveniente y visto y examinado en él este asunto, habiéndose tomado informe del Gobierno y Alcalde Mayor de Jerez de los Caballeros y de la Justicia de la referida villa de Alburquerque, con presencia de ellos y de las diligencias que practicaron y remitieron al Consejo y de que, aunque no se encuentra el privilegio de dicho Fuero, resulta que se observa en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros, valles de su comarca y en el vecino reino de Portugal con el título de ley de a metade, que fué concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal; y que se-

mejantes fueros no están derogados por las leyes del Reino; antes bien, se hallan preservados en ellas, especialmente por la I y VI de las de Toro, y teniendo presente lo que sobre todo expusieron mis fiscales en consulta de 15 de septiembre pasado de este año, me hizo presente su parecer.

“Y conformándose con él por mi Real resolución que fué publicada en el mi Consejo y mandado cumplir el 13 de octubre próximo, se acordó expedir esta mi cédula, por la cual, apruebo la observancia del Fuero denominado del Baylio, y mando que todos los Tribunales de estos mis Reinos se arreglen a él para la decisión de los pleitos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora, entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa si la necesidad y transcurso del tiempo acreditasen ser más conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado Fuero, si lo representasen los pueblos. En cuya consecuencia os mando igualmente a todos y cada uno de vos en vuestros lugares, distritos, y jurisdicciones, veáis esta mi resolución y la guardéis, cumpláis y ejecutéis y hagáis guardar, cumplir y ejecutar en todo y por todo como en ella se contiene, sin contravenirla ni permitirlo con ningún pretexto o causa; antes bien, para que tenga su entero valor y cumplimiento, daréis las órdenes, autos y providencias que convengan, que así es mi voluntad; y que al traslado impreso de esta mi Cédula, firmado por Don Antonio Martínez de Salazar, mi Secretario, Contador de Rentas, Escribano de Cámara más antiguo y de gobierno de mi Consejo, se le dé la misma fe y crédito que a su original. Dada en Madrid a 20 de diciembre de 1778. Yo el Rey. Yo Don Juan Francisco de Lastiri. Secretario del Rey Nuestro Señor la hice escribir por su mandato. Siguén las firmas”.

Al ser insertada esta pragmática en la Novísima Recopilación, se recoge la parte dispositiva de la misma, pero se efectúa en ella una desdichada interpolación que no corresponde a dicha parte dispositiva sino que se refiere a las propias manifestaciones del personero de la villa de Alburquerque, don Alejandro Gutiérrez Durán y al informe de los Fiscales del Consejo; esta interpolación incide en varios errores y ha dado lugar a una interpretación jurisprudencial, absolutamente equivocada, que ha desnaturalizado esta institución. Repro-

ducimos el precepto recogido en la Novísima, destacando en tipo de letra distinto la inclusión apócrifa:

“Apruebo la observancia del Fuero denominado del Baylio, Concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal, conforme al cual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieran por cualquier razón, se comunican y sujetan a partición como gananciales; y mando que todos los Tribunales de estos mis Reinos se arreglen a él para la decisión de los pleitos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Xerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora; entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa si la necesidad o transcurso del tiempo acreditase ser más conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado Fuero, si lo representasen los pueblos”.

En todo caso, se evidencia de ello que las dudas que motivaron este expediente no se referían a Jerez de los Caballeros y valles de su comarca, o sea a lo que nosotros hemos distinguido como núcleo tercero del Fuero, sino a su observancia en Alburquerque y ello por una razón concreta: porque Alburquerque y La Codosera son los dos únicos pueblos de la geografía del Fuero que no pertenecieron al Bayliato que los Caballeros templarios establecieron en Jerez de Badajoz, que se llama de los Caballeros, precisamente por ellos.

Se trataba, pues, de declarar la vigencia del Fuero solo en Alburquerque, porque en cuanto al resto no había duda y en cuanto a Olivenza no había caso porque en aquella fecha, y por veintitrés años más lo seguiría siendo, era de Portugal. Y entonces surge la interesante información sobre que el Fuero fué dado a Alburquerque por Alonso Téllez “su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal” y que dicho Fuero no estaba derogado por las leyes del Reino, antes bien, había sido preservado de una posible derogación por las leyes I y VI de las de Toro.

Salta aquí el error en el que abunda la Novísima Recopilación en su ley 12, libro X, título IV, que dá patente de legalidad al Fuero, error ya apuntado por Borralló (1) y su prologuista Gómez Villafraña y que, por cierto, había escapado a la perspicacia de Martínez Marina, el gran detractor de la Novísima Recopilación, que había afir-

(1) Teófilo Borralló: “Fuero del Baylio. Badajoz, 1915.

mado reiteradamente en su “Juicio crítico sobre la Novísima Recopilación” que tal Cuerpo Legal estaba lleno de “inexactitudes y de anacronismos, de leyes redundantes y superfluas, mezcladas entre sí las derogantes con las derogadas y contradictorias en muchas disposiciones”. A este respecto es curioso notar que las acres censuras del ilustrado Martínez Marina calaron tan hondo en el ánimo de Reguera de Valdelomar, autor de la Recopilación, que después de haber intentado en vano que se castigase al crítico por las supuestas ofensas inferidas a una colección sancionada por el Rey, al no tener éxito en sus propósitos, se llevó tal disgusto que falleció súbitamente de un ataque apoplético.

Claro, que ese error mayúsculo en el que no reparó Martínez Marina, —y que nos permitimos señalar porque ya no hay temor de que se repita la apoplejía— tampoco fué advertido por la Real Academia de la Historia, que también incurrió en él en su colección de Fueros y Cartas Pueblas de España, publicada por dicha docta Corporación en 1852 por encargo del Gobierno de Su Majestad y cuyo error se contiene en el artículo dedicado al Fuero de Alburquerque (1).

Dice así: “Alburquerque, villa de la Provincia de Badajoz, Fuero otorgado a esta villa por su fundador Alonso Téllez, yerno de Sancho II, rey de Portugal. Cítase en la Ley 12, título IV, libro X, de la Novísima Recopilación”. Esta referencia a la Novísima nos dá la clave de que la Academia de la Historia no buscó su información en fuentes pristinas sino que echó mano, cómoda pero no científicamente, de la Novísima Recopilación.

Pues bien, mal pese a los Fiscales del Real Consejo de Su Majestad Don Carlos III; mal pese a la Real Pragmática de 20 de diciembre de 1778; mal pese a la Novísima Recopilación; mal pese a la Real Academia de la Historia en su Catálogo de Fueros y Cartas Pueblas de España, de 1852, Don Alonso Téllez de Meneses, repoblador, que no fundador de Alburquerque (2), no pudo ser yerno de San-

(1) Real Academia de la Historia: “Colección de Fueros y Cartas-Pueblas de España”; artículo “Fuero de Alburquerque”. Madrid, 1852.

(2) Alburquerque fué tomada en 1168 por Fernando II de León, con el apoyo de los santiaguistas, si bien luego, como todas las villas hasta Cáceres,

cho II, en primer lugar porque este rey careció del ingrediente biológico necesario para tener yernos, cual es el tener hijas, y él nunca las tuvo; y en segundo lugar, porque cuando murió Don Alonso Téllez de Meneses en 1230, según reza en su sepultura en el Monasterio de Palezuelo, tendría solo veinte años Sancho II, pues al subir al trono en 1223 solo contaba 13 años, y es muy difícil, a pesar de la precocidad de estas razas meridionales, que un hombre de 20 años tenga ya hijas casadas y a su vez con tres hijos, que son los que de su esposa portuguesa dejó a su muerte don Alonso Téllez.

No, de quien fué yerno —si este apelativo puede darse a los esposos de las hijas adulterinas aunque éstas sean vástagos reales—fué del inquieto Don Sancho I, el Poblador, una de cuyas hijas ilegítimas, Doña Teresa Sánchez, habida en Doña María Páes de Ribeira, “a Ri-beirinha”, casó con Don Alonso siendo éste viudo (1).

Por lo demás, como hemos anticipado, Don Alonso Téllez de Meneses no fué el fundador de Alburquerque, sino su repoblador, colaborando en ello a la magnífica labor colonizadora de su “suegro” y señor Don Sancho I que por ello mereciera el honroso remoquete de “Povoador” (2). Probablemente Don Alonso se asentó en Alburquerque, ya definitivamente, recién casado en segundas nupcias con Doña Teresa y por ser la esposa de estirpe real el estatuto matrimonial de “a metade” de ella fué atrayente y postergó el de gananciales

cayó en la campaña almohade de 1174 y fué solo en 1217 cuando Alfonso Téllez recupera Alburquerque, efectuando con ello la primera reconquista definitiva operada en la provincia de Badajoz. Pueden consultarse a este respecto: “Campanias de los almohades”, por Melchor Antuña, Madrid 1935, y “Alfonso IX” por Julio González, Madrid, 1944.

(1) Vid. “Nobiliario”, de Jorge de Montemayor, “Libro de Blasones”, de López Vadillo y “Donas de tempos idos”, del Conde de Sabugosa, y principalmente, Antonio Caetano de Sousa en “Historia genealógica de Casa Real Portuguesa” en cuyo tomo I, pág. 83 se contiene la siguiente mención referida a la descendencia de Don Sancho I de Portugal: “4.-D. Theresa Sanches, ilegítima; foy segunda mulher de Don Affonso Teles de Menezes, rico home, senhor de Alburquerque, morreo no anno de 1230...”

(2) No obstante, como hemos visto antes, y en ello discrepamos del erudito investigador Don Matías Ramón Martínez, Don Alonso Téllez no recibió de Sancho I la villa de Alburquerque, la cual nunca fué portuguesa, ya que las

a Fuero de León, correspondiente al marido; Don Alonso extendería luego a sus vasallos al régimen económico matrimonial que él había adoptado y lo incluyó en el Fuero de la villa.

He aquí por qué en Alburquerque, juntamente con La Codosera que fué su agregado, a pesar de no pertenecer al Bayliato de la Orden Templaria de Jerez de los Caballeros, tiene vigencia el Fuero del Baylio. Entre los blasones del Fuero y gracias a una imprecisión terminológica, se cuenta, pues, la encina en campo blanco —alba quercus— que dió nombre a este pueblo y que luego campearía en el escudo ducal del fanfarrón Don Beltrán de la Cueva, a quien nos negamos a admitir como padre de Doña Juana “la excelente Señora”, motejada calumniosamente de “la Beltraneja”.

#### b) En cuanto al núcleo segundo

Forman este segundo núcleo del Fuero, Olivenza y sus anejos Santo Domingo, San Jorge, San Benito, Villarreal, San Francisco y San Rafael.

El origen de la aplicación en Olivenza del Fuero del Baylio, o bien de la costumbre que luego se llamó así, corre parejas con la historia política de esta villa, a la que le viene esa práctica consuetudinaria por un doble conducto: de una parte, porque hasta 1279 estuvo incluida en la demarcación del Bayliato templario asentado en Jerez de los Caballeros, y de otra, porque, habiendo entrado a formar parte del reino de Portugal en 1297, desde esta fecha, con el intervalo de la fusión de ambos reinos peninsulares en tiempos de Felipe II —fusión que probablemente no fué definitiva porque el Rey prudente no se decidió a fijar la capital de la nación en Lisboa, sede natural de un imperio atlántico, por no querer dejar al Madrid que había “inventado” como capital en 1561 (1)— y luego desde 1657 hasta 1668 en que es-

dos veces que se conquistó lo fué por reyes de León. En cuanto a su conquista definitiva, hemos señalado la fecha de 1217 y de este mismo año es una Bula del Papa Honorio III en la que, accediendo a una petición de Don Alonso, se manda al Maestre de Santiago que en caso de necesidad ayudase al señor de Alburquerque.

(1) Desde luego el que dió la alternativa de la capitalidad a Madrid fué Cisneros cincuenta años antes y ello por razones de táctica política: porque

tuvo anexionada de hecho a España, Olivenza ha pertenecido a Portugal hasta 1801; y como en Portugal, según hemos dejado expuesto, rige desde muy antiguo esta costumbre de comunidad universal que dió lugar a la ley de "a metade", he aquí que se refuerza el arraigo del Fuero.

Olivenza fué tomada por primera vez en 1168 por los Templarios (1), pero al igual que Alburquerque y Jerez, se perdieron en el empuje almohade de 1174, no siendo recuperada hasta principios de 1230, meses antes de la muerte de Alfonso IX de León, pero probablemente se perdería otra vez en alguna de las "razzias" de los moros sevillanos a favor de las disputas sucesorias de dicho reino; por último, recuperada Córdoba en 1236, Fernando III, ya unidos en él definitivamente Castilla y León, acude a liberar a Extremadura entre finales de 1236 y 1238, entre cuyas fechas se produciría la reconquista definitiva de Olivenza (2).

Posteriormente en las paces ajustadas en Badajoz en 1267 entre Alfonso X de Castilla y Alfonso III de Portugal, su yerno (3), se confirmó la adjudicación de Olivenza a Castilla, estipulándose que por ese lado la frontera entre ambos reinos sería el Guadiana desde su confluencia con el Caia hasta el mar.

Habiéndose dado a las Caballeros templarios la ciudad de Jerez de Badajoz, en la que establecieron un Bayliato, Olivenza quedó sujeta a su jurisdicción desde 1238 hasta 1279 en que, por haber sido

Madrid era la tercera ciudad del arzobispado, después de Toledo y Alcalá, las cuales resultaban incómodas, Toledo por sus canónigos demasiado renacentistas, y Alcalá por sus inquietos estudiantes, para un gobernante poco dado a que se discutieran sus criterios y a establecer el diálogo con sus súbditos. No obstante, la capitalidad de Madrid entonces fué efímera y duró solo unos años.

(1) Vid. "Olivenza y la frontera portuguesa hasta 1297", por Francisco R. Amaya, en Revista de Estudios Extremeños, 1953.

(2) Manuel Rodríguez Madrid: "Memorias para la vida del Santo Rey Don Fernando", Madrid 1800.

(3) Se trataba, en realidad, de un yerno de botijuela, tal como lo fué Don Alonso Téllez de Sancho I, porque Alfonso III de Portugal estaba casado con Doña Beatriz, hija natural del Rey Sabio y de Doña María Guillén de Guzmán.

ganado un pleito por Badajoz, pasó a depender de esta ciudad. En 1297, por el Tratado de Alcañices, Doña María de Molina, en la minoridad de su hijo Fernando IV, con un lamentable sentido patrimonial de la realeza que todavía no habían logrado desechar nuestros monarcas, la dió en dote a su hija Doña Beatriz al casarla con el infante Don Alfonso de Portugal (1). Desde 1297 hasta la muerte del Cardenal-Infante Don Enrique, en 1580, siguió siendo portuguesa; desde esta última fecha hasta la guerra de separación de Portugal en 1640 perteneció a España por anexión como todo el país vecino; en 1640 quedó por los portugueses, pero se apoderó de ella en 1657 el Duque de San Germán para continuar en poder de España hasta 1668 en que, por el Tratado de Lisboa vuelve a Portugal en cuyo poder siguió hasta 1801.

En 1801, como consecuencia de la paz de Luneville, España se obligó a declarar la guerra a Portugal, lo que hizo en efecto, tomando Godoy, como generalísimo, el mando de las tropas aliadas franco-españolas. Esta guerra que se llamó de las Naranjas, porque Godoy ofreció a la reina María Luisa un ramo de esta fruta cogida en los fosos de Elvas u Olivenza, fué muy corta, ya que en quince días quedó ocupado por los aliados casi todo el Alemtejo; Olivenza se rindió el 20 de mayo de 1801 y el 8 de junio se firmó en Badajoz un tratado entre Portugal, representado por Pinto de Sousa y España, representada por Godoy, a virtud del cual devolvimos todas las plazas conquistadas "menos Olivenza, su territorio y pueblos desde el Guadiana, de suerte que este rio fuera el límite de los respectivos reinos en aquella parte que únicamente toca al sobredicho territorio de Olivenza" (2).

Esta cláusula de devolución de Olivenza y de vuelta a las fronteras naturales del Tratado de Badajoz de 1267, es lo único que justifica la guerra de las Naranjas y la salva del ridículo; además, como es-

(1) Para estos tratados, hasta el de Lisboa de 1668, puede verse la obra de Joseph Antonio de Abreu "Colecciones de los Tratados de Paz, etc. hechos por los pueblos, reyes y príncipes de España con los pueblos, reyes y príncipes, etc. de Europa desde antes del establecimiento de la monarchia Gothica.. " Madrid, 1740-1752.

(2) Alejandro del Cantillo: "Tratados, convenios, declaraciones de paz... desde el año 1700 hasta el día". Madrid, 1843.

tipulación de interés se consignó que los lugares anexionados por España conservarían su propia legislación. He aquí por qué, nada menos que por un tratado internacional, está reconocida en Olivenza la vigencia de la práctica de la comunidad universal, pero no ya como Fuero del Baylio, sino como legislación escrita portuguesa incluida en las Ordenações filipinas de 1603, vigentes en el trance de la aneación y que, en su día, fueron promulgadas precisamente por un monarca español: Felipe III.

Los restantes avatares de la historia de Olivenza, tales como su entrega al Mariscal Soult, en enero de 1811, durante la Guerra de la Independencia, y su reconquista en mayo del mismo año por la acción conjunta de los ejércitos de Beresford y Castaños, no afectan a la relevancia de la institución que nos ocupa en esta plaza.

Finalizadas las guerras napoleónicas, Portugal presenta una reclamación al Congreso de Viena en la sesión del 30 de octubre de 1814, que fué la primera a que asistió un representante portugués, pidiendo la devolución de Olivenza y la no abolición de la trata de negros; a consecuencia de esta petición, en el tratado final del Congreso —que era como la ONU de entonces— se recomendaba al rey de España la restitución a Portugal de Olivenza y sus territorios. España no suscribió este Tratado hasta dos años después, en París, pero entonces hizo en cuanto a tal recomendación, naturalmente, el mismo caso que se acostumbra a hacer inveteradamente de las recomendaciones análogas de los Organismos supranacionales (1).

### c) *En cuanto al núcleo tercero*

Hemos incluido en este núcleo todos los pueblos de la zona del Fuero menos Alburquerque, La Codosera y Olivenza; y, dejando fuera también, naturalmente, a Ceuta.

El reconocimiento del Fuero del Baylio para Jerez de los Caballeros y para los otros quince pueblos de su comarca, tiene un evidente refrendo oficial en la misma pragmática de Carlos III de 20 de diciembre de 1778, si bien este reconocimiento fuera incidental porque el expediente que resolvió tal resolución no se promovió en re-

(1) Para una enumeración exhaustiva de todos los tratados suscritos por España, vid. J. López Oliván: "Repertorio diplomático español. Índice de los tratados ajustados por España (1125-1935) y de otros documentos internacionales". Madrid, 1944.

lación con la vigencia del Fuero en estos pueblos —que nadie la ponía en duda— sino exclusivamente en cuanto a Alburquerque.

Jerez de los Caballeros, ciudad con un noble abolengo histórico, es la antigua Xerriana, citada por Plinio, y la Xerixa de los árabes. Al igual que Alburquerque y Olivenza fué ocupada por primera vez por Fernando II de León sobre 1168 (1), pero también cayó en 1174. La pérdida de todo el territorio que constituye la actual provincia de Badajoz hizo que las tres Ordenes —San Juan, Santiago y el Temple— unieran sus esfuerzos concertando una alianza para reconquistar "la Trassierra" (2), si bien esta unión no empezó a dar sus frutos hasta después de la batalla de las Navas que marca el derrumbamiento de la resistencia islámica, no aprovechado fulminantemente por las disensiones internas entre los príncipes cristianos, desunión que demoró todavía doscientos ochenta años la finalización de la Reconquista.

Rendidas Mérida y Badajoz a principios de 1230 (3) los templarios ocupan Jerez, Burguillos, Fregenal y Alconchel, cuya posesión legalizó el rey Alfonso IX al Maestre del Temple Don Esteban de Belmonte, pero hasta 1238 no se produce la reconquista definitiva de estas plazas, que Fernando III confirma al Temple, poblándola con gallegos; los templarios establecieron en Jerez la cabecera de un Bayliato a cuya jurisdicción quedaron sujetos todos los pueblos de la comarca, incluido Olivenza (4).

(1) En Jerez, (Xerit), está fechado un documento de la era de 1200 (1171 d. C.) a virtud del cual Fernando II de León hace donación a los Santiaguistas del "valle de Albuera con Luchena y Cantiñana y el castillo de Monte Mayor", documento encontrado por Alfonso Bullón en A. H. N. Archivo de la Orden de Santiago, cajón 308, encomienda de Villoria.

(2) "Contrato-homenaje, hermandad y juramento de alianza que entre sí establecieron las Ordenes de Santiago, San Juan y el Temple, reglamentando los auxilios que deben darse, año 1178", en "Reglas de la Orden de Santiago escritas por Diego Mota", cp. L.

(3) Julio González: "Alfonso IX", ob. cit.

(4) El Bayliato Templario de Jerez lindaba al Norte con Barcarrota, al Sur con Andalucía, al Este con Zafra, y al Oeste con Portugal, y comprendía todos los pueblos del actual mapa del Fuero del Baylio, menos Alburquerque, La Codosera y Ceuta y además Bodonal y Fregenal; el hecho de que al disol-

Habiendo tomado el Temple el partido del infante Don Sancho contra su padre Alfonso X, éste desposeyó a la Orden de aquellos lugares, en el papel naturalmente, hasta que volvieron a la obediencia, en cuyo momento el Rey Sabio otorga un privilegio fechado en Sevilla el 8 de marzo de 1283 a favor del Maestre del Temple don Juan Fernández Coy, confirmando, según reza el texto, el anterior "que el rey Don Alonso, mio Abuelo, dió a Don Estevan de Belmonte".

La labor de los templarios, entonces en el apogeo de su poder, sobre todo en el vecino Portugal, donde los reyes rivalizaban en conceder mercedes a la Orden, debió de ser muy fecundo, marcando una profunda huella como lo evidencia el hecho de que este pueblo llegase enseguida a ser conocido por Jerez de los Caballeros, los Caballeros templarios, en vez de por Jerez de Badajoz (1).

A la disolución de la Orden del Temple por la Bula "Ad providam" de Clemente V, de 2 de mayo de 1312, el Bayliato templario de Jerez de los Caballeros no pasó, como fué regla general en otros países, a los Caballeros de San Juan, sino a la Corona de Castilla, y bastante después, en 25 de diciembre de 1370, por donación de Enrique II de Trastámara, a la Orden de Santiago (2). En Portugal, donde el Temple tuvo un predicamento mucho mayor que en Castilla, para hacerse cargo de los bienes de la Orden y suplirla, se fundó en 1317 la Orden de Cristo que en todo, incluso en el hábito, se sentían sucesores de los templarios. En Aragón, donde el predominio del

verse la Orden del Temple Fregenal tuviera que ser ocupado por la fuerza de las armas por la ciudad de Sevilla y quedase separado del resto del Bayliato que quedó en poder de la Corona y luego pasó a los santiaguistas, explica que en esta villa se perdiera la práctica de comunidad universal del Fuero del Baylio.

(1) Había necesidad de distinguir este Jerez del otro, del que primitivamente se llamó Xerez Sidonia y que todavía se llamaba así en 1333, fecha de un privilegio de Alfonso XI de 2 de octubre de ese año, que habla de Xerez Sidonia y que cita el P. Florez en "España Sagrada" X, trat. 31, cap. I. Solamente se vendría a llamar este otro Jerez, Jerez de la Frontera en 1380 por haber quedado de raya o frontera con la tierra de moros. En uno y otro Jerez, la frontera inexistente después de cinco siglos, y los Caballeros templarios, extinguidos hace más de seis, siguen dando apellido a estas dos ciudades.

(2) Vid. el acta de donación en A. H. N. Ordenes, caj. 372.

Temple fué casi tan grande como en Portugal, para sustituir a esta Orden se creó la de Montesa.

Estuvo, pues, Jerez en la jurisdicción de la Orden del Temple solo unos ochenta años, pero intensos y rotundos, tanto que su nombre y las instituciones que establecieron, reforzadas por la proximidad de Portugal y por la inmigración de colonos francos, algunas de ellas, han pervivido a través de los siglos hasta nuestros días. Entre ellas, como la más característica queda el Fuero del Baylio, que ya en su nombre denota su origen templario, pues esta nomenclatura de Baylio solo podía corresponder al Temple o al Hospital, pero no a ninguna de las Ordenes españolas y por tanto no podía referirse a la de Santiago que fué la que, años después de la caída de los templarios, sería su heredera en Jerez de los Caballeros.

La terminología, pues, solo puede ser templaria y además concide exactamente con la jerarquía de la Orden que tenía a su cargo una jurisdicción comarcal, como la de Jerez; ya se sabe que, independientemente de otras dignidades de orden militar o administrativo como las de mariscal, senescal, drapero, etc. las jerarquías jurisdiccionales de la Orden eran: Gran Maestre, el superior general; Preceptores o Maestres, los superiores provinciales; Baylios, los superiores de las casas comarcales; y Comendadores, los jefes de los establecimientos locales.

Como vemos, lo mismo el nombre, es decir, el apellido, del pueblo de Jerez, que el del Fuero, uno con la referencia directa a los Caballeros que rigieron la ciudad y el otro con su afiliación a una jerarquía templaria, evidencia su origen ilustre, derivado de la Orden más discutida de todos los tiempos.

#### d) En cuanto al núcleo cuarto

El cuarto núcleo del mapa del Fuero del Baylio, lo constituye la plaza de Ceuta.

Como no somos fueristas "a outrance" sino honestos y serenos reconocedores de una admirable institución, donde realmente tenga vigencia y vivencia, creemos con Castán (1) que no está demasiado justificada la opinión de Borrallo (2) según la cual la aplicación del

(1) Castán Tobeñas: "Derecho Civil Español Común y Foral", 7.<sup>a</sup> ed. tomo V. Madrid, 1954.

(2) Teófilo Borrallo, loc. cit.



Fuero del Baylio alcanza, después de la publicación del Código, a la plaza de soberanía de Ceuta.

Para que una práctica consuetudinaria resista la presión contraria de la ley general es necesario un hondo arraigo de la misma y una profunda convicción de su necesidad, lo que solo se logra a través de generaciones afincadas en un mismo lugar y que histórica y sentimentalmente se sientan herederas las unas de las otras; y ello no puede darse o se dá en escasa medida, en una ciudad como Ceuta en la que la población europea aunque eminentemente española, no tiene apenas solera local, sino que se ha venido formando por aluvión y con una permanencia en la ciudad condicionada a la duración, en su mayor parte, de los destinos militares.

De los cuestionarios que he formulado a varios Notarios de la zona del Fuero, y que me han sido amablemente contestados, en lo que respecta a Ceuta, resulta que la costumbre de casarse sus naturales bajo el régimen de comunidad universal se ha venido debilitando desde antes de la publicación del Código, y en la actualidad los matrimonios que no pactan un régimen especial, se entiende que aceptan tácitamente el régimen común de gananciales; en cambio, se producen capitulaciones con alguna frecuencia, acogiéndose de forma pacificada a la comunidad general.

Tradicionalmente sí debió estar sujeta y en realidad lo estuvo, no al Fuero del Baylio, sino a la ley portuguesa de "a metade". Ocupada ocasionalmente Ceuta por los vándalos de Genserico —recordemos la curiosa ecuación entre el paso de los vándalos asdingos y la comunidad universal— tomada luego por los godos y permaneciendo un poco tiempo en poder de los bizantinos, esto último y el largo periodo de dominación árabe, debió borrar la huella que marcaran aquellos pueblos.

En 1415 conquistan Ceuta los infantes portugueses Don Duarte, Don Pedro y Don Enrique, y aunque, a consecuencia de una derrota militar sufrida frente a Tánger, los portugueses se obligaron a devolver Ceuta, dejando como rehén al infante Don Fernando, el príncipe Constante, Ceuta no fué entregada porque el Obispo de Braga se opuso a ello alegando que por la libertad de un solo hombre no se debía permitir que las iglesias erigidas fuesen profanadas, lo que prueba la rápida lusitanización de Ceuta.

De derecho fué portuguesa hasta el Tratado de 13 de septiembre

de 1663 (1), si bien estuvo anexionada a España con todo Portugal desde 1580 a 1640; en la guerra de secesión de Portugal, los nobles ceutíes se pronunciaron en favor de Felipe IV, quedando Ceuta de hecho por España; el tratado posterior solo vino a legalizar esta situación de hecho.

En cualquier caso, en dos siglos, Ceuta sufrió la suficiente influencia portuguesa como para que la ley de "a metade" fuese de aplicación general y para que en el Tratado de 1663, como ocurrió para Olivenza en el de 1801, hubiera de reconocérsele el derecho a seguir rigiéndose por la legislación portuguesa en materia económico-matrimonial.

Hoy por hoy en Ceuta, tras un pasado glorioso, parece que la institución que estudiamos no es más que un fósil.

(1) Joseph Antonio de Abreu, loc. cit.

## VI. - Origen remoto de la comunidad de bienes en el matrimonio

Hemos examinado el origen inmediato, en relación con los cuatro núcleos geográficos del Fuero del Baylio, de esa práctica consuetudinaria que, en defecto de convención expresa, consagra como subsidiario el régimen de comunidad universal. Vamos a intentar determinar ahora el origen remoto de la comunidad de bienes en el matrimonio, en general, pasando de ahí a concretar el específico de la comunidad universal en Portugal y zona del Baylio.

Por una cuestión de rigor científico, no vamos a lanzar una hipótesis más o menos sugestiva sino que vamos a establecer un silogismo, alterando quizás el orden de las premisas, para llegar a unas determinadas conclusiones solo en el caso de que podamos probar tales premisas como su necesario antecedente.

La inmensa mayoría de los tratadistas aceptan la opinión de Violett (1), que ya se ha hecho tópico, de que la comunidad de bienes en cualquiera de sus formas, porque la distinción no es de esencia sino de extensión, es un árbol cuyas raíces hay que buscar en el derecho germánico (2). Pero aunque ésto sea cierto, es la verdad, pero no to-

---

(1) Violett. "Histoire du Droit Civil Français", 3.<sup>a</sup> ed.

(2) Al decir que la opinión general de los tratadistas es la de que la comunidad de bienes en el matrimonio es una institución germánica, no queremos asegurar que todos crean que se trata de una institución tradicional entre los pueblos germanos, porque hay quien piensa —Schröder— que el régimen inicial de estos pueblos era el de unidad de administración que aún cuando constituye una separación en lo material, es una comunidad formal; otros —Huber Heusler— se inclinan por el de absorción en favor del marido, que luego evolucionaria a las distintas formas de comunidad; e incluso algunos —Ficker—

da la verdad, porque ese árbol enraizado en el derecho germánico ha sido regado amorosamente por el Cristianismo (1).

Viollet, al que siguen Lefebvre, Wolff, Planiol, Hinojosa y tantos otros, vé el origen de la comunidad de bienes en la compra que entre los germanos primitivos hacia el marido respecto de la mujer, noción de compra que más tarde se debilita para convertirse en un precio meramente simbólico; entonces el marido transmite a su mujer una suma por vía de dote o en agradecimiento al holocausto de su virginidad; enseguida ese regalo del marido o regalo de la mañana, porque se hacia a la mañana siguiente a la noche de bodas —una vez comprobada la virginidad biológica y no antes—, la “morgengabe”, se convierte en una obligación, pero ya no de entrega de una cosa específica sino que, correlativamente a ella, la mujer adquiere derecho a una parte proporcional en la fortuna del marido, primero a un cuarto, luego a un tercio, por fin a la mitad. He aquí la comunidad de bienes.

El texto legal básico sobre derecho matrimonial en la época franca, es una disposición contenida en el título XXXVII, 2, de la ley Ribuaría, a virtud del cual la mujer, en caso de premoriencia del marido y cuando no se hubiera pactado otra cosa, debía recibir un tercio de las ganancias: “tertiam de omne re quod simul conlaboraverit”. No obstante esta institución, según piensan Schröder y Brunner, debió ser conocida de los francos antes de finales del siglo VI, fecha probable de la redacción de la ley Ribuaría, porque la norma legal solo vendría a dar estado a una costumbre ya arraigada entre los germanos (1); desde Escandinavia a España, con el solo bache

piensa que el sistema pristino sería el de completa separación de bienes: “volle Güterscheidung”. Lo que sí afirmamos es que hoy casi nadie duda que la comunidad de bienes fué conocida de los germanos en la época, muy temprana, de los llamados derechos populares.

(1) En algunos papiros de la colección de Rávena que se remontan al siglo V intervienen ambos cónyuges, en pie de igualdad, para hacer enajenaciones, lo que prueba la existencia de una propiedad conyugal.

(2) Algunos autores —Lefebvre, Roberti, Lemaire—, sin negar la influencia germana, creen que el Cristianismo había ya suscitado un movimiento de aproximación de los intereses conyugales, favorables a la comunidad, en los últimos tiempos del Bajo Imperio.

del Midi francés, borracho de romanismo como diría Ortega, florece la comunidad de bienes en multitud de matices. Este fondo común germánico explica el parentesco entre el derecho islandés y el visigodo, que ha señalado Ficker (1) y el existente entre el derecho longobardo, de una parte, con los derechos sajón, anglosajón y escandinavo, de otra, que ha evidenciado Brunner (2).

En lo que toca al derecho hispano-visigodo, parece ser que la consagración oficial de la comunidad económica conyugal llegó mucho más tarde que entre los francos, no siendo acogida claramente hasta una ley de Rescesvinto, a la que hemos aludido antes, “Dum cuicumque”, incluida en el Liber iudiciorum (3) que establece la división de las ganancias entre ambos cónyuges en proporción a sus aportaciones y haciéndolo por igual en el caso de que los patrimonios fueran iguales o sensiblemente iguales.

Sin embargo, dado el lento proceso de evolución de una práctica consuetudinaria hasta recibir el refrendo legal, creemos con Cárdenas y sobre todo con Hinojosa (4) que esta forma de división de las ganancias sería muy anterior a Rescesvinto, aparte de que, incluso en forma de ley, es probable que tuviera anterior vigencia esta institución (5).

No es posible olvidar el rancio precedente contenido en la fórmula 20 de la Colección ovetense, la famosa fórmula en hexámetros, en la que se contempla el caso de un futuro marido que dá a su es-

(1) Ficker: “El íntimo parentesco entre el derecho godo-español y el noruego-islandés”, versión española, Barcelona 1928.

(2) Brunner: “Historia del derecho germánico”, en arreglo de v. Schwern. Editorial Labor, 1936.

(3) Lib. IV. 2, 16.

(4) Hinojosa: “Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas”. Madrid, 1907.

(5) La “antigua” V, 2, 3, que se duda si es una ley curuciana o de Leovigildo, presupone, en cierto modo, la existencia de una comunidad conyugal al declarar de la propiedad exclusiva de cada cónyuge, como una excepción a la norma general, los bienes donados por el rey.

posa la mitad de sus bienes presentes y futuros. Aunque Merea (1), discrepando de nuestros Hinojosa, Minguijón y Beneyto, cree que ésto no tiene valor ninguno porque sería un pacto ilegal que violaría la ley de Chindasvinto sobre la dote (III, 1, 5) y por tanto no tendría relevancia. Pero es que olvida el ilustre profesor de Coimbra que una de las características peculiares del derecho hispánico en la época visigoda, y aún posterior, es esa lucha dramática de la norma legal escrita y la práctica antañona y viva, de que hablaba Melicher (2), lucha encarnizada y de resultado incierto y en la que si la costumbre era incidentalmente vencida por la presión oficial, no se operaba una rendición sin condiciones sino una batida en retirada, para aflorar pujante y vigorosa cuando las circunstancias políticas y sociales lo permitieran. Claro que Merea es un poco derrotista en esta materia porque hasta llega a suponer que la ley rescresvindiana no vino a establecer una división de las ganancias sino solo a resolver las dudas que se dieran en los casos en que se pactase la comunidad; pero es que este criterio refuerza nuestra argumentación: debiera entonces de ser muy corriente y de gran arraigo el pacto comunitario cuando se hizo necesaria nada menos que la publicación de una ley para regularlo.

Hay, pues que concluir que en toda la Europa de influencia germánica a finales del siglo VI o principios del VII tenía vigencia de hecho y refrendo legal la comunidad de bienes en el matrimonio en cualquiera de sus formas, y que esta comunidad surge de la feliz emulsión del Cristianismo con el sentido comunitario y asociativo de los pueblos germanos.

Frente a la interminable teoría de estudiosos de todos los países que sientan como dogma, no de fe, porque se ha demostrado y la fe es creer sin ver, la base germánica de la comunidad de bienes en el matrimonio en sus diversas manifestaciones, unos cuantos casticistas —con un casticismo probablemente mal entendido porque la noción de patria no la hemos recibido los españoles del tribalismo íbero ni del cantonalismo de arevacos y vetones, ni siquiera de las más cla-

(1) Merea: "Estudios de derecho privado visigótico", en Anuario de Historia del Derecho Español, tomo XVI.

(2) Melicher: "Der Kampf", introducción, pág. 12.

borada organización política tartesia, sino del Estado visigodo, a partir de la abjuración del arrianismo, que supo amalgamar felizmente el elemento aborigen con el romano vulgar, ambos vivificados por la savia germana— tales casticistas, respetables e ilustres, pero marcados por un chauvinismo jurídico, pretenden encontrar una paternidad íbero-celta para la comunidad de bienes en el matrimonio sin tomarse el trabajo de decirnos de qué casos concretos han sacado su aservo; por ejemplo Costa, en algunos aspectos y, decididamente Martínez Pereda, en un documentado trabajo publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (1), del que cabría decir en gracia a su calidad y pese a sus equivocadas directrices aquello de "¡Oh, Dios, que buen vasallo si oviese buen señor!". ¡Lástima que la tentadora teoría del origen íbero-celta de la comunidad de bienes, no pueda sostenerse seriamente!. Entre otras cosas porque carecemos de antecedentes sobre este particular respecto al derecho primitivo peninsular. Las citas de un Estrabón sobre ello solo se refieren a un caso aislado de dote del varón entre los cantabros de lo que, como vestigio de la antigua compra de la mujer o como compra misma, hay ejemplos en casi todos los pueblos.

En lo que se refiere a los pueblos arios, y los cantabros lo son, en todos ellos menos en el pueblo padre ario y en el romano, tenemos reiterados ejemplos de esta práctica (2). Y no solo entre los pueblos arios, también los semitas nos ofrecen ejemplos de dote del esposo; recordemos el matrimonio de Jacob con Raquel y luego con Lia de que nos habla el Génesis (3).

(1) Rev. Crit. Der. Inm. Mayo, 1925.

(2) Hay que suponer con Ihering en su "Prehistoria de los indoeuropeos" que la costumbre constante entre los germanos y eslavos de ser el esposo el que dotaba a la mujer, y la de celtas y griegos de simultanear esta dote del varón con otra contradote de la mujer, al no darse en el pueblo padre ario, es porque todos estos pueblos la adquirieron en su segunda patria después de la emigración del país de origen, y en cuanto a los griegos, que se marcharon de aquella antes que los romanos, cuando todavía no se había recibido esta práctica, debieron tomarla del pueblo minóico que sometieron.

(3) Gen. XXIX, 18, 30. Jacob, después de colmar de presentes a Labán, su futuro suegro, que además era tío suyo, tuvo que trabajar para él siete años

Así, pues, la cita de Estrabón sobre una costumbre que naturalmente tenía que extrañar a un romano para quien sería extravagante y bárbaro todo lo que no se practicara en Roma, no significa nada y se pierde en el mar de la generalidad de casos que habitualmente se daban entre los más distintos pueblos. Por las razones antes expuestas —que no pierden su vigencia por esta cita de Estrabón— hay que aceptar el origen germánico de la comunidad universal de bienes entre esposos como una mera variante ensanchada de la comunidad reducida o viceversa. Sobre este fundamento vamos a señalar de modo concreto el común origen remoto del Fuero del Baylio y de la institución paralela de la costumbre de “a metade”, portuguesa.

Para ello, y para probar una de las premisas de nuestro silogismo, tenemos que examinar ligeramente el panorama histórico de Castilla y Portugal en los momentos en que a nuestro entender se produce la irrupción en suelo íbero de tal práctica consuetudinaria, para luego, remontándonos hasta el manantial pristino, echar una ojeada sobre la historia del país de que irradió aquella, con lo cual habremos probado la otra premisa.

con el fin de conseguir casarse con Raquel, pero he aquí que pasado ese plazo el padre no le dió en matrimonio a Raquel sino a Lia, que era la hermana mayor y bastante fea, y para por fin poder casarse con Raquel tuvo que trabajar otros siete años más en beneficio de su aprovechado suegro.

### VII. - La casa de Borgoña en Castilla y Portugal

En lo que hace al número de sus esposas Alfonso VI de Castilla, fué una especie de Enrique VIII de Inglaterra, un “Barba azul”. Pero un Enrique VIII que, generalmente, respetó las exigencias canónicas. En efecto, se casó cinco veces, lo que no le impidió tener además media docena de concubinas semipermanentes.

Cuando en 1080 contrajo segundas nupcias Don Alfonso con Doña Constanza, hija del Duque Roberto de Borgoña, en el séquito de la reina vinieron varios caballeros borgoñones y entre ellos el Conde Ramón o Raimundo de Borgoña. El Padre Flórez en sus “Memorias de las Reinas Católicas” afirma que actuó de mediador en el matrimonio el Abad del Monasterio de Tournus, dependiente de Cluny; sin embargo, parece que, sin descartar la intervención del Abad de Tournus, el verdadero hacedor del matrimonio fué el francés Don Bernardo, a la sazón Abad de Sahagún, la sede central de los cluniacenses en España, y más tarde primer Arzobispo de Toledo (1). Sea lo que fuere, no es de extrañar que tanto el Rey como la Reina quedasen muy reconocidos a la eficiente actividad casamentera de los cluniacenses.

Lo cierto es que Don Alfonso, antes incluso de su matrimonio con Doña Constanza, fué muy adicto a Cluny, Orden francesa, mejor borgoñona, que entonces estaba en el apogeo de su influencia (2).

(1) Esta es la opinión que sostienen Llorca, Villoslada y Montalbán en sus “Historia de la Iglesia Católica”, tomo II, Edad media. Madrid, 1958.

(2) La Edad de oro de Cluny va aproximadamente desde 1020 hasta 1109 fecha de la muerte de su última gran figura: San Hugo de Samur, aunque todavía unos años después se mantiene en pleno poder, por inercia, hasta ser des-

Muerta Doña Constanza en 1092, la influencia francesa en Castilla no se debilita, porque las restantes esposas de Alfonso VI o son de la Casa de Borgoña como la tercera, Doña Berta, o son de la Casa Real de Francia, íntimamente cruzada entonces con la de Borgoña, como Doña Isabel o Doña Beatriz.

Con Raimundo de Borgoña o quizás algo después, con los caballeros franceses que vinieron a ayudar a Alfonso VI, no con demasiado éxito, en la batalla de Zalaca, venía también un primo de Don Raimundo, Enrique de Borgoña, nieto de Roberto I, Duque de Borgoña y sobrino de Doña Constanza. Los dos primos borgoñeses casaron con sendas hijas de Don Alfonso: Raimundo con la hija legítima Doña Urraca, y Enrique con Doña Teresa, hija bastarda habida en Doña Jimena Núñez, de la noble estirpe de los Guzmanes, que siempre acudió generosamente a proveer de concubinas a la Casa Real de Castilla, pues no solo Alfonso VI, sino Alfonso X y Alfonso XI, entre otros, tuvieron por favoritas a otras tantas Guzmanes.

A Raimundo de Borgoña le confía Alfonso VI el gobierno de Galicia y de todo el territorio occidental hasta el Tajo. Bajo la dependencia de Raimundo y luego dependiendo directamente del monarca, Enrique de Borgoña pasa a gobernar el condado portugalense, entre el Miño y el Tajo, llamado así del nombre de Porto, la principal ciudad de la región.

Muere Raimundo en 1107 y Alfonso VI en 1109, sin dejar éste hijo varón, porque el infante Don Sancho, que lo tuvo con Zaida, la barragana mora, había muerto un año antes en la batalla de Uclés. Ya en vida de Alfonso VI para evitar una dinastía extranjera se pretendió casar a Doña Urraca, viuda de Raimundo de Borgoña, con Alfonso I, el Batallador, de Aragón. Doña Urraca casa con el Batallador después de muerto su padre, lo que provoca una guerra civil en Castilla entre el partido aragonés, que apoyaba a Alfonso e incidentalmente a Doña Urraca, y el partido borgoñés, que defendía los derechos de Alfonso Raimúndez, luego Alfonso VII.

El partido borgoñón tenía el apoyo de la Iglesia y de los clunia-

plazada por los cistercienses hacia la mitad del siglo XII. Durante aquel periodo varios cluniacenses, como Urbano II y Pascual II, subieron al solio pontificio, y el mismo Calixto II, hermano de Raimundo de Borgoña, fué promovido Papa por la influencia de Clunny.

censes, siendo sus elementos más destacados el Arzobispo de Toledo, Don Bernardo, —a quien los castellanos no perdonaban la abolición del mal llamado rito mozárabe— y el de Compostela, Don Diego Gelmírez, gran admirador de los cluniacenses y de todo lo que viniera de allende el Pirineo y en realidad más que Obispo, un gran señor temporal y la personalidad más fuerte de la España de principios del siglo XII.

Los partidarios de Alfonso Raimúndez consiguen dos grandes victorias morales, una la de que el Papa Pascual II, por la gestión conjunta de Don Bernardo y de Gelmírez, declarase nulo por consanguinidad el matrimonio de Doña Urraca con Alfonso de Aragón; otra, la de haber sido elegido Papa, en cuya promoción tomó el nombre de Calixto II, el Arzobispo Guido, de Viena del Delfinado, hermano del fallecido Raimundo de Borgoña y tío, por tanto, de Alfonso Raimúndez. Y no se olvide que Calixto II no fué un Papa episódico, sino uno de los grandes Papas gregorianos, esforzados paladines de la lucha contra el Imperio: obra suya fué el Concordato de Worms que, en 1121, puso fin, siquiera circunstancialmente, a aquella lucha, y también la convocatoria del primer Concilio occidental, noveno de los ecuménicos, el lateranense.

En 8 de marzo de 1126 muere Doña Urraca y se inicia el reinado de Alfonso Raimúndez, con el nombre de Alfonso VII. Con él comienza en Castilla la Casa de Borgoña que dura hasta el advenimiento de la de Trastámara en 1369, precisamente con la exaltación al trono de un bastardo de Alfonso XI y de una Guzmán: Doña Leonor (1).

A lo largo de los siguientes reinados, con Sancho III, Alfonso VIII y Fernando III, aunque la influencia de Cluny se ha apagado, persiste la de Borgoña a favor de otra institución, también de origen borgoñón, como acunada por San Bernardo, el más ilustre de los borgoñones: la Orden templaria, que pronto recibe en Castilla por sus grandes merecimientos el favor de los reyes. Ya hemos visto cómo San Fernando dió a los templarios la plaza de Jerez de Badajoz, que

(1) No es óbice a la excelsa figura de la Reina Católica el que formara parte de una dinastía que traía el vicio de origen de una bastardía, "servata distantia", la propia genealogía de nuestro Redentor se anuda en la unión incestuosa de Judá con su nueva Thamar. (Mat. I, 3).

él había poblado con colonos gallegos, ya unidos definitivamente León y Castilla.

A mayor abundamiento, la influencia franca en estos reinados se refuerza por las inmigraciones de colonos de aquellas tierras, si bien no tan numerosas como en Portugal, y las constantes peregrinaciones a lo largo del camino de Santiago.

En Portugal el panorama es similar al de Castilla. Muerto Don Enrique de Borgoña en 1114 se origina en el condado portugalense, que él venía gobernando como conde independiente de hecho, una guerra civil paralela a la que entonces tiene lugar en Castilla, si bien en Portugal la lucha no es solo entre dos bandos rivales sino, más trascendente, entre los que defendían la sumisión de Portugal a Castilla y los que propugnaban su independencia. De un lado Doña Teresa, la condesa viuda, con su amante el conde Fernando Pérez y de otra su hijo el infante Don Alfonso Enríquez, con todos los partidarios, no solo de la dinastía borgoñona, sino de la secesión de Portugal. Además, para Portugal la Casa de Borgoña es consustancial con su idea de independencia, porque con ella nace la monarquía portuguesa; en cambio en Castilla, pese al favor de los reyes, Borgoña representa lo extranjero. Ello explica el diferente arraigo de las costumbres borgoñonas en Castilla y Portugal.

Derrotados en la batalla de Guimeraes (1128) los partidarios de Doña Teresa, es proclamado rey Don Alfonso Enríquez con el título de Alfonso I, siendo su reinado uno de los más largos de la Historia, pues se alarga hasta 1185. Después de varias luchas con su primo Alfonso VII de Castilla, éste le reconoce como rey bajo su dependencia puramente nominal, con un nexo feudal ligerísimo. Para prescindir incluso de esta sumisión meramente simbólica, Alfonso I enfeuda su reino a la Santa Sede, acto de liberalidad que, como ocurre siempre en todas las soluciones exageradas y extremas, por reacción contraria, originó un estado permanente de hostilidad entre Roma y Portugal en los siguientes reinados.

Los límites de Portugal en esta época son por el Norte y por el Este sensiblemente los actuales; por el Sur, aunque la frontera seguía el curso del Tajo, la línea se adentraba y se retiraba en función de las "razzias" o algaras de cristianos o musulmanes; al Oeste, el Atlántico seguía siendo el mar Tenebroso, hasta que rasgasen sus tinieblas los

marinos portugueses lanzados a la aventura y a la gloria desde el promontorio de Sagres.

Alfonso I de Portugal es un gran amigo de los templarios, que enseguida son llamados por él y reciben multitud de donaciones. Así fué como hacia la mitad del siglo XII surge la villa de Tomar, donde los templarios erigen su Casa provincial, otorgando a la villa su fuero el Maestre del Temple, Don Gualdino Páez, en 1162; y es que, como señala acertadamente Hinojosa, la facultad de conceder fueros no se consideraba vinculada en el poder real y lo mismo los otorgaban, los Abades de los monasterios y los Maestres y Priores de las Ordenes militares dentro de su territorio jurisdiccional y por propia autoridad. En cuanto a los templarios, en quienes nos interesa para mientes, además de dar fuero a Tomar, lo dieron también a Ferreira de Aves en 1156, a Redinha en 1159, a Pombal en 1174 y 1176, a Castelo de Foz en 1174 y a otros muchos lugares (1).

Paralelamente a la influencia templaria, durante el reinado de Alfonso I se inicia la entrada en Portugal de numerosos emigrantes franceses del nordeste, algunos de ellos cruzados que habían colaborado en la conquista de Lisboa; incluso varios canónigos de la Catedral de Lisboa eran naturales de Flandes (2). En otro aspecto, se inician en este reinado los matrimonios reales entre Portugal, de una parte y Flandes y Borgoña, de otra: la infanta Doña Teresa, hija de Don Alfonso Enríquez, casó en 1134 con el conde Felipe de Flandes y, habiendo enviudado de éste, se volvió a casar con el Duque Eudes III de Borgoña (3).

Alfonso Enríquez murió el 6 de diciembre de 1185, siendo contemporáneo a lo largo de su dilatado reinado, de Alfonso VII, Sancho III y Alfonso VIII de Castilla.

Le sucede su hijo Sancho I, gran poblador y colonizador. Siempre en pie de guerra, al menos fría, contra los obispos y contra el Papa para discutirles la enfeudación del reino, fué, en cambio, un gran amigo de los templarios a los que hizo grandes donaciones en los te-

(1) Fortunato de Almeida: "Historia de Portugal", tomo I. Coimbra, 1922.

(2) Gama Barros: "Historia de la Administración Pública en Portugal" tomo II, cap. VI. Lisboa 1934.

(3) O. J. Godin: "Princes et princesses de la famille royale de Portugal ayant par leurs alliances regné sur la Flandre". Lisboa, 1892.

territorios de Acafa, que se dilataban por la margen derecha del Tajo, y además una extensa porción del alto Alentejo, que fueron poblados gradualmente (1).

Sancho I, conocido por "O Povoador", por sus dotes de colonizador, trajo numerosísimos colonos del nrdeste de Francia y Flandes a quienes les dió tierras para que poblasen con franquias e instituciones propias, surgiendo así la llamada ciudad de los francos, que después se llamó Azambujar y Sesembra, y otras muchas plazas entre el Tajo y el Erdeval (2). Teniendo en cuenta que la población de Portugal era entonces muy escasa, esos colonos constituían una interesante aportación étnica que tuvo que traducirse en una gran influencia política y administrativa (3).

Sancho I tuvo once hijos legítimos y varios ilegítimos, entre ellos Doña Teresa Sánchez, la esposa de Don Alfonso Tellez de Meneses el repoblador de Albuquerque, hija que hubo en Doña María Páez de Ribeira.

En el siguiente reinado, el de Alfonso II (1211-1223) continua el apogeo templario, hasta el punto de que el rey despojó a sus hermanas de sus villas y castillos para darlos a los templarios, lo que dió lugar a un litigio en el que el Papa Inocencio III dictó sentencia arbitral estableciendo que las infantas viviesen parcíficamente en sus villas pero que los castillos, por razones de seguridad, debían seguir en manos de los templarios.

Sancho II, hijo del anterior, sube al trono en 1223, a los trece años, en difíciles circunstancias, pues el reino a consecuencia de las luchas entre Alfonso II y el Arzobispo de Braga, estaba en entredicho. Este Rey pobló también varias villas con colonos francos, otorgando fueros, tales como el de Marvao en 1226 y Elvas en 1229. Fué depuesto en 1248 por el Papa Inocencio IV, retirándose a Toledo.

(1) Viterbo: "Elucidario", artículo "Tempreiros", tomo II.

(2) Además de Azambuja y Sesembra, otras tres ciudades fueron pobladas exclusivamente con colonos francos, a saber, Lourinham, cuyo fuero es de 1140; Atougua, con fuero de 1158, y Villaverde, fuero de 1168, las tres todavía durante el reinado de Alfonso I.

(3) Pedro de Azevedo: "Influencia francesa en Portugal en el siglo XII" en Boletín de la Academia, vol. 7.º, Coimbra, 1914.

Estuvo casado con Doña Mencia López de Haro, hija del señor de Vizcaya, que no le dió hijos. Solo tuvo un hijo ilegítimo y ninguna hija, por lo que no pudo ser el suegro, como pretende la Novísima, de Alonso Téllez de Meneses.

Como vemos, en los siglos XII y gran parte del XIII, Castilla y Portugal estuvieron marcadas por el signo de Borgoña. En Castilla, en la zona del Fuero del Baylio, y en todo Portugal, se practicaba la comunidad universal; en Holanda también hubo de muy antiguo comunidad universal y hoy todavía este sistema es régimen legal en su Código Civil y, como veremos luego, también dominó allí durante un siglo la Casa de Borgoña. ¿No nos dice esto nada?

Huyamos, no obstante, de las soluciones fáciles y no saquemos conclusiones que pueden resultar prematuras, y pasemos a ocuparnos de Borgoña, el Gran Ducado de Occidente.



### VIII. - El Ducado de Borgoña

Definir geográficamente a Borgoña es una tarea difícil porque, como dice Maurice Chaume, Borgoña tiene un centro pero no fronteras. Y sucesivamente ha habido varios de estos centros hasta que lo fuera Dijon en el siglo X. Han sido las vicisitudes históricas las que han dado a Borgoña su centro y sus límites, mal definidos estos incluso al final del "ancien régime", en la segunda mitad del siglo XVIII; en este sentido Borgoña, en opinión de Richard, es una creación de la Historia (1).

Borgoña se concreta como unidad política independiente en 561 con Gontran, nieto del rey franco Clodoveo; con él toma Borgoña el aspecto que conservará hasta el siglo IX. Pero es en el tratado de Verdun, de 843, en el que los nietos de Carlomagno dirimen sus diferencias, cuando toma cuerpo lo que se ha dado en llamar la Borgoña franca, que constituirá el núcleo del ducado que interesa a nuestro estudio.

El ducado de Borgoña nace con este título para llenar una necesidad militar: la defensa de la región contra el peligro normando, ese peligro que, aún superado, seguirá constituyendo una verdadera obsesión para las comarcas del Norte y Oeste de Francia. Aún en el siglo XVI, quinientos años después de la última invasión normanda, los canónigos de Nôtre Dame seguirían impetrando, por velocidad adquirida, el auxilio del cielo contra esa amenaza ya inexistente, rezando en coro: "ad furorem normanorum libera nos, Domine".

(1) Jean Richard: "Histoire de la Bourgogne". París 1957.

En las invasiones normandas que afectaron a Borgoña a finales del siglo IX, Sens resiste tras sus murallas, Auxerre es defendida con éxito en 911 por su Obispo Gerán, pero la horda se extiende por los valles del Sena superior y del Yonne y arden Troyes, Vezelay y Beze, lugares todos que serán escenario dos siglos después del ardor apostólico de un San Bernardo.

Surge entonces investido con la jerarquía ducal Ricardo el Justiciero, que se consagra a la lucha contra los invasores. El ducado se mantiene durante ciento treinta años para pasar en 1016 a la Casa de Francia en la dinastía Capeto. En 1027 un hijo de Roberto el Piadoso es rey de Francia y su hermano Roberto I es duque de Borgoña; le suceden Hugo I, Eudes I y Hugo II. En este momento, pasada la fase receptiva durante la cual Borgoña había llamado al exterior, se inicia la expansión: gracias a Cluny y a los cistercienses, a los canónigos de San Rufo y a los templarios, había algo que dar.

Casi por la misma época un hijo de Roberto I es regente en Sicilia donde, una coincidencia más, hemos observado reiteradas prácticas de comunidad universal; un hermano de Hugo I, Enrique de Borgoña, abre la dinastía de los reyes de Portugal que se iniciará de derecho con su hijo Alfonso I; otro borgoñón, Calixto II, hermano de Raimundo de Borgoña y tío de Alfonso VII de Castilla es Papa. Pero la figura más grande de Borgoña y de todo el siglo XII es Bernardo de Fontaine, que luego sería San Bernardo de Claraval.

Es a partir de 1112, el gran reformador de la Orden cisterciense, de la que el Temple será solo el brazo militar. En esta Orden impone una constitución: la carta de caridad, en la que todo es vida de hermandad, todo se comunica, incluso el gobierno de la Orden, que no es monárquico como en Cluny sino colegiado, ejercido por la asamblea de todos los Abades (1).

La Orden del Temple será una de las creaciones predilectas de San Bernardo; él consigue su aprobación en el concilio de Troyes y redacta sus reglas para cantar luego sus alabanzas en el "De laude novae militiae", en el que llega a calificarla de "opus Dei". El espíritu de fraternidad empapa las reglas del Temple y a Borgoña toda, que en aquella época es barro fácil en las manos de San Bernardo. No es de extrañar, pues, que un reino que nace como Portugal a la som-

(1) Henry Marc-Bonnet: "Histoire des Ordres Religieux", París, 1960.

bra de Borgoña, toda hechura de Bernardo, y una milicia como la del Temple creación suya, instituyan o recomienden como régimen de bienes en el matrimonio de sus súbditos la comunidad universal, expresión la más fiel en el marco matrimonial de la caridad sin suspicacias.

Paralelamente al desarrollo intelectual y espiritual Borgoña conoce por añadidura en aquella época la prosperidad económica: sus vinos y sus tejidos son el gran negocio del ducado y las ferias de Champaña, perteneciente a Borgoña, son el lugar de citas del mundo comercial europeo. En este ambiente de burguesía y artesanado que, en su fase creadora, es el mejor caldo de cultivo de la comunidad universal, —esta institución florece en las ciudades comerciales y burguesas de Flandes, Países Bajos y Alemania— se practica por doquier, o bien el sistema de la comunidad de muebles y adquisiciones —que dada la importancia de la fortuna mobiliaria y el insoslayable complemento del "douaire", equivale a una comunidad universal— o bien se practica abiertamente la comunidad absoluta durante decenas de años como práctica consuetudinaria para pasar después a las distintas compilaciones o "coutumiers" de diversas villas y regiones como Lille, Auxerre, Sens, Alta Alsacia, Vrenin y otras.

A partir de este momento solo nos interesa el ducado de Borgoña para enlazar, a través de la dinastía Valois, con el asentamiento borgoñón en Holanda, donde todavía hoy es régimen legal la comunidad universal.

En efecto, por el tratado de Delft, en 1428, Jacqueline de Baviera, última heredera del condado de Holanda, lo entrega a Felipe el Bueno de Borgoña, el fundador de la Orden del Toisón de Oro. Enseguida quedarían en el dominio de Borgoña igualmente Namur, Brabante, Linburgo y Picardía. Este dominio borgoñón en Holanda durará hasta 1515, en que por haber llegado a la mayoría de edad nuestro Carlos I, entró en posesión de los territorios que fueron de su abuela María de Borgoña, esposa de Maximiliano.

Hagamos una aclaración: así como creemos y demostraremos en cuanto examinemos algunas compilaciones consuetudinarias de la Francia del Norte y bosquejemos la historia del Temple, que la comunidad universal en Portugal y zona del Baylio tiene el sello franco-borgoñón, en Holanda la dinastía borgoñona no llevó la comunidad universal sino que se encontró allí con una institución que de an-

tiguo regia como consecuencia de la organización económica del territorio, netamente burguesa, artesana y mercantil. En nuestro sentir, pues, en Holanda la comunidad universal ha nacido "ex novo"; en Portugal y en la comarca del Baylio ha surgido trasplantada desde otro país por la acción de influencias externas, al recibir lo que mucho antes había florecido en la Francia del Norte y el Nordeste como respuesta —volvemos a Toynbee— al reto del contorno (1).

En definitiva, y por el camino de una absoluta honestidad en la investigación, hemos llegado a una solución en la paternidad del Fuero del Baylio que halaga, por añadidura, nuestra vanidad nacional: modernamente el título de duques de Borgoña lo han venido ostentando los reyes de España y es por ésto que ellos eran la suprema jerarquía en la Orden borgoñona del Toisón —el vellocino— de Oro.

(1) Arnold J. Toynbee; loc. cit.

## IX. - La Orden del Temple

He aquí, juntamente con Cluny y con el Císter del que es el brazo militar, —Raimundo Zapata al estudiar el Temple le llama Císter militante— una de las quintas columnas de Borgoña.

La Orden del Temple nace en 1118 para proteger a los peregrinos de los Santos Lugares. Fué su fundador y primer Gran Maestre Hugo de Paiens, noble de Troyes, deudo de San Bernardo y emparentado con los conde de Champaña, feudatarios de Borgoña. Fué San Bernardo el que redactó la regla del Temple (1) y el que logró su aprobación en el concilio de Troyes convocado a ese solo fin a excitación de San Bernardo que fué el secretario del concilio que sería presidido como legado del Papa por el cardenal Mateo, Obispo de Albano.

La labor de San Bernardo en favor del Temple no se limitó a su momento creacional sino al de su expansión, pues en alabanza de la Orden compuso su "De laude novae militiae", que ya hemos citado, y presentó y recomendó a los templarios, como discípulos suyos, introduciéndolos cerca de los soberanos de Francia, España y Portugal (2).

El hábito de la Orden era un manto blanco con una cruz roja "paté"; el sello, un caballo montado por dos caballeros, símbolo de la pobreza inicial, cuando faltaban caballos, pero también de la fraternidad entre los miembros de la Orden. Esa pobreza inicial queda-

(1) Mateo Broguera: "Historia General de los Caballeros del Temple" Barcelona 1888.

(2) Fray Angel Manrique: "Anales del Císter". Sin fecha ni pie de imprenta.

ria bien pronto superada, llegando a poseer riquezas fabulosas y convirtiéndose en los primeros banqueros de Occidente: un documento de crédito expedido por los templarios tenía valor desde Lisboa a Jerusalem y desde Edimburgo a Toledo; ellos fueron quienes financiaron la segunda y tercera cruzadas.

Desde sus orígenes la Orden es netamente borgoñona, porque no solo el primer Gran Maestre, sino también el segundo, Roberto de Craon, y gran multitud de otros ellos, incluso el último, el veinticuatro, Jacobo de Molay, eran borgoñones. En las actas del vergonzoso proceso que ocasionó la ruina de la Orden figuran multitud de testigos, entre ellos los oídos en la sesión de 3 de marzo de 1311, que manifiestan que en Oriente todo el mundo estaba de acuerdo en que los fundadores del Temple y el Temple mismo, eran borgoñones: "quod duo nobiles de Burgundia milites Ordinem militiae Templi inceperunt". refiriéndose a Hugo de Paiens y a su compañero Godofredo de Saint Omer.

Sus jerarquías, como ya hemos apuntado, eran en lo jurisdiccional, Gran Maestre —superior general—, Maestre, Preceptor o Prior —que esos tres nombres se daban a los jefes de las casas provinciales—, Baylio —superior comarcal— y Comendador —superior local—. Precisamente el nombre de Baylio ha sido la llamada de atención que ha hecho que nos detengamos un momento a estudiar la historia de la Orden templaria.

El predicamento de los templarios en Portugal fué enorme, según hemos visto antes; en cuanto a la comarca del bayliato de Jerez de los Caballeros, limítrofe con Portugal y poblada con gallegos que en razón de la comunidad de lenguas, tenían que estar más en contacto con Portugal que con Castilla, fué un Baylio del Temple quien le dió como fuero la costumbre de comunidad universal que venimos estudiando; en realidad, como dice el prologuista de Borrallo (1), la nomenclatura Fuero del Baylio es una elipsis del nombre completo que sería: "Fuero del Baylio don Fulano de Tal, para la ciudad de Jerez".

La ruina de esta Orden fué ocasionada por Felipe IV, el Hermoso, de Francia y por su ministro Nogaret. Felipe el Hermoso, nieto

(1) Gómez Villafranda: Prólogo a "El Fuero del Baylio", de T. Borrallo, citado.

de San Luis, fué un rey con gran visión política, pero un hombre ambicioso que era capaz de procurarse dinero por todos los medios: empezó cercenando la moneda, siguió espoliando a los judíos y a los banqueros lombardos y terminó hundiendo al Temple para quedarse con sus riquezas. Frente a él el Papa, el antiguo Arzobispo de Burdeos, Bertrand de Goth, Clemente V, un gran procesalista, —él echaría con su "Clementina Saepe" las bases de los procesos de ejecución— pero un hombre débil, no se atrevió a hacer nada en favor del Temple y por la bula "Vox in excelso", de 3 de abril de 1312, suprime la Orden por vía de provisión pero no la condena, y por la bula "Ad providam" de 2 de mayo de 1312, ordena que, con algunas excepciones relativas a Castilla, Aragón y Portugal, todos los bienes del Temple pasasen a la Orden del Hospital. A pesar de ello en Francia, tras un juicio inicuo, Felipe el Hermoso obtuvo la culpabilidad de los templarios, siendo quemados públicamente el último Gran Maestre, Jacobo de Molay y varios caballeros, pasando, por acuerdos unilateral del rey, los bienes de la Orden a sus arcas privadas.

En cuanto a los templarios de Castilla y Portugal, para enjuiciarlos se celebró el concilio provincial de Salamanca, con asistencia de prelados españoles y portugueses, que presidió el Arzobispo de Toledo; los templarios fueron declarados inocentes por el concilio, si bien se remitía la causa al Papa. De todos modos, en Castilla se borró el espíritu del Temple, no así en Portugal en que para sustituir a los templarios nace la Orden de Cristo que en todo, hasta en el hábito, se declaraban herederos suyos.

**X. - El régimen de bienes en el Derecho Consuetudinario francés  
en los siglos XII y XIII**

Volvamos a nuestro silogismo. Ha quedado probada con certeza casi matemática, desde luego con algo más que certeza moral, una de las premisas: en Portugal y en Castilla desde mediados del siglo XI a mediados del XIII han existido fuertes influencias franco-borgoñas, representadas por Cluny, por la Casa de Borgoña en las dinastías reales de uno y otra, por la Orden del Temple, y por constantes inmigraciones francas, todo ello con mucha más intensidad en Portugal que en Castilla; en cuanto a la comarca del Fuero del Baylio, el nombre mismo del Fuero y el de la capital de la zona, pregonan su estirpe templaria.

Vamos a intentar demostrar ahora la otra premisa, la de que en Borgoña y en la Francia del Nordeste rigió la comunidad universal en el momento en que se producen las influencias que antes hemos evidenciado. Si lo logramos, no será aventurado establecer la conclusión del origen franco-borgoñón de la comunidad universal en Portugal y comarca del Baylio.

Téngase en cuenta que la mayoría de los "coutumiers" en que se recopilaron las instituciones vigentes en la Francia de derecho consuetudinario, de influencia germana —cuya frontera podemos marcar "grosso modo" en la línea del Loira que la separaría de la de derecho escrito, de influencia romana— se redactaron muy a finales del siglo XV o principios del XVI. Pero esos cuerpos legales, no hicieron otra cosa que recoger instituciones vivas que, en forma de costumbre, tenían vigencia de siglos. Por ello, no podemos demostrar documentalente que en el siglo XII en la Francia del Norte y Nordeste regía la comunidad general; pero si a la vista de cartularios y compi-

laciones posteriores en los que se incluyen reiterados ejemplos de comunidad universal, comprobamos la existencia de este régimen matrimonial, —conociendo como conocemos la biología de las instituciones y su evolución de siglos hasta plasmar en la norma escrita— hemos de concluir estableciendo que si en los cartularios del siglo XIV y en las compilaciones de costumbres de los siglos XV y XVI se contempla la comunidad universal u otra institución similar, es porque tres o cuatro siglos antes ya se venía practicando inveteradamente con el carácter de costumbre generalmente admitida.

Nos hemos referido antes, de pasada, a alguna costumbre del Nordeste de Francia en las que se recoge la práctica de la comunidad universal. Examinemos ahora el mapa de los regímenes de comunidad, total o ligeramente reducida, en la Francia del Norte y del Nordeste, de donde vinieron a Portugal y a Castilla la dinastía de Borgoña, las Ordenes de Cluny y del Císter, el Temple, y las inmigraciones de francos que poblaron tantas villas ibéricas en los siglos XII y XIII.

#### a) *La Costumbre de París*

Es como el derecho común de toda la Francia de "Droit coutumier". La Costumbre de París tiene una larga carrera que va desde finales del siglo X hasta los últimos años del XVIII; comienza por ser una simple costumbre territorial más, como la de Orleans, por ejemplo, para terminar siendo el derecho de aplicación general en todos los países y comarcas de legislación no escrita.

Esta costumbre establece un régimen de comunidad universal solamente en cuanto al goce, ya que en cuanto al dominio se limita la comunicación a los muebles y las ganancias (1); este es el sistema que ha pasado al artículo 1.400 del Código francés. Los bienes de familia, los propios, quedan fuera de la comunidad, mejor dicho, solo entran en cuanto al disfrute, pero la costumbre reconoce además a la mujer superstite el derecho de gozar de la mitad de los propios del marido: este es el "douaire" (2).

La viuda en la Costumbre de París tiene una situación equivalen-

(1) Costumbre de París, art. 220.

(2) Costumbre de París, arts. 247 y 248.

te a la de la viuda en los países de comunidad universal, si bien los inmuebles gravados por el "douaire" vuelven a su muerte por respeto a la troncalidad, a la rama del marido. Además, aunque se prohíban las donaciones entre los esposos se admite por excepción la donación mútua e irrevocable en provecho del cónyuge superviviente de la parte correspondiente al premuerto en el activo común (1).

La administración de la comunidad corresponde al marido, pero este no puede vender ni afectar los propios de la mujer sin su concurso (2) ni sus bienes propios sin el consentimiento de la esposa, en razón al "douaire" que los grava desde el día del matrimonio como si fuera una hipoteca legal. Todavía a principios del siglo XIV el concurso de la mujer es imprescindible para la enajenación de las ganancias, lo que expresa el adagio: "la femme est aussi grande que l'homme pour les conquêts". A lo largo del siglo XIV ese sabio equilibrio se rompe y aparece la fórmula, que luego recogería el artículo 225 de la Costumbre de París, de que el marido es el señor de muebles y ganancias.

Antes de llegar a esta injusta situación la Costumbre de París, aunque oficialmente solo acogía la comunidad reducida de muebles y ganancias, en la práctica era una verdadera comunidad universal, ya que la comunidad reducida se complementaba siempre con el "douaire" y muy frecuentemente con la donación mútua e irrevocable en favor del sobreviviente de la parte del premuerto en el activo común, o con la cláusula de "ameublissement", a virtud de la cual los inmuebles, por una ficción, tenían carácter de muebles y entraban, por tanto, en la comunidad.

La intervención de la mujer en los actos de disposición sobre los bienes comunes e incluso sobre los del propio esposo, jalonan claras características de comunidad universal que, posiblemente, en los albores de la Costumbre de París en los siglos X y XI, en la época de su frescura y espontaneidad, acogía la comunidad universal, después estrechada por suspicacias troncales. Puede ser una prueba de ello el hecho de que la Costumbre de Vrenin, en la misma Isla de Francia, región que, como se sabe, era la de París, prescriba la comunidad universal en el momento en que por el nacimiento de un hijo quedaba justi-

(1) Costumbre de París, art. 280.

(2) Costumbre de París, art. 226.

ficada la consumación del matrimonio. Esta Costumbre de Vrenin puede ser un ejemplo cristalizado de la práctica primitiva que en otros lugares evolucionó hacia una comunidad más restringida.

### b) Costumbres de la Alta Alsacia

Aunque en Alsacia regía comunmente la práctica franca de la que es modelo la Costumbre de París, en las llamadas costumbres de la Ferrette, en la Alta Alsacia, se daba la comunidad universal de bienes.

La comunicación se producía por la consumación del matrimonio, para probar lo cual los notarios acostumbraban a situar tal comunicación a los dos años de la celebración de aquel, plazo en el que se suponía que había habido tiempo y ocasión de consumarlo; algunos autores (1) creen probable que en su origen esta comunidad no comenzaría sino con el nacimiento de un hijo, pues era este acontecimiento el que evidenciaba en la concepción popular la "unitas carnis". Si el matrimonio se disolvía sin hijos, quedaba resuelta, como ocurre actualmente en Vizcaya, la comunidad universal y operaba la comunidad reducida de muebles y ganancias.

Aquí, la comunidad universal tiene de extraño que no es un derecho de burgueses, artesanos o campesinos acomodados, como ocurre generalmente, sino que, al igual que en algunas costumbres feudales de la Alemania central, es un derecho nobiliario y señorial.

### c) Flandes y Artois

En estas regiones se practicaba la comunidad universal como derecho común, salvo entre los nobles en que tenía vigencia la comunidad reducida franca reforzada con el "douaire". En opinión de Lepointe en esta comarca la comunidad, que nace limitada a los muebles y ganancias, se hace universal al nacer un hijo o bien en virtud de la cláusula de "ameublissement", que llega a hacerse de estilo (2). En al-

(1) E. Bonvalot: "Courume de la Haute Alsace". Colmar, 1870. E. Champeaux: "L'ancien droit d'Alsace", en introducción al Código Civil francés en Alsacia y Lorena. Sstrasburgo, 1926

(2) G. Lepointe: "L'évolution de la communauté entre époux dans la ville de Lille", en Rev. Hist. Droit, 1929.

gunos lugares de esta región se han encontrado reiterados ejemplos de la comunidad más absoluta que puede darse, por la institución del "travestissement", que otorga al cónyuge superstite, en pleno dominio, la totalidad de los bienes del fallecido (1).

### d) Costumbre de Vrenin

Se ha localizado esta compilación en los "coutumiers" del antiguo Bayliato de Laón (2), pero, sin embargo, no existe actualmente en Francia ningún lugar llamado Vrenin; probablemente esta Costumbre se refiere a la actual villa de Vregny que perteneció, mejor dicho, que queda dentro de la antigua demarcación de la región de la Isla de Francia, y que actualmente está incluida en el departamento del Aisne.

Según la práctica de estos lugares, aunque el matrimonio se contraía bajo el régimen de la comunidad reducida de derecho común complementada por el "douaire", al nacer un hijo nacía también la comunicación absoluta de todos los bienes y entonces quedaba anulado el "douaire", institución que, por su esencia, pugna con la comunidad universal que, al darse, hace innecesario aquél.

### e) Costumbre de Sens

En esta ciudad, que fué cabecera de la diócesis senonense, al Sur de Champaña, afecta al ducado de Borgoña, existía la costumbre de comunidad universal que, al igual que en algunas regiones alemanas, se iniciaba en el momento de la solemnización del matrimonio, con las velaciones: "si se han echado el velo, los cónyuges son ricos por igual".

Hay que hacer constar que, según señala Chevrier (3), a finales del siglo XV ningún artículo de la Costumbre de Sens se ocupaba del

(1) H. Briet: "Le Droit des gens mariés dans les coutumes de Lille". Lille, 1908.

(2) Bourdot de Richebourg: "Coutumier General", T. III, Ancienne Coutume de Laón, deux, partie, ch. III.

(3) J. Chevrier: "Sur quelques types de communauté conjugales en usage dans la ville de Sens du XV au XVIII siècle"; en "Memoires de la Societé pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands", VIII, 1942.

estatuto pecuniario de los casados, quizás por considerar cosa admitida e indiscutible la comunidad universal; pero en cambio en los minutarios notariales, hay centenares de casos de matrimonios bajo el régimen de comunidad universal "aux et us coutumes de Sens" (1) que los prácticos del derecho hacían distinguir perfectamente de "aux us et coutumes de France", que regía en los alrededores.

En los siglos XVI y XVII en Sens, como en los demás lugares donde tuvo arraigo la comunidad universal, ésta fué perdiendo terreno en favor de la comunidad reducida, aunque se mantenía muy firme en el círculo de los artesanos y trabajadores de la tierra. En definitiva el proceso de debilitación de la comunidad universal opera en función del alejamiento del instante en que se inicia la comunidad, que primero es coetánea con la celebración del matrimonio y después se va retrasando gradualmente hasta uno o dos años después, o hasta el nacimiento de un hijo; pero no hay ni un solo caso a este respecto en el derecho histórico extranjero o nacional que demore la comunicación de bienes hasta el instante de la disolución del matrimonio, como se ha querido hacer que ocurra en la comarca del Fuero del Baylio a partir de una sentencia de febrero de 1892 de la que luego nos ocuparemos.

### f) Costumbre de Auxerre

En la antigua Costumbre de Auxerre, compilada en 1507, se recoge, como vetusta, la comunidad universal (2); en cambio en el texto de la nueva recopilación de 1562, ya desaparece esa institución, aunque la práctica notarial, más conservadora que la legislación, siguió aferrada a ella tradicionalmente. Con bastante anterioridad a la redacción de la antigua Costumbre, en numerosísimos contratos matrimoniales se repite hasta la saciedad la fórmula: "se assembleront ensemble en communauté de tous biens, meubles immeubles, qu'ils ont et auront et qui leur pourront advenir et escheoir, de quelque costé ou ligne que ce soit, selon la coutume du pays d' Auxerrois" y ello en un francés rígido y lleno de aristas que está todavía muy lejos de Rabelais y de Montaigne.

La comunicación de bienes se produce en Auxerre por el comien-

zo de la vida en común y no depende de ningún acontecimiento posterior, ni siquiera del nacimiento de un hijo, aunque el nacimiento del hijo venga a ser la prueba de la consumación del matrimonio. La comunidad nace universal desde el momento de la unión de los esposos, según la fórmula: "ledit mariage fait et consommé, essembleront ensemble" (1).

La partición por igual en propiedad, queden o no descendientes, sin concesiones a la troncalidad, hace de la comunidad universal al estilo de Auxerre una modalidad similar a la portuguesa de la ley de "a metade" y la del Fuero del Baylio.

He aquí también probada la segunda premisa. En Borgoña y en la Francia del Nordeste regía, en la época de la recepción de las influencias borgoñonas en Castilla y Portugal, la comunidad universal, bien en la forma explícita de las Costumbres de Auxerre, Sens, Alta Alsacia, Vrenin, Flandes y Artois, bien en la forma indirecta de la comunidad reducida de muebles y ganancias, siempre complementada con el "douaire", y cualificada por la necesidad de intervención de la mujer en la enajenación de los bienes comunes y aún de los propios del marido, de los primeros tiempos de la Costumbre de París.

(1) Minutier de Sens, 1056-3, fol. 89, 12 mayo 1942: "Ladite Jehanneton será douée de douaire coutumier aux us et coutumes de Sens".

(2) Antigua Costumbre de Auxerre, cap. XIV, art. 168.

(1) Archivos de L'Yonne, E. 369, fol. 31, 1.482; y E. 385, fol. 21, 1593.



## XI. - Conclusiones

Firmemente apoyados en el dato que nos ofrecen los capítulos precedentes, y alterando el formalismo escolástico de nuestro silogismo, por razones de sistema, podemos establecer las conclusiones siguientes:

1.ª — En la Francia del Norte y del Nordeste se practicaba en los siglos XI, XII y XIII en muchos lugares la comunidad universal y, en los demás, con carácter general, la comunidad de muebles y ganancias que, por el valor que había adquirido la riqueza mobiliaria, por la concurrencia necesaria del "douaire" y por la obligada intervención de la mujer para las enajenaciones, venía a ser prácticamente lo mismo, salvo escrúpulos troncales.

2.ª — En Portugal y pueblos del Bayliato de Jerez de los Caballeros se practicaba desde principios del siglo XIII la comunidad universal. Esta costumbre tuvo que ser bastante anterior a 1312, fecha de la disolución de la Orden templaria, porque tuvieron que transcurrir muchas décadas para que el Fuero llegase a ser consustancial con la mentalidad popular, tanto como para lograr resistir a la presión de los gananciales de Castilla una vez que el dominio templario se extinguió; eso, en cuanto a Jerez de los Caballeros. En lo que respecta a Portugal, dado el lento proceso de conversión de una práctica consuetudinaria en ley, hay que suponer que tenía dos o tres siglos de vida cuando, a mediados del XV, fué incluida la costumbre de comunidad universal en las Ordenações alfonsinas.

3.ª — Borgoña influyó poderosamente en Castilla y Portugal desde finales del siglo XI hasta mediados del XIII y ello a través de una dinastía real, de Cluny y de los cistercienses de San Bernardo, de la

Orden templaria y de constantes inmigraciones de gentes francas y flamencas que poblaron multitud de villas.

4.<sup>a</sup> — Portugal, país de gran predicamento templario en aquellas fechas, es límite al bayliato de Jerez de los Caballeros, donde el Fuero y el nombre de la ciudad nos traen remembranzas templarias.

5.<sup>a</sup> — En definitiva, la costumbre de "a metade" portuguesa y el Fuero del Baylio son de origen franco-borgoñón, importados a favor de la dinastía de Borgoña, la influencia cluniacense y cisterciense, las inmigraciones de francos y flamencos, y el prestigio del Temple, que fué enorme en Portugal y que en Jerez de los Caballeros dió apellido al pueblo y nombre al Fuero.

Pero, se dirá ¿por qué esas mismas influencias que en Portugal y en la comarca del Fuero del Baylio llevaron a la comunidad universal no la produjeron en el resto de Castilla? Aquí surge el hecho diferencial:

#### a) *En cuanto a Portugal*

En Portugal la Casa de Borgoña es consustancial con la idea de independencia, con su propia conciencia de Estado, mientras que Castilla xenofoba por su propio patriotismo, consideraba a los borgoñones como extranjeros, como luego consideraría a los flamencos de Carlos V, a quien los castellanos de pro llamaban Carlos de Gante.

En Portugal se encuentra la Casa de Borgoña con un Estado sin instituciones propias que, por fervores de independencia, no quiere acogerse, en lo posible, a las propias instituciones castellanas y que está francamente dispuesto a hacer suyas las instituciones de la dinastía en que centra su idea de independencia, cuando esas instituciones, como ocurre en lo que respecta al régimen de bienes en el matrimonio, son contrarias a las de Castilla. En Castilla, por el contrario, había ya una ilustre tradición en favor de los gananciales, que no podía ser desplazada por una intromisión considerada en el fondo como extranjera.

La Orden templaria tuvo mucho más arraigo en Portugal que en Castilla. Solamente es comparable el predicamento de los templarios en Portugal con el que tuvieron en el reino de Aragón, donde se viene practicando de antiguo la comunidad universal bajo la forma de la "hermandad llana", y donde un Comendador del Temple, Josá, estableció en Tortosa, esta especialidad matrimonial en la compilación con-

suetudinaria, especialidad que aún tiene rica vida en la región con el nombre de "agermanament".

Las inmigraciones francas y de gentes de Flandes fueron mucho más numerosas en Portugal que en Castilla y más densas proporcionalmente ya que Portugal, al menos entre Duero y Tajo, estaba prácticamente despoblado a la llegada de los francos; estos llegaron a constituir en el país vecino verdaderas minorías étnicas con legislación propia, lo que nunca ocurrió en Castilla.

#### b) *En cuanto a Jerez de los Caballeros y su comarca*

Parece natural que Jerez de los Caballeros tuviera el mismo régimen jurídico que cualquier otro de los bayliatos erigidos en las zonas recién conquistadas que fueron encomendadas a la Orden del Temple. Pero aquí el hecho diferencial también se dá y viene definido, en primer lugar, por la proximidad de Portugal.

En segundo lugar, porque las fronteras entre Portugal y España, mal delimitadas entonces, no constituían barrera alguna entre dos provincias hermanas de la Orden templaria la que, por encima de particularismos nacionales, tenía carácter ecuménico y ésto, como una supuesta falta de patriotismo, se le reprochaba a los templarios por los chauvinistas de la época (1). Pero es que también en las divisiones eclesiásticas, las jurisdicciones metropolitanas prescindían de las fronteras, realmente artificiales, entre Portugal y Castilla o León y así la Iglesia de Compostela, metropolitana desde 1120, tenía como sufragáneas, no solo a Salamanca, Avila, Coria, Ciudad Rodrigo, Plasencia, Mérida y Badajoz, sino también a las portuguesas de Lamego, Guarda, Lisboa y Evora.

Recíprocamente la Iglesia metropolitana de Braga comprendía, además de las de Oporto, Viseo y Coimbra, las españolas de Mondoñedo, Lugo, Tuy, Orense y Astorga.

En tercer lugar, y esto es lo fundamental, que Jerez de los Caballeros y su comarca, fueron poblados por Fernando el Santo con gentes de Galicia que al llegar aquí se encontraron que, por la diferencia idiomática, no podían entenderse con sus vecinos del Norte y del Es-

(1) Permítasenos el anacronismo de hablar de chauvinismo antes de que Scribe pintara el tipo de Chauvin en su "Le soldat laboureur".

te —por el Sur estuvo bastante tiempo estabilizada la frontera—; en cambio por el Oeste habitaban gentes que hablaban su propio idioma y que además, lo mismo que ellos, eran vasallos de los templarios, que en Jerez calaron tanto como para darle mote al pueblo y nombre al Fuero. Y no se olvide que en aquellas fechas el gallego era un idioma mucho más elaborado que el castellano —había entre ellos la diferencia que va del caolín a la arcilla— con una literatura rica en la que la lírica había alcanzado resonancias provenzales, llegadas a través del camino de Santiago, y que incluso un rey de Castilla, Alfonso X, cuando quiere cantar a Nuestra Señora escribe sus cantigas no en castellano sino en gallego.

He aquí por qué la comunidad universal se insertó en la idiosincracia de las gentes de Jerez y ello no ocurrió en el resto de Castilla.

Si en Francia la frontera entre las regiones de influencia germánica, de derecho consuetudinario, y las de influencia romana, de derecho escrito, se dibuja en la línea clara del Loira, en nuestra península la frontera entre la comunidad universal y los gananciales viene jalonada por el limpio río de la lengua gallega (1), que a la sazón era idéntica a la portuguesa, por no haberse producido la posterior elaboración diversificadora (2).

(1) También en Francia se puede señalar una diferencia lingüística entre los países de derecho "coutumier" y los de derecho escrito: aquéllos usaban la llamada lengua de "oil" y éstos la lengua de "oc", cada una de las cuales tomaron su respectivo nombre de la distinta manera de expresar el adverbio de afirmación "sí". Eran dialectos de la lengua de "oil" el normando, el picardo, el borgoñón, el poitevino y el francés propiamente dicho o dialecto de la Isla de Francia. Los principales dialectos de la lengua de "oc" eran el provenzal, el delfinés, el lionés, el auvernés, el limusin y el gascón.

(2) Respecto a la absoluta identidad inicial entre el gallego y el portugués puede verse el opúsculo de Azaola "Complejos nacionales en la Historia de Europa". Madrid, 1952.

## Problemática del Fuero del Baylio (1)

### I. - INTRODUCCIÓN

Dice Cervantes de cara al menester feliz y definitivo de escribir la segunda parte del Quijote —la cual probablemente no habría salido a la luz sin el acicate negativo pero venturoso de la publicación del falso Quijote del falso Avellaneda —que "nunca segundas partes fueron buenas".

Yo, sin embargo, desoyendo el prudente aviso cervantino, después que el pasado año me honré ocupando esta misma tribuna para tratar de la parte histórica del Fuero del Baylio, con lo que cometí un verdadero atentado contra vuestra paciencia, voy a llegar ahora hasta el ensañamiento para con ella, incidiendo, no ya en pecado de osadía, sino en el pecado intrínseco que de por sí constituye toda segunda parte.

Me anima a ello el hecho, que aquí no se dá desgraciadamente para Vdes. de que el propio Cervantes se equivocara en la valoración previa de la continuación de su Quijote, porque la segunda parte es mejor si cabe que la primera y desde luego tiene una mayor unidad y su prosa es más tersa y limpia, como si intuyera ya la pureza suprema del lenguaje del Persiles, crisol de las esencias más nobles del castellano y testamento literario de Cervantes, pero testamento hecho incluso

(1) Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid en sesión de 9 de febrero de 1962.

te —por el Sur estuvo bastante tiempo estabilizada la frontera—; en cambio por el Oeste habitaban gentes que hablaban su propio idioma y que además, lo mismo que ellos, eran vasallos de los templarios, que en Jerez calaron tanto como para darle mote al pueblo y nombre al Fuero. Y no se olvide que en aquellas fechas el gallego era un idioma mucho más elaborado que el castellano —había entre ellos la diferencia que va del caolín a la arcilla— con una literatura rica en la que la lírica había alcanzado resonancias provenzales, llegadas a través del camino de Santiago, y que incluso un rey de Castilla, Alfonso X, cuando quiere cantar a Nuestra Señora escribe sus cantigas no en castellano sino en gallego.

He aquí por qué la comunidad universal se insertó en la idiosincrasia de las gentes de Jerez y ello no ocurrió en el resto de Castilla.

Si en Francia la frontera entre las regiones de influencia germánica, de derecho consuetudinario, y las de influencia romana, de derecho escrito, se dibuja en la línea clara del Loira, en nuestra península la frontera entre la comunidad universal y los gananciales viene jalonada por el limpio río de la lengua gallega (1), que a la sazón era idéntica a la portuguesa, por no haberse producido la posterior elaboración diversificadora (2).

(1) También en Francia se puede señalar una diferencia lingüística entre los países de derecho "coutumier" y los de derecho escrito: aquéllos usaban la llamada lengua de "oil" y éstos la lengua de "oc", cada una de las cuales tomaron su respectivo nombre de la distinta manera de expresar el adverbio de afirmación "sí". Eran dialectos de la lengua de "oil" el normando, el picardo, el borgoñón, el poitevino y el francés propiamente dicho o dialecto de la Isla de Francia. Los principales dialectos de la lengua de "oc" eran el provenzal, el delfinés, el lionés, el auvernés, el limusin y el gascón.

(2) Respecto a la absoluta identidad inicial entre el gallego y el portugués puede verse el opúsculo de Azaola "Complejos nacionales en la Historia de Europa". Madrid, 1952.

## Problemática del Fuero del Baylio (1)

### I. - INTRODUCCIÓN

Dice Cervantes de cara al menester feliz y definitivo de escribir la segunda parte del Quijote —la cual probablemente no habría salido a la luz sin el acicate negativo pero venturoso de la publicación del falso Quijote del falso Avellaneda —que "nunca segundas partes fueron buenas".

Yo, sin embargo, desoyendo el prudente aviso cervantino, después que el pasado año me honré ocupando esta misma tribuna para tratar de la parte histórica del Fuero del Baylio, con lo que cometí un verdadero atentado contra vuestra paciencia, voy a llegar ahora hasta el ensañamiento para con ella, incidiendo, no ya en pecado de osadía, sino en el pecado intrínseco que de por sí constituye toda segunda parte.

Me anima a ello el hecho, que aquí no se dá desgraciadamente para Vdes. de que el propio Cervantes se equivocara en la valoración previa de la continuación de su Quijote, porque la segunda parte es mejor si cabe que la primera y desde luego tiene una mayor unidad y su prosa es más tersa y limpia, como si intuyera ya la pureza suprema del lenguaje del Persiles, crisol de las esencias más nobles del castellano y testamento literario de Cervantes, pero testamento hecho incluso

(1) Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid en sesión de 9 de febrero de 1962.

“in artículo mortis, “puesto ya el pie en el estribo y con las ansias de la muerte”.

Y además que Gracián, el jesuita aragonés, verdadero genio de la mueca amarga contraída en sonrisa, me ha enseñado que “lo bueno si breve, dos veces bueno” y ello me abre a la esperanza de que al ser más breve esta actuación que la anterior, ya que no sea buena tenga al menos el mérito de su relativa brevedad.

Así, haciendo oídos de mercader a la sabia enseñanza de Cervantes y acogido a Gracián en lo que me conviene, estoy ante vosotros en la pobre diagonal del paralelogramo de dos fuerzas gloriosas: las de los dos mejores estilistas del idioma, por otra parte, los dos pensadores que han calado más hondo en el meollo de nuestro viejo pueblo, hecho de tremendos contrastes entre Quijotes y Sanchos, Andrenios y Critilos.

## II. - Concepto de Derecho Foral

Estudiada en la conferencia del pasado curso lo que pudiéramos llamar la biografía del Fuero del Baylio: su historia y su geografía, vamos a ocuparnos ahora de la problemática que suscita y en primer lugar, de su vigencia.

¿Tiene vida legal el Fuero del Baylio después de promulgado el Código Civil cuyo artículo 1.976 contiene una disposición derogatoria de la normación anterior? Este problema de la vigencia del Fuero se conecta con el concepto de derecho foral y con el de vivencia del Fuero.

La vigencia del Fuero vendrá dada en función de su vivencia, su vitalidad, y de la delimitación del concepto de derecho foral porque, por aplicación del párrafo 2.º del artículo 12 del Código Civil, “las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservaran ahora en toda su integridad sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código”.

Hay que concretar, pues, si el Fuero del Baylio forma parte del derecho foral a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 12 del Código y si tenía relevancia en el momento de la entrada en vigor de tal Cuerpo legal, en 1 de mayo de 1889.

¿Es derecho foral el Fuero del Baylio? Porque el solo nombre de fuero no basta; como dice el viejo brocardo francés “le nom ne fait rien a la chose”. Yo podría citar a ustedes multitud de cosas que desmienten su nombre. Así, los tres Reyes Magos, que no eran tres sino cuatro, porque no puede olvidarse a Artabán, y que no eran todos de Oriente, porque uno de ellos traía oro de Tarsis, el gran emporio co-

mercial del Suroeste de nuestra península, muy en decadencia ya en la época del nacimiento de Cristo.

Los Tres Mosqueteros, que eran cuatro: precisamente el cuarto Artagnan, es el más importante.

Las ocho Bienaventuranzas, que son nueve, y de las cuales la novena puede que sea la más trascendental: "Bienaventurado cuando os ultrajen y mintiendo digan de vosotros toda clase de males" (1).

Por último, la revolución comunista, la Revolución de Octubre, no ocurrió en Octubre, sino el 7 de noviembre de 1917. Lo que pasa es que la Iglesia Ortodoxa Rusa, que con una tremenda soberbia nacional consideraba a Moscú como la tercera Roma, después del ocaso político de Roma y Constantinopla, no aceptó, por el solo motivo de que venía de Roma, la reforma gregoriana a virtud de la cual, para adaptar el año administrativo al año astronómico, se adelantaron trece días en 1582, durante el pontificado de Gregorio XIII, y continuó con un retraso de trece días respecto al resto de Europa. Por ello el 25 de octubre de 1917, en el antiguo calendario ruso, equivale al 7 de noviembre de nuestro almanaque, el cual, por cierto, ha sido admitido por el régimen comunista, cantando la palinodia de su error, y ahora se celebra el aniversario de su malhadada Revolución el 7 de noviembre de cada año (2).

Volviendo a nuestro tema, se ha repetido hasta la saciedad principalmente desde que lo divulgó Ureña (3) que la denominación derecho foral, para significar los restos de las legislaciones regionales o locales vigentes dentro del organismo jurídico nacional, fué usada por primera vez por Don Gregorio Mayans y Siscar en nombre del Claustro de la Universidad de Valencia con ocasión del advenimiento de Carlos III al trono en 1759, en el cual se indica al monarca la conveniencia de que en la Real Audiencia de Valencia haya siempre cierto

(1) Mat. V. 11.

(2) Algo muy parecido a ésto le ha ocurrido a la protestante Inglaterra al no aceptar todavía las medidas, más racionales, del sistema métrico decimal. Por lo visto puede establecerse sin riesgo una ecuación entre las Iglesias disidentes y la rutina xenofoba.

(3) R. de Ureña: "Derecho Loral", en Nueva Enciclopedia Jurídica, adaptación sobre el artículo del mismo título incluido en Enciclopedia Jurídica Española.

número de ministros que sean valencianos para que entiendan las controversias ocasionadas de los contratos y testamentos antiguos sujetos al derecho foral" (1).

De todos modos la denominación que todavía es ignorada por Martínez Marina (2), el gran detractor de la Novísima Recopilación, hizo fortuna y ya es recibida abiertamente en el tecnicismo jurídico al designarse en el Real Decreto de 23 de septiembre de 1857 una de las cátedras de la Facultad de Derecho con el título de "Historia e Instituciones de Derecho Civil Español Común y Foral".

En defecto de una declaración expresa de la Ley de Bases o del Código, referente a qué legislaciones deben ser consideradas como forales (3), hemos de inducir el carácter de derecho foral para el del Baylio a la luz de la Historia, de la doctrina, de la jurisprudencia y de la costumbre.

Desde luego, remitiéndonos a ultranza a la Historia, el Fuero del Baylio no sería legislación foral, pero tampoco lo serían el Fuero de Vizcaya ni las especialidades institucionales de Galicia (4), ya que estas regiones no tuvieron nunca autonomía legislativa. Tampoco la pequeña historia de la codificación abona el carácter de derecho foral del Fuero del Baylio porque el Real Decreto de 2 de febrero de 1880 no agregó a la comisión de Códigos ningún representante de la zona del Baylio como lo hizo de las demás regiones forales, pero ello fué

(1) No deja de extrañar esta sugerencia de Mayans y Siscar en 1759, cincuenta años después de que Valencia hubiera perdido su legislación peculiar abolida por los Decretos de Felipe V de 20 de junio y 29 de julio de 1707.

(2) Martínez Marina: "Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla", libro IV. Madrid, 1801.

(3) Tampoco la normación anterior al Código relativa a esta materia es nada expresiva pues la Real Orden de 12 de junio y el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, únicas disposiciones que tratan del particular, solo dicen que son fueros especiales o legislaciones especiales "los que en la actualidad constituyen excepción al derecho común de Castilla" con lo cual, al incurrir en lo que en filosofía se llama una petición de principio, deja la cuestión sin aclarar en absoluto, porque silencia cuáles sean esas legislaciones que constituyen excepción.

(4) Sin embargo, como se sabe Vizcaya tiene su compilación foral desde 1959, y en cuanto a Galicia, el anteproyecto correspondiente ha pasado a las Cortes.

porque los pueblos de la comarca, con la clásica apatía meridional, no solicitaron su inclusión como hicieron los de Alava en cuanto al Fuero de Ayala; de haberlo pedido habrían obtenido representación por varias razones, entre ellas por su mayor importancia territorial y demográfica (1).

Estos argumentos no tienen, pues, consistencia para negar el carácter de legislación foral al Fuero del Baylio. En cambio son incontestables los términos absolutos y de indefinición genérica de los artículos 5 de la Ley de Bases y 12 del Código, unido todo ello a la fórmula derogatoria del artículo 1976 que en su redacción definitiva sustituyó la expresión "derecho civil llamado de Castilla" por la de "derecho civil común".

Aunque Bonet (2) opina que se halla en trance de revisión el adjetivo "foral", que puede provocar la errónea idea de que se trata de concesiones graciosas o privilegios, cuando nos hallamos en presencia de normas engendradas por costumbres ancestrales y persistentes sin solución de continuidad, por lo que propone su sustitución por el calificativo "especial"; Castán, al que hay que volver siempre que se quiera encontrar la ponderación y el "just milieu", no vé inconveniente en mantener la nomenclatura "derecho foral" siempre que no se le dé el sentido que le dá Federico de Castro de derecho particular, excepcional o privilegiado; en definitiva Castán opina que el nombre de legislación foral ha quedado para la de aquellas regiones que, por haber perdido sus facultades legislativas, no pudieron dar formas nuevas a su derecho.

Un destacado foralista, Barrachina (3), ya de antes en la misma

(1) La Memoria relativa al derecho civil de Cataluña fué redactada por Durán y Bas; la de Mallorca, por Ripoll; la de Aragón, por Franco y López, la de Navarra, por Morales; la de Vizcaya, por Lecanda; y la de Galicia, por López Pago. Al quedar fuera Ayala, esta comarca acudió al Gobierno, que accedió a su petición de inclusión en la Comisión de Códigos, y por Real Decreto de 15 de Mayo de 1899 mandó agregar a la Comisión de Vizcaya tres vocales de la provincia de Alava, uno por la Diputación Provincial, otro por el Colegio de Abogados de Vitoria y otro por el Colegio Notarial.

(2) Federico Barrachina: "Derecho foral español". Castellón, 1911. neral. Madrid, 1959.

(3) Federico Barrachina: "Derecho foral español". Castellón, 1911.

línea, opina que la acepción "derecho foral" solo es impropia cuando se considere a este derecho como hijo del privilegio, la merced y la gracia de reyes y señores porque, por el contrario, éstos solo hicieron, en el mejor de los casos, recoger en un cuerpo legal, lo que era producto espontáneo de la conciencia regional.

De Diego (1) establece que la distinción entre derecho común y foral se marca porque el derecho de Castilla alcanzó una mayor extensión territorial y además porque esta región formó el núcleo de la nacionalidad española y su derecho, al proceder del poder central, está dotado de una fuerza expansiva y de generalización "in potentia" de que carece el derecho foral por ser un derecho local y particular; es decir, hablando en términos futbolísticos, que el derecho común juega al ataque, y el derecho foral tiene que jugar, a la defensiva, el cerrojo.

Espín (2), por su parte, presenta el binomio derecho general-derecho especial, aclarando que cuando se alude a derecho común como contrapuesto a derecho foral, no se hace referencia a una mayor esfera de aplicación sobre las relaciones jurídicas sino simplemente a una esfera más amplia de aplicación territorial por lo que, piensa el profesor de Murcia, que cada uno de los derechos forales constituye un derecho territorial con vigencia espacial más reducida que la del derecho común pero sin que las normas de derecho foral impliquen una excepción o privilegio frente al derecho general de la nación.

Pero es quizás la "nouvelle vague" jurídica —y no lo digo por espíritu de clase— quien ha definido con mayor precisión el concepto de derecho foral. Así, Puig Peña (3) sienta, con distinción netamente filosófica, que existirá derecho foral donde se haya formado un clima de pensamiento y actuación contraria o, por lo menos, distinta a los preceptos del derecho común y en donde vivan con vida eficaz y positiva instituciones sentidas y queridas por la masa del pueblo y regidas a su vez por unos principios esenciales siempre que, naturalmentè, ha-

(1) F. Clemente de Diego: "Instituciones de Derecho Civil español" Edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossio y Antonio Gullón: tomo I, Madrid, 1959.

(2) D. Espín Cánovas: "Manual de Derecho Civil español", 2.<sup>a</sup> ed. vol. I Madrid, 1959.

(3) F. Puig Peña: "Tratado de Derecho civil", tomo I, vol. 1.<sup>o</sup>, 1957.

yan recibido una consagración legislativa de manera directa o indirecta.

Y Hernández-Gil (1) enseña que "el derecho foral no es un derecho constituido por normas de excepción frente a las del Código Civil; no se inserta en el régimen de éste para contradecirlo; es sencillamente otro derecho, un derecho distinto; en la distinción radica su razón de ser; a virtud de ella coexiste territorialmente con el Código Civil; coexistencia territorial basada en la distinción; eso hay en la relación del derecho foral con el Código Civil; pero no prioridad del foral a virtud de una concesión a la excepcionalidad".

El joven profesor pone el dedo en la llaga y lo hace venturosamente con un estilo del que no se avergonzaría Azorín y que probablemente Azorín aprendiera en Gracián —otra vez Gracián— y quizás Gracián en San Pedro, pues no hemos visto nada tan exacto y ceñido como la prosa del primer Papa en sus dos Epístolas: la forma en que Pedro, un humilde pescador sin letras, emplea el punto y coma, viene a ser un rotundo argumento apologético, un claro testimonio de que recibiera del Espíritu Santo el don de lenguas (2).

Volviendo a Hernández-Gil, no solo admiramos en el profesor de Madrid su densidad jurídica, sino algo que literatos y juristas olvidamos con frecuencia: seguir el consejo de Gide de puntuar bien; porque por no saber puntuar ¡se vé por ahí cada escrito y cada Considerando plagados de imprecisiones terminológicas, de ablativos absolutos, de gerundios, de relativos, de periodos hipertrofiados en los que las comas están puestas a voleo como si tuviera que consumirse un cupo forzoso de ellas...! ¡cuántas dificultades se evitarían si, como Hernández-Gil en este caso, se usase con profusión racional del punto y coma!

Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo por régimen foral el peculiar de las provincias y territorios que no haya sido derogado o modificado por leyes o disposiciones de ca-

rácter general obligatorio (1); y otras veces pone el acento en la nota de excepcionalidad (2).

Emulsionando el criterio de la doctrina con la jurisprudencia veamos, sobre el cañamazo fundamental de la definición de Puig Peña, si el Fuero del Baylio entra dentro del concepto de derecho foral que, por aplicación del párrafo 2.º del artículo 12 del Código Civil, escapa a la cláusula derogatoria del artículo 1.976.

Para ello se requerirán los siguientes supuestos:

- a). Existencia de una mentalidad contraria o distinta a los preceptos del derecho común.
- b). Que las instituciones en cuestión tengan vida eficaz y positiva. Es la vivencia del Fuero a que antes nos hemos referido.
- c). Que haya una especialidad legislativa, una distinción frente al Código Civil.
- d). Que tales instituciones hayan recibido una consagración legislativa directa o indirecta, que luego no haya sido derogada o modificada explícitamente por leyes o disposiciones de carácter general obligatorio.

#### a) *Clima*

No cabe duda que, ya desde los tiempos del pleito de Alburquerque que motivó la pragmática de Carlos III de 1778, hay un clima espiritual de afección al Fuero del Baylio en los diez y nueve pueblos de su ámbito geográfico, cuya mentalidad viene pregonada por la constante dedicación de los estudiosos extremeños a esta materia. Así, Don Matías Ramón Martínez en su "Libro de Jerez de los Caballeros", Sevilla, 1892; Don Juan Boza en su monografía "El Fuero del Baylio", Fregenal, 1898; Don José Fernández Díaz, en su compilación de trabajos sobre el Fuero del Baylio aparecida en el tomo VIII de la Revista "Extremadura", año 1906; Don Teófilo Borralló en su obra "Fuero del Baylio", Badajoz, 1915; Don Matías Martínez Pereda en su trabajo "El Fuero del Baylio: errores de la doctrina y de la jurisprudencia"

(1) Sentencias 8 julio 1904 y 12 noviembre 1910.

(2) Sentencias 12 junio 1894, 3 diciembre 1895, 12 febrero, 1897 y 10 noviembre 1902.

(1) Antonio Hernández-Gil: "Reflexiones sobre el Derecho foral y la unificación del Derecho", en Rev. Gen. Leg. y Jur. 1955.

(2) I Petr. 2, 13-15.



cia sobre dicho Fuero”, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, mayo 1925; Don Pedro Arriba Portales en su artículo en la misma Revista, Abril 1945, sobre “Algunas anomalías del Fuero del Baylio”, y Don Francisco Díaz Díaz en su trabajo “El Fuero del Baylio”, en la Revista de Fiestas de Oliva, 1952. Además en la actualidad, con ocasión de la promulgación y elaboración de las distintas compilaciones de derecho foral, varios municipios de la comarca se han dirigido a los Poderes Públicos interesando la redacción de una compilación para este Fuero. Por último, la presencia en esta bella sala barroca, roja y dorada como un iconostasio bizantino, de los alcaldes de la zona, bajo la efigie de Carlos III, el rey que con su pragmática de 1778 dió el esparadazo legal al Fuero del Baylio, patentiza su anhelo de pervivencia de una institución entrañable para ellos.

#### b) *Vivencia de la institución*

El Fuero del Baylio es una institución viva y no inerte y ello a pesar de las presiones y retoques desnaturalizadores de su esencia que ha sufrido constantemente.

Para pulsar esta vivencia hemos cursado unos cuestionarios a los Notarios de la comarca, cuyos cuestionarios que nos han sido amablemente contestados. De ellos, evacuados por Don Fernando Alvarez Suero, Don Francisco Pastor y Don Fabián Daniel, Notarios respectivamente de Jerez de los Caballeros, Olivenza y Burguillos, resulta de modo indubitable que el Fuero del Baylio tenía una pujante vitalidad en la fecha de publicación del Código, la que, pese a todo, no ha disminuido, y sin que nadie discuta la implicación en el Fuero, de los naturales del país.

El número de capitulaciones para eludir el Fuero es reducidísimo, no habiendo pasado en ningún año de dos y transcurriendo muchos años sin que haya ninguna. Concretamente en lo que se refiere a Olivenza, desde el año 1931 solo se han otorgado tres escrituras de capitulaciones.

Tiene, pues, que haber un riego sanguíneo fecundísimo para que la institución, frente a las presiones contrarias, se mantengan hasta hoy con tanta fuerza.

#### c) *Coexistencia territorial con el Código basada en la distinción*

Seguimos, como se vé, la terminología de Hernández-Gil.

Es obvio que existe un particularismo frente al Código Civil, porque esta institución foral del Baylio gobierna el régimen económico de la familia en forma absolutamente distinta a la Ley general. Según el Código Civil, a la disolución del matrimonio solo se dividen entre el cónyuge superstite y los herederos del premuerto los bienes que excedan de las aportaciones propias de cada uno y de lo recibido por cualquiera de ellos a título gratuito, y según el Fuero del Baylio se comunican entre los cónyuges todos los bienes aportados por uno u otro al matrimonio y los que adquieran durante éste por cualquier título, ya sea oneroso o lucrativo, y a la disolución de la comunidad la división se hace de por mitad sin consideración a la procedencia o forma de adquisición de los bienes de la masa social.

#### d) *Consagración legal*

El Fuero del Baylio rigió desde hace siglos en una amplia comarca extremeña y luego a virtud de una disposición de la Novísima Recopilación que recogía una Real Cédula de Carlos III, pasó a convertirse en ley.

No ha habido derogación de tal consagración legislativa porque el artículo 1976 del Código Civil en su redacción definitiva —prescindiendo de si la Comisión pudo o no constitucionalmente modificar el texto de la cláusula general derogatoria— producida por Real Decreto de 24 de julio de 1889, aclaró que aquella derogación se refería al derecho civil común y no, por tanto, al especial y distinto.

El Fuero del Baylio llena, pues, las exigencias doctrinales y jurisprudenciales para ser considerado como derecho foral, entre cuyas exigencias se incluye la de ser una institución viva y no inerte.

A mayor abundamiento, la costumbre de aquellos lugares, operante en defecto de ley que determine cuales sean las legislaciones forales, reconoce como tal al Fuero del Baylio. Y en España la costumbre tiene un modesto papel, pero efectivo, para llenar las lagunas legales. No ocurre como en Inglaterra donde teóricamente es la primera fuente legal, pero que en la práctica es solo un mito, porque solo tiene relevancia la costumbre inmemorial, para alcanzar cuya catego-

ría el rutinario conservadurismo británico exige nada menos que la costumbre en cuestión se haya practicado en el año 1189, fecha de la coronación de Ricardo Corazón de León.

Una vez determinado el carácter de derecho foral del Fuero del Baylio y su vitalidad en 1889 —por fortuna solamente tenemos que probar su existencia setecientos años después de la coronación de Ricardo Corazón de León—, pasemos ahora a estudiar la vigencia del Fuero.

### III. - Vigencia del Fuero del Baylio

Hemos dicho que la vigencia del Fuero vendrá dada en función del carácter de derecho foral de esta institución y de su actualidad en 1889, fecha de la publicación del Código. Probados uno y otra, no ofrece duda la vigencia del Fuero del Baylio. Nuestra modesta opinión viene avalada nada menos que por la prestigiada y prestigiosa de varios eminentes tratadistas y, principalmente, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros.

Entre los autores, son claramente partidarios de la vigencia del Fuero, Puig-Peña, Espín, Roca-Sastre y Federico de Castro, entre los modernos y Sánchez Román entre los antiguos; también Royo el malogrado profesor de Sevilla, reconoce implícitamente esta vigencia y la cualidad de especialidad foral del Baylio.

Concretamente Federico de Castro (1) afirma que el Fuero del Baylio ha logrado una situación privilegiada que le permite soslayar la acción asimiladora del derecho común castellano, porque para definir las posibilidades de cada Fuero en relación con el artículo 12 es decisiva su situación particular en 1889. Entiende este fino civilista que en esta materia hay que estar más que a la Historia —maestra de la vida pero a veces no del derecho— al sentido del artículo 12 que no sólo deja en vigor los fueros territoriales —Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra— sino también el pequeño número de fueros municipales y costumbres comarcales que en territorio castellano pudieron escapar a la presión del derecho común, tales como los fueros de Ayala, del Baylio y de Vizcaya y las costumbres gallegas.

(1) F. de Castro y Bravo: "Derecho Civil de España", T. I. Madrid, 1955.

Naturalmente, que también militan en favor de la vigencia del Fuero todos los autores extremeños a que antes hemos hecho referencia.

Un segundo grupo de tratadistas reconocen la vigencia del Fuero un poco "malgré lui" y solo porque en su sinceridad admiten que esa es la doctrina del Tribunal Supremo y la práctica comarcal extremeña, si bien ellos se pronunciarían en otro caso contrariamente, porque le dan al artículo 12 del Código Civil una significación exclusivamente histórica. Forman este grupo, entre otros, De Diego, Castán y Pérez González y Bonet (1).

Entre los contrarios a la vigencia del Fuero, poquísimos, destaca Ureña que opina que la fórmula derogatoria del artículo 1976 del Código Civil es absoluta, lo mismo en su primitiva redacción, que hacía referencia al antiguo derecho de Castilla, que en la definitiva que se refiere al derecho civil común, porque, según él, ambas denominaciones son idénticas (2). Niega este ilustre maestro del derecho histórico que el Tribunal Supremo haya reconocido nunca la vigencia del Fuero del Baylio porque, en su opinión, la sentencia de 8 de febrero de 1892 se refiere a un matrimonio celebrado el 12 de diciembre de 1878 y, por lo tanto de fecha anterior al Código. No había parado mientes en que el Tribunal Supremo reiteró luego su doctrina anterior, en la sentencia de 28 de enero de 1896, donde vuelve a reconocer la vigencia del Fuero del Baylio.

Ultimamente unos anotadores del Código Civil, Rimblan y Majada (3), con pasmosa seguridad, han dogmatizado la derogación del Fuero del Baylio. Claro que la respetable opinión de estos entusiastas exegetas, aunque muy autorizada en otras materias, no debe tomarse demasiado en consideración en la que nos ocupa, porque entre el cúmulo de sentencias y resoluciones que se refieren al Fuero del Baylio, ellos solo tienen noticia de la Resolución de 11 de Agosto de 1939, con cuya deficiencia informativa evidencian un conocimiento solo epidérmico.

(1) De Diego, Bonet y Castán, loc. cit. Castán y Pérez González en sus notas al "Derecho de Familia" de Kipp y Wolff. Barcelona, 1941.

(2) Ureña: loc. cit.

(3) J. Rimblas y A. Majada: "Código Civil interpretado y anotado". Comentario al artículo 12, in fine. Barcelona, 1958.

El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros cada vez que se han referido al Fuero, han reconocido su vigencia, si bien hemos de admitir que, con sus retoques desnaturalizadores, aunque la jurisprudencia no ha sido torrente desbordado que haya arrasado el edificio todo de la institución, sí ha sido manso río que ha ido socavando sus cimientos. Examinemos la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del centro directivo registral:

La sentencia de 30 de junio de 1869, ya antes de la publicación del Código, al propio tiempo que negaba la vigencia del antiguo Fuero de Eviceo, que rigió en Laredo y valles de su comarca, aceptaba la del Fuero del Baylio, declarando que no es posible confundir una y otra institución, porque la de Eviceo no se encuentra en ninguna de las compilaciones de leyes y fueros conocidos y además no consta que se haya observado constante y generalmente por más de diez años y que en este mismo tiempo se hayan dado consejeramente dos juicios por ella, requisitos todos que concurren en el Fuero del Baylio.

En la sentencia de 8 de febrero de 1892 —que es a la que se refiere Ureña— se declara francamente la vigencia del Fuero del Baylio, aunque se señala equivocadamente a juicio de casi todos los tratadistas y al nuestro propio, el momento en que se inicia la comunidad de bienes, de cuya cuestión nos ocuparemos más adelante. Sienta esta sentencia que "la observancia mandada guardar por la ley 12, Título IV, Libro X de la Novísima Recopilación del fuero llamado del Baylio en la villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos en que era costumbre, no consiste, según los términos de la citada Ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos a partición como gananciales al tiempo de disolverse la sociedad".

Si el Tribunal Supremo hubiera entendido que el Fuero actuaba en esa ocasión, como piensa Ureña, solo porque se trataba de un matrimonio celebrado antes de la publicación del Código, lo habría manifestado así para no establecer doctrina que diera lugar a una aplicación indebida del Fuero en el futuro y no hubiera intentado perfilar la institución en forma perdurable, si bien hay que admitir que los dioses no le fueron muy propicios en esa matización.

La sentencia de 28 de enero de 1896 contempla un pleito seguido en el Juzgado de Badajoz sobre partición de bienes propios de un

cónyuge, cuyos bienes radicaban en territorio español, cuando su ley personal —la portuguesa— establece la comunicación universal. Aquí se declara incidentalmente, en una no muy afortunada referencia histórica, “que en los puntos donde se haya en observancia el fuero llamado del Baylio, cómo acontece en Portugal (en Portugal nunca ha regido el Fuero del Baylio, sino la ley a metade, de igual contenido) y en algunos pueblos de España, se reputan gananciales todos los bienes que los casados aportan al matrimonio, y todos los que en adelante adquieran por cualquier título oneroso o lucrativo”; y luego hace referencia a “que el Código Civil portugués, siguiendo lo establecido en el Fuero del Baylio o de Alburquerque etc...”

Aunque el Código portugués nada tiene que seguir al Fuero del Baylio sino a las Ordenações filipinas de 1603 y además el Fuero del Baylio, aunque rija en Alburquerque por extensión no tiene nada que ver, por su filiación, con Alburquerque, porque esta ciudad no perteneció nunca al bayliato templario de Jerez de los Caballeros; pese a todos estos fallos de carácter histórico, no cabe duda que el Tribunal Supremo reitera aquí su convicción de vigencia del Fuero.

En cuanto a la Dirección General de los Registros, ha reconocido expresamente la operancia del Fuero del Baylio en las resoluciones de 19 de agosto de 1914, 10 de noviembre de 1926, 11 de agosto de 1939 y 9 de enero de 1946.

De entre ellas, la resolución de 10 de noviembre de 1926 declara paladinamente que el “Fuero del Baylio es una institución foral vigente en ciertas localidades del reino, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil, pues se trata de un régimen jurídico consuetudinario conyugal que no ha sufrido alteración por la publicación del Código”.

Hay todavía un argumento más, y éste de orden moral, en favor de la vigencia del Fuero del Baylio, como de cualquier precepto legal del que quiera establecerse su abrogación; y no se diga que estamos ante una institución civil y no ante una ley moral porque, salvo su mayor o menor jerarquía en el orden sobrenatural, una y otra son ley y ambas obligan a cumplimiento, si bien la infracción de la ley civil solo origina en definitiva una sanción de carácter patrimonial, y la de la ley moral, cuando no hay parvedad de materia, produce la catástrofe de la pérdida de la gracia.

Pues bien, según la Teología moral, y dejando a un lado los sis-

temas extremos, lo mismo el tuciorismo, condenado por jansenista, que llega a un respeto farisaico de la ley; que el laxismo, condenado dogmáticamente también; situándonos en el punto central que es el probabiliorismo, admitido por la casi totalidad de los teólogos, tendremos que hay que seguir la opinión favorable a la existencia de la ley a menos que la favorable a su inexistencia sea la más probable de todas, y en la pugna entre la ley ya en vigor y la que trata de derogarla, a menos que la opinión en favor de esta última sea absolutamente probable, hay que estar por la pervivencia de la ley que ha venido operando.

Por ello, en la duda, también por el argumento de orden moral habría que resolver la perplejidad en favor de la vigencia del Fuero del Baylio, que se ha venido aplicando en las pardas tierras extremeñas desde que los caballeros de la cruz “paté” se asentaron en Jerez de Badajoz, al que darían su nombre, allá por el siglo XIII. Como cantara nuestro Berceo:

*“En el tiempo del rey de la buena ventura,  
Don Ferrando por nome sennor de Estremadura”*

Cómo se vé, aparte de errores en la dinámica del Fuero, la jurisprudencia es contexte en reconocer la vigencia del Fuero del Baylio, opinión que refuerza la Teología moral.

Reconocida esta vigencia, para ser consecuentes, hay que poner a la comarca foral del Baylio en parigual con las restantes regiones forales y hay que complementar las Ordenes de 24 de junio y 23 de julio de 1947 y 10 de febrero de 1948, que dispusieron la constitución de comisiones de juristas de Aragón, Cataluña, Navarra, Baleares, Galicia, Alava y Vizcaya, disponiendo la formación de otra comisión para el Baylio, porque no hay razón que autorice esta irritante desigualdad, cuando este Fuero rige en una extensión doble a la del de Vizcaya y para una población sensiblemente igual a la sujeta a este fuero, y varias veces mayor a la que está sujeta al Fuero de Ayala.

“Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio”.

## VI. - Ambito personal del Fuero del Baylio

Concretada la extensión geográfica del Fuero del Baylio y demostrada su vigencia, veamos ahora qué personas quedan sometidas a su esfera de influencia. Se trata de un problema de derecho inter-regional que, de acuerdo con el artículo 14 del Código Civil, hay que resolver como una cuestión de derecho internacional privado a escala reducida.

Las normas que, por remisión, regulan esta materia, son los artículos 9, 10 y 11 del Código Civil que consagran la doctrina de los estatutos con cierta preferencia, que señala Castán, en favor del personal, de conformidad con la Base 2.<sup>a</sup> que mandó a los redactores de Código inspirarse hasta donde fuera conveniente, en el principio de la personalidad de los estatutos, conjugado con la doctrina de la nacionalidad, de la escuela italiana. Ello supone ser consecuente con el origen histórico de la comunidad de bienes en el matrimonio en todas sus formas que, como hemos visto antes, es de procedencia netamente germánica; porque los germanos profesaban el principio de la personalidad del derecho, según el cual el derecho de cada pueblo se consideraba patrimonio suyo cualquiera que fuese el país que habitaran; ésto explica el respeto que, por ejemplo, tuvieron los visigodos de España para la legislación hispano-romana, o los del reino de Tolosa para el derecho galo-romano del Midi (1).

(1) Dentro del reino franco, el más característico de los pueblos germanos y que fué el que estructuró, con la sola excepción de la España visigoda, todos los Estados sucesores del Imperio Romano, el principio de la personalidad del derecho se llevó a sus últimas consecuencias: no se limitó a respetar el dere-

También los israelitas propugnaban el principio de la personalidad del derecho, y no es esta la única coincidencia que pudiéramos señalar entre las instituciones del pueblo de Israel y la de los pueblos germánicos. Precisamente desarrollando esta coincidencia y estableciendo la teoría de que los pueblos germanos, al emigrar de la patria de origen de todos los pueblos indo-europeos, se asentaron en el sur de Rusia y Asia menor, que fué su segunda patria recibieron allí masivos aportes culturales judíos, de los que después ellos fueron vehículos, este modesto historiador del derecho tiene ultimado un trabajo de respetuosa réplica al de Hinojosa "El elemento germánico en el derecho español". El nuestro, que versará sobre "El elemento semítico en el derecho español", tratará de demostrar que todas las instituciones que Hinojosa encuentra en nuestros fueros de la época de la Reconquista y en las que vé una pervivencia del primitivo derecho germánico, reprimido y sofocado por el derecho oficial de la "Lex romana visigotorum", todas eran practicadas por el pueblo de Israel. Así, la venganza de la sangre, la pérdida de la paz, las ciudades de refugio, los conjuradores, la prenda extrajudicial, el retracto gentilicio, etc. y ello con una intensidad y vigor mucho mayor que la que alcanzaron entre los germanos. Por ejemplo, el pueblo judío destacaba entre los miembros del clan familiar uno, llamado "go'el", que tenía por misión específica la de ejercer la venganza de la sangre y cobrar la composición pecuniaria y además ejercitar preferentemente el retracto gentilicio y arrogar para sí el deber-derecho del levirato (1).

Nuestro derecho, pues, en el que en algunos aspectos convergen

cho de cada nacionalidad o tronco, sino que aún dentro de cada tronco contempla especialidades de estirpe. Dentro del tronco franco tenían derecho propio los salios, los ribuarios y los chamavos. La Lex Ribuaría (31,3) consagra el principio de la personalidad en la siguiente forma: "ut infra pago Ribuario tam Franci, Burgundiones, Alamanni seu de quacumque natione conmoratus fuerit, in iudicio interpellatus, sicut lex loci continet, ubi natus fuit, sic respondeat".

(1) Recuérdese a este respecto la historia de Ruth (Ruth, III y IV) en que ésta casa con Booz, pariente de su primer esposo y "go'el" suyo, que hace valer su derecho al levirato y al propio tiempo reclama que se le venda preferentemente el campo que Noemi, la suegra de Ruth, tenía necesidad de enajenar.

el germánico y el israelita, acoge abiertamente la doctrina de la personalidad en su artículo 9, que es una transcripción literal del artículo 3.º del Código francés. En opinión de Yanguas (1), el lenguaje estatuario, la universalidad de los principios y la personalidad del derecho son los tres conceptos salientes de la Base 2.ª que encuentra su entronque doctrinal en la técnica estatuaría en las teorías de Savigny y Mancini.

Consecuente con estos principios, la solución del Código es clara, tanto para los matrimonios celebrados en el extranjero (artº 1.325) como para los celebrados en España (artº 14 en relación con el 9): están sometidos a la ley nacional o foral del marido en la fecha de su celebración.

De acuerdo con ello la sentencia de 28 de enero de 1896 declaró que "con arreglo al estatuto personal y de acuerdo con la legislación portuguesa, los bienes inmuebles, aún situados en España, son comunicados entre los esposos portugueses, por ser dicha comunicación de derecho en los matrimonios de tal nacionalidad".

Que era esta la opinión del legislador, lo demuestra, —aunque ello no tenga ya virtualidad por haber desaparecido la zona española de protectorado en Marruecos— el artículo 13 del Dahir de 1 de junio de 1914 sobre la condición civil de los extranjeros y españoles en dicha zona, que determina que "los efectos del matrimonio respecto a los bienes cuando no se haya celebrado contrato se regularán por la ley nacional del marido en el momento de celebrarse el matrimonio".

En cuanto al derecho interregional, dado que el artículo 14 proyecta en el ámbito regional los preceptos de carácter internacional relativos a esta materia, todos los tratadistas y abiertamente Castán, Pérez y Alguer y Lasala Samper (2), opinan que en cuanto a la determinación del régimen económico matrimonial opera la ley personal regional del marido en el momento de celebrarse el matrimonio.

Así lo ha entendido para la comunidad foral vizcaína —que es la misma del Fuero del Baylio salvo que no es pura sino condicionada— la Dirección General de los Registros en resolución de 5 de oc-

(1) Yanguas Messia: "Derecho Internacional Privado". Madrid, 1944.

(2) Castán, op. cit. tomo I. Pérez y Alguer: notas a Ennecerus, tomo IV, vol. I. José M. Lasala Samper: "El régimen matrimonial de bienes. Derecho Internacional Privado e Interregional". Barcelona, 1954.

tubre de 1906 en la que declara que "la comunicación de bienes establecida por la ley 1.ª, título XX del Fuero de Vizcaya, obliga únicamente a los naturales de dicho país y no a los extraños a él, cuando se trate de bienes sitos en el mismo; pues aquel derecho, por referirse a la constitución económica de la familia y a la capacidad jurídica de los cónyuges con relación a los bienes aportados al matrimonio, se rige por la ley personal de los mismos y no por la del país donde radican los bienes, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 14 del Código Civil, y en este concepto y siendo la condición legal de la mujer la misma del marido, según el artículo 15, número 3, del propio Código, si, aún siendo aquella natural de Vizcaya, constase que ni por naturaleza ni por vecindad estaba sujeto el marido al Fuero de dicha provincia, ha de estimarse la sociedad constituida por el matrimonio estaba sujeta, a falta de contrato sobre los bienes, al régimen legal de gananciales, conforme al artículo 1.315". Ello consagra claramente el principio de la Ley personal regional del esposo.

En los Cuerpos legales internacionales se sigue igual doctrina. Así, el artículo 2.º párrafo 1.º, de la Convención de La Haya de 17 de junio de 1905 establece que, a falta de contrato, los efectos del matrimonio sobre los bienes se rigen por la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio. Aunque España no suscribió esta Convención, se trata de un precedente interesante (1).

La práctica forense de la zona del Baylio viene acatando tradicionalmente el principio de la personalidad en multitud de casos que conocemos resueltos de acuerdo con la ley regional del esposo (2).

Así por ejemplo, tenemos el caso de un rico hacendado de Oliva de la Frontera que casó con una señora también natural y vecina de Oliva, y que carecía en absoluto de bienes. El matrimonio se celebró en Badajoz y fallecido el marido sin sucesión, a pesar de haberse celebrado el casamiento en lugar no aforado y poseer bienes en pueblos no aforados, planteado el pleito en el Juzgado de Jerez de los Caba-

(1) Suscribieron la Convención Alemania, Bélgica, Italia, Países Bajos, Portugal, Rumanía, Suecia y Francia, si bien ésta la denunció en 23 de agosto de 1917.

(2) Debemos esta información al culto abogado de Oliva de la Frontera, Don Francisco Díaz Díaz, doble compañero nuestro en las letras y las armas.

lleros, se aplicó el Fuero del Baylio, llegándose luego a una transacción amistosa.

Otro caso: un individuo natural de Olivenza casó en Madrid con una acaudalada vecina de Madrid. El matrimonio no tuvo hijos y en una peregrinación a Lourdes en 1934, sufrieron un accidente de automóvil muriendo los dos. A pesar de haberse celebrado el matrimonio en Madrid, se consideró vigente el Fuero del Baylio y los herederos del marido percibieron una importante cantidad en un arreglo transaccional.

Por último, tenemos el caso contrario. En 1920 se casaron en Oliva de la Frontera unos novios, ninguno de los cuales era vecino del lugar, si bien la novia residía allí accidentalmente con un familiar suyo. El novio era carabinero, destinado en otro lugar y la novia era vecina de Barcelona. Pasado el tiempo, la novia heredó una gran fortuna del familiar con quien residía a la sazón de la boda. Como el matrimonio no tuvo hijos, a pesar de que nunca fueron vecinos de Oliva, fallecida la esposa, el marido —cosa natural— pretendió acogerse al Fuero del Baylio, planteando el pleito correspondiente, que se falló en su contra, declarándose que era irrelevante el estatuto formal porque el que operaba era el personal del marido en el momento de la celebración del matrimonio (1).

Así, pues todo abonaba la creencia de que los conflictos interregionales en materia económica-matrimonial, había que dirimirlos en todo caso por la ley regional del marido en el momento de contraer matrimonio, por lo que en lo que atañe al Fuero del Baylio deberían estar sometidos a éste, en defecto de capitulaciones, los matrimonios contraídos dentro o fuera del territorio del Fuero por dos aforados —determinándose esta condición de acuerdo con el artículo 15 del

(1) En la actualidad tenemos en nuestro despacho un caso análogo: un vecino de Hinojosa del Duque casa en Alburquerque con una vecina de esta villa. Fallecido el esposo, la viuda, que no había aportado bienes de clase alguna, hace la partición con los hijos mayores según el Fuero del Baylio, por el hecho de haberse celebrado el matrimonio en Alburquerque, donde rige el Fuero. Ahora los hijos entonces menores han planteado bajo nuestra dirección la nulidad de la escritura de partición, pretensión que tenemos vivísimas esperanzas de que prospere, aplicándose el derecho común de acuerdo con la ley personal regional del esposo.

Código— o por marido aforado y esposa de derecho común o de otro fuero.

A pesar de ello, sin la más leve motivación legal o doctrinal en que apoyarse, la Dirección General de los Registros en una resolución que se ha hecho tristemente famosa (1) y que es atacada por todos los tratadistas sin excepción, se pronuncia en favor del fuero del lugar de celebración del matrimonio.

Se trataba de determinar el régimen matrimonial en un caso en que el marido era aforado del territorio del Baylio y la contrayente era vecina de San Vicente de Alcántara, pueblo de derecho común, habiéndose celebrado en dicho lugar, domicilio de la esposa, el matrimonio. La Dirección General se pronunció en el sentido de afirmar que el régimen legal aplicable era, no el foral del Baylio al que pertenecía el marido, sino el de gananciales de la esposa, sentando la siguiente luminosa doctrina:

“Que si el asunto a que se refiere el recurso no presenta dificultad alguna cuando se trata de dos aforados que se casan en lugar donde rige el Fuero o que, aún siendo aforados, contraen matrimonio en localidad donde no rija, así como en el caso de ser el marido aforado y su consorte de derecho común, siempre que el acto se realice en lugar donde reina el Fuero, pues en todas estas situaciones debe regir la ley de origen, que es la del referido Fuero, con arreglo al criterio legal estatuario del Código Civil; sin embargo es distinto cuando el marido es aforado y la mujer pertenece a región donde rige el derecho común y el matrimonio se contrae en lugar donde no rige el Fuero, como ocurre en el presente caso porque aquí las opiniones se dividen entre los tratadistas, apreciando unos que la ley aplicable es la del marido, mientras otras estiman que debe someterse el régimen económico conyugal al derecho común, de acuerdo con el aforismo “locus regit actum”. Que esta última opinión parece la más ajustada al espíritu del derecho civil vigente porque sobre la razón expuesta existe el poderoso fundamento de que al verificarse el matrimonio en lugar en que no rige el Fuero es evidente que la voluntad presunta de los contrayentes ha sido la de someter el régimen económico matrimonial a los preceptos del derecho común y no al Fuero”.

(1) Res. 10 noviembre, 1926.

Los más autorizados especialistas: Yanguas, Castán, Trias de Bes, Pérez y Alguer, Lasala, Batlle, Goldschmidt y tantos otros, con toda la razón, claman contra esta resolución afirmando que contradice abiertamente el párrafo 3.º del artículo 15 del Código Civil —que manda que en todo caso la mujer siga la condición del marido—; que es inexacto que existan discrepancias doctrinales acerca de la ley que deba regir las relaciones patrimoniales en estos casos; y que el alcance de la regla “locus regit actum” se limita solo y exclusivamente a las formas o solemnidades externas y no a la esencia ni a los efectos del acto o contrato.

Destaca entre todos por su agresividad el profesor Trias de Bes que opina que no puede haber otra razón sino es el centralismo político para que se haya dictado una resolución así, porque, según él, en razones de este tipo “se inspiran una buena parte de las decisiones del Tribunal Supremo y de la Dirección General, marcando una tendencia acusadísima a negar la aplicación de las leyes regionales, sustituyéndolas con los preceptos del Código Civil” (1).

Olvidan sin embargo estos ilustres autores una razón todavía más poderosa, por sencilla, para que no pueda inducirse la renuncia tácita al régimen del Fuero del simple hecho de haberse contraído el matrimonio en lugar de derecho común. En efecto, el matrimonio se ha celebrado en San Vicente de Alcántara, población donde la esposa estaba domiciliada, lisa y llanamente en cumplimiento del párrafo 2.º del canon 1097 del Código de Derecho Canónico, precepto que determina que el matrimonio debe celebrarse ante el párroco de la esposa. No hay, pues, voluntad presunta sino simplemente cumplimiento de una prescripción canónica.

Por fortuna esta doctrina, francamente heterodoxa, no ha vuelto a repetirse ya que lo mismo el Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza que las compilaciones de Derecho foral promulgadas hasta la fecha, se pronuncian decididamente en favor de la ley personal del esposo en el momento de celebrarse el matrimonio.

El Congreso de Zaragoza, que ha sido el fermento de todo el movimiento de compilación foral en marcha, en el que queremos alinear al Fuero del Baylio, en su conclusión definitiva segunda aprobó por unanimidad que “el régimen económico del matrimonio que-

(1) Trias de Bes: “Derecho Internacional Privado. Sistema del Derecho Español positivo”, pág. 81. Barcelona, 1932.



dará determinado, en defecto de capitulación, por la ley común o foral del marido al tiempo de contraerlo y no sufrirá variación por cambio de regionalidad o de leyes”.

En cuanto a las compilaciones forales, la más afín al Fuero del Baylio, la del Derecho Civil de Vizcaya, promulgada por ley de 30 de julio de 1959, se pronuncia claramente en favor de la ley regional del esposo al celebrarse el matrimonio. Así su artículo 42 dice que “a falta de contrato sobre los bienes, cuando el marido fuere vizcaíno infanzón en el momento de celebrarse el matrimonio, se entenderá contraído éste bajo el régimen de la comunicación foral de bienes”.

Por tanto, en la actualidad, pese a la resolución de la Dirección General de los Registros de 10 de noviembre de 1926, se regirán por el sistema económico de comunidad universal establecido en el Fuero del Baylio, independientemente del lugar de su celebración, los matrimonios en que los dos contrayentes o solo el marido sean aforados.

Esta cualidad de aforado se determinará, no por la costumbre y la práctica extremeña, sino por el artículo 15 del Código Civil que, por estar incluido en el título preliminar, ha derogado las normas forales en la materia, complementado dicho precepto por el Real Decreto de 12 de junio de 1899. Así, serán aforados del Baylio:

1.º Los hijos de padres sujetos al Fuero, aunque hayan nacido fuera del territorio de aplicación del mismo.

2.º Los hijos de padre y en su defecto, o por ser desconocido, de madre aforada, aunque hubieren nacido en provincias donde rija el Código u otra legislación foral.

3.º Los nacidos en cualquiera de los diez y nueve pueblos del Fuero de padres sujetos al Código o a otra legislación foral, si los padres durante la menor edad del hijo o éste dentro del año siguiente a su mayoría, hacen la oportuna declaración.

4.º Los que hubieran ganado vecindad en cualquiera de los diez y nueve municipios del Fuero, por residencia de diez años sin manifestación expresa o de dos años con declaración expresa al efecto.

5.º La mujer que se case con aforado.

Y ello sin excepciones de orden público, porque en derecho interregional no opera esta noción, que tanto juega en derecho internacional privado, ya que las normas vigentes en una parte del territorio nacional no pueden en manera alguna resultar escandalosas para la concepción moral reinante en otra parte del mismo.

## V. - Momento en que se produce la comunicación de bienes

Admitido que a virtud del Fuero del Baylio todos los bienes que aporten los cónyuges al matrimonio o adquieran durante él por cualquier título, se comunican, interesa saber en qué momento se produce esa comunicación, merced a la cual lo que era de uno de ellos se hace de los dos, mejor dicho, de la sociedad conyugal.

Parece que no debiera discutirse que, siendo la comunidad de bienes una institución, como señala Castán, nacida por y para el matrimonio, aquella comunicación se produzca en el momento de la celebración de las nupcias. Sin embargo en la práctica la cosa no es tan simple. En el derecho histórico nacional y extranjero, en los casos en que actuaba la comunidad universal, se daba la siguiente casuística:

1.º—Comunidad iniciada al celebrarse el matrimonio: Fuero de Vizcaya, Fuero del Baylio, Ordenações portuguesas, Costumbre de Sens y Costumbre de Auxerre. En cuanto a la comunidad universal paccionada, esta se consideraba iniciada con el matrimonio en la hermandad llana aragonesa y en el “agermanament” de Tortosa.

2.º Comunicación originada con la consumación del matrimonio, con la “unitas carnis”: Costumbre de Palermo y Costumbres de la Alta Alsacia llamadas de la Ferrette.

3.º Comunicación producida al año y día del matrimonio: Fuero de Evieco.

4.º Comunicación causada al nacer un hijo: Costumbres de Cerdeña, Corleone, Messina, Istria y Friul, Costumbres de Flandes y Artois y Costumbres de Vrenin.

Así, pues, hay todo un elenco de soluciones.

En realidad creemos que para poder determinar con exactitud

técnica el momento en que se realiza la comunicación de bienes, prescindiendo de fórmulas empíricas, hay que hacer un estudio previo de la naturaleza del condominio que define la comunidad conyugal.

Como han dicho acertadamente Bonfante y Barassi, el individuo y la Sociedad son los dos polos en torno a los cuales gira todo el problema del concepto y estructura de la comunidad. Si la cuestión se resuelve a favor del grupo social, estaremos ante una comunidad de tipo germánico o en mano común; si el dilema se soluciona con sentido individualista, tendremos la comunidad de tipo romano o por cuotas partes.

¿A cuál de estas dos modalidades pertenece la comunidad universal de bienes consagrada en el Fuero del Baylio?

Hay que tener en cuenta que, principalmente después de la nueva redacción dada al artículo 1.413 del Código Civil por la Ley de 24 de abril de 1958, que exige la intervención de la mujer para los actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles de la comunidad conyugal, ya no hay una diferencia de esencia sino solo de extensión entre el sistema de gananciales y el de comunidad universal. Por ello los argumentos que para la determinación de la naturaleza de la comunidad se den para aquél, valdrán para éste.

Ya antes de la ley de 24 de abril de 1958, todos los autores con la sola excepción de Royo (1) —el llorado profesor de Sevilla, tan ingenioso y personal siempre— a partir de la obra de Castán "Dogmática de la sociedad de gananciales" que en 1929 marcó un jalón transcendental en la materia, todos configuran a la comunidad de ganancias como una comunidad en mano común con arreglo a la técnica germánica. Así, Roca Sastre (2), Pérez y Alguer (3), Hernán-

(1) M. Royo Martínez: "Derecho de Familia". Sevilla, 1949.

(2) Roca Sastre: "La comunidad de gananciales. Destino de éstos en caso de renuncia", en Rev. Crit. Der. Inm. VI.

(3) Pérez y Alguer y Castán: notas al Derecho de Familia de Kipp y Wolff.

dez-Ros (1), García Granero (2), Lacruz Berdejo (3), Espín (4), Bonet (5), De Castro (6), Flórez de Quiñones (7) y, últimamente, Beltrán de Heredia (8).

Aceptado ésto, —aunque, como dice Beltrán de Heredia, el sistema de la propiedad en mano común sea difícilmente comprensible para una mentalidad latina— por la naturaleza de este tipo de comunidad, el propietario de la cosa no lo son los comuneros individualmente considerados, sino el complejo, la colectividad, la totalidad de los partícipes. Es esta colectividad o pluralidad como tal la que tiene la propiedad de los bienes comunes y como consecuencia es a ella a quien corresponde el poder de disfrute y de disposición.

De aquí que nuestra normación común sobre los gananciales, antes de la ley de abril de 1958, no fuera absolutamente consecuente con la filosofía de la mano común, ya que prescindía de uno de los comuneros: la mujer, en los actos de disposición sobre inmuebles de la comunidad. En cambio, no incurría en esta inconsecuencia el antiguo derecho aragonés contenido en el fuero "Ne vir sine uxore", de la Compilación de 1.247, ni la vieja Costumbre de París, al menos hasta finales del siglo XIV, en que actualizaba el brocardo "la femme est aussi grande que l'homme dans les conquets". Sin que obste el hecho de que estos Cuerpos legales establecieran la comunidad de muebles y ganancias porque, como hemos apuntado, la distinción no es sustancial sino cuantitativa.

El Tribunal Supremo, por su parte, parece recoger esta misma

(1) Hernández-Ros: "Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal", en Rev. Der. Priv. 1943.

(2) García Granero: "Cotitularidad y comunidad", en Rev. Crit. Der. Inm. 1946.

(3) Lacruz Berdejo: "En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código Civil". Madrid, 1950.

(4) D. Espín: loc. cit.

(5) F. Bonet: loc. cit.

(6) F. De Castro: loc. cit.

(7) Florez de Quiñones: "Comunidad o servidumbre de pastos", en Rev. Der. Priv. 1933.

(8) J. Beltrán de Heredia: "La comunidad de bienes en el derecho español". Madrid, 1954.

doctrina al declarar que "la mujer no está legitimada hasta el momento de la disolución del matrimonio para pretender una parte de los gananciales" (1) y que "la sociedad de gananciales constituye una entidad jurídica distinta de la personalidad del marido y de la mujer" (2).

La Dirección General de los Registros, más explícita, ha declarado reiteradamente que "la comunidad conyugal de bienes constituye una forma de comunidad en mano común que origina la constitución de un grupo patrimonial con bienes, derechos, obligaciones, cargas y régimen específico, sin atribución de cuotas determinadas ni valores económicos independientes concretados en participaciones proindiviso de la masa total y sin que se pueda pedir la división de la cosa común" (3).

Así, pues, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia no hay duda de que la comunidad conyugal de gananciales y con mayor razón si cabe la del Fuero del Baylio, constituyen una modalidad purísima de la "zur gesamte Hand".

Esto sentado, pasemos a contestar al interrogante de en qué momento se produce la comunicación de bienes en la comunidad foral del Baylio.

Hemos examinado la multitud de soluciones que en el derecho histórico se han venido dando al problema de la determinación del nacimiento de la comunidad en los casos en que era de aplicación la comunidad universal. En lo que atañe al Fuero del Baylio, tradicionalmente se ha venido estimando que la comunicación nacia con el matrimonio. Lo mismo, si bien con refrendo legal, ocurría en Portugal ya a partir de las Ordenações alfonsinas de 1446, en las que hay registrada una ley al libro IV, título XII, referente a la carta "a metade", que establece que "tanto que o casamento he consumado, a molher he feita meeira en todos os bees"; de aquí, a través de compilaciones posteriores, se llegó al artículo 1.117 del Código Civil de 1.º de julio de 1867 que determina que "o dominio e posse dos bens comuns está en ambos os conjuges en quanto sussiste o matrimonio".

(1) Sentencias, 28 febrero, 1898 y 22 diciembre 1927.

(2) Sentencia, 22 mayo 1915.

(3) Resoluciones, 11 octubre 1941, 30 marzo 1943 y 8 noviembre 1944.

Nuestro Código Civil en el artículo 1.393, con referencia a la comunidad de gananciales de derecho común señala que la misma empieza el día de la celebración del matrimonio, siendo nula cualquier estipulación en contrario; precepto que, en opinión de Castán, Roca Sastre, Bonet y multitud de autores, vale para cualquier forma de comunidad matrimonial y, por tanto, para la comunidad general (1).

Nadie, pues, pone en duda que la comunidad universal establecida por el Fuero del Baylio se origina con la celebración del matrimonio "in facie Ecclesiae". Es decir, hay una discrepancia y de peso. El Tribunal Supremo en sentencia de 8 de febrero de 1892 vino a declarar lo contrario (2).

El caso llevado al alto Tribunal era éste. Por ser los cónyuges vecinos de Alconchel, operaba el Fuero del Baylio. Había grandes desavenencias entre los esposos y cuando ya, por razones biológicas, no había esperanza de tener hijos, el marido, con el fin indudable de sustraer a la comunidad los bienes que él aportara, enajenó a su madre las fincas que él había llevado al matrimonio, enajenación realizada contra la voluntad de la esposa. Esta, que veía desaparecer de la comunidad los aportes del marido, quiso sustraer también los suyos y al no obtener licencia marital para disponer de ello, entabló ante el Juzgado de Olivenza demanda con la pretensión de que se declarase la nulidad de la enajenación realizada por el marido sin su intervención como comunera.

El Juzgado, que vivía en el ambiente del Fuero, donde se venía exigiendo de siempre la colaboración de la esposa para cualquier acto que comprometiera los bienes inmuebles, dictó sentencia, verdadera pieza jurídica, declarando la nulidad de la venta en cuestión.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Cáceres, más

(1) Últimamente la Ley de 21 julio 1960 sobre compilación del Derecho Civil de Cataluña establece que la normación dictada para los gananciales es subsidiaria de la de la comunidad universal, ya que declara, en relación con el "agermanament" de Tortosa que, en lo no previsto, se regirá por lo dispuesto para la asociación a compras y mejoras del campo de Tarragona que, como se sabe, es una comunidad de ganancias.

(2) Puede señalarse en el campo doctrinal una discrepancia en esta materia: la del profesor Royo que pretende que hasta para los gananciales debería admitirse que la comunidad no se inicie hasta el nacimiento de un hijo.

distante geográfica y espiritualmente del corazón del Fuero, revocó la sentencia de primer grado y entonces la parte demandante planteó recurso de casación invocando como infringidos el Fuero del Baylio y el artículo 130 del Reglamento Hipotecario de 1870, vigente entonces. El Fuero del Baylio porque al establecer la comunidad de bienes entre cónyuges impide a uno solo de ellos enajenar los inmuebles sin consentimiento del otro; y el artículo 130 del Reglamento Hipotecario en cuanto mandaba que debían inscribirse en el Registro como bienes comunes los que según fueros o leyes lo fuesen.

El Tribunal Supremo desestima el recurso declarando que “la observancia mandada guardar por la ley 12, título IV, libro X de la Novísima Recopilación del Fuero llamado del Baylio, en la villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos en que era costumbre, no consiste, según los términos de la citada ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio sino en comunicarlos y sujetarlos todos a partición como gananciales al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en que con arreglo a la legislación común se determina este carácter en los que excedan de las peculiares aportaciones de los cónyuges y por tanto que durante el matrimonio pueden los sometidos a dicho Fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio”.

Los autores que como Castán, Pérez y Alguer y Bonet, atacan más moderadamente esta sentencia, lo menos que dicen es que no es admisible desde el punto de vista histórico y racional y el sentido de la legislación portuguesa y de la práctica extremeña anterior a dicha sentencia. En efecto, todos los Notarios a quien hemos consultado, en la encuesta relativa al momento de iniciación de la comunidad han contestado unánimemente que hasta el año 1892 —fecha de la famosa sentencia— se consideraba sin lugar a dudas que la comunidad nacía con el matrimonio.

Roca Sastre, más severo, señala que de seguirse la doctrina de esta sentencia y la de su secuela la resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de agosto de 1939, se llegaría a la conclusión pintoresca y absurda de que la comunidad, establecida al servicio del matrimonio, solo surtiría efectos en el interregno comprendido entre la disolución del matrimonio y el momento de formalizarse las operaciones de liquidación de la comunidad. ¡Para eso no valía la pena establecer una comunidad ni siquiera reducida!

Todos los autores extremeños arremeten abiertamente contra la sentencia en cuestión, pero de ellos, a nuestro juicio, quien ha calado más hondo en la labor crítica realizada de forma inexorable pero exacta, ha sido Martínez Pereda en el artículo a que antes nos hemos referido de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario de mayo de 1925.

Afirma este documentado autor que las declaraciones contenidas en el Considerando antes transcrito son históricamente falsas, doctrinalmente inadmisibles y llevan —o llevaban antes de la Ley de abril de 1958— a consecuencias prácticamente injustas.

Son históricamente falsas porque la Pragmática de Carlos III —recogida un tanto arbitrariamente en la Novísima Recopilación— no vino a resolver nada más que la duda sobre la vigencia del Fuero en Alburquerque, pero no sobre el sentido o alcance del Fuero, y ni siquiera las palabras que de dicha pragmática se recogen en la sentencia: “todos los bienes que los casados aportan al matrimonio o adquieran durante él por cualquier causa se comunican y sujetan a partición como gananciales”, son de las de la parte dispositiva ni aún del informe de los Fiscales del Consejo de Castilla —Campomanes y Floridablanca— sino que quien las pronuncia es el personero de la villa de Alburquerque en el asunto en cuestión, Don Alejandro Gutiérrez Durán.

Pero es que aunque esas frases no estuviesen interpoladas en la Novísima y fueran auténticas, siempre había que tener en cuenta que los verbos “comunicar” y “sujetar a partición”, separados por la conjunción copulativa “y”, señalan dos momentos de la vida de la comunidad conyugal, distanciados nada menos que por toda la duración del matrimonio, porque el “se comunican” se refiere al instante de la celebración del sacramento y el “se sujetan a partición como gananciales” atañe ya a la hora de la disolución de la sociedad conyugal.

Son doctrinalmente inadmisibles aquellas declaraciones, porque la comunidad conyugal no se concibe sino como un régimen entre cónyuges y para cónyuges, ni tiene otra finalidad esencial que la de igualar patrimonialmente a ambos esposos; no se puede concebir una tan amplia comunidad sino como un régimen por y para el matrimonio.

Por último —y seguimos glosando a Martínez Pereda— las consecuencias que se han derivado de tal sentencia son injustas en la prác-

tica, pues pone a la mujer en un plano de vergonzosa inferioridad con respecto al marido, cuando el espíritu de la comunidad universal es el de poner en pie de igualdad social y sentimental a los esposos.

Este último argumento no tiene ya actualidad después de la Ley de 24 de abril de 1958 que incluso para la disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter ganancial exige la intervención de la mujer, pero sí tiene densidad suficiente para evidenciar el desconocimiento de la técnica de la propiedad en mano común que la sentencia que combatimos rebosa a raudales.

Antes de desnaturalizar esta institución ¡cuánto mejor hubiera sido declarar invigente el Fuero!; porque lo que no se puede hacer es incurrir en el mosaiquismo, en el sincretismo jurídico, recortando las instituciones, escogiendo tal o cual detalle o aspecto y rechazando otros. Hay que ser fiel a la filosofía de toda institución. No cabe, como con mentalidad funambulesca quería Sagasta interpretar la Constitución del 76 con el espíritu de la del 69.

Y ya que hemos aludido a la Restauración vamos a parar nientes en la figura del Letrado de la parte recurrida en el pleito que resolvió la sentencia de 8 de febrero de 1892 y que era nada menos que Don Antonio Maura del que alguien ha dicho, queremos recordar que Goicoechea, que era el orador perfecto hasta en su morfología, y cuyo poder suasorio pudo influir, con toda buena fe, en la formación del criterio valorativo de los ilustres Magistrados del Tribunal Supremo en aquella ocasión. Don Antonio estaba entonces en el cénit de su prestigio profesional y político, a punto de ser ministro de Ultramar, una de las carteras más importantes en los gobiernos anteriores a 1898, en el llamado gabinete de altura que incluyó a todas las eminencias del partido liberal, al que todavía pertenecía en aquellas fechas este ilustre hijo de la dorada isla de sol y piedra.

Pero hay un dato curioso que denota, no ciertamente que Don Antonio Maura se traicionase a sí mismo en aquel juicio, afirmando que la comunidad de bienes del Fuero del Baylio no nacía hasta una vez disuelto el matrimonio, sino que demuestra que la mente del abogado, como la conciencia del hombre en el sentir de Bergson, no se encara siempre en la misma disposición con una realidad o problema concreto, sino que tiene multitud de cambiantes y facetas en las que juega un noble apasionamiento —la serenidad quede para el

Juez— y que, aún dentro de la más estrecha honestidad profesional, nos lleva a conclusiones dispares en casos análogos.

Pues bien, veamos contra el criterio anterior del señor Maura, su opinión en un caso sometido a su consideración relativo al Fuero de Vizcaya. Ya se sabe que la comunidad de bienes estatuida legalmente en este Fuero es también universal como la del Baylio, pero no tan firme como ésta, porque está condicionada a la supervivencia de descendientes. Se discutía incluso si nacía la comunidad general sujeta a condición resolutoria o nacía la comunidad limitada de ganancias sujeta a la condición suspensiva de que haya descendientes. Esta duda la supera brillantemente Maura en un dictamen de fecha 6 de abril de 1919, (1) que, con prosa limpia y ceñida, dice así:

“El Letrado que suscribe, respetuoso con el parecer ajeno, opina sin titubear que el casamiento determina ipso facto, por ministerio de la Ley la existencia de la hermandad entre marido y mujer. Si no naciese desde luego la comunidad universal de aquel otorgamiento, ningún otro acto ulterior se podía señalar como determinante de tales efectos jurídicos. Si la hermandad de bienes no fuese el régimen inicial congénito de la sociedad vizcaína entre los cónyuges, ocurriría el absurdo de carecer aquella familia de toda constitución jurídica en el orden económico; de modo que el régimen le sobrevendría cabalmente al disolverse el matrimonio, haciéndose póstumo lo que como nativo pide la necesidad...; y a quien no estuviese convencido, debería rendirle una compendiosa advertencia, que vale sola por numerosas razones, a saber: que si durante el consorcio se dejase al marido la libre y omnimoda disposición de los capitales aportados por él mismo o por la mujer, quedaría subordinada a su solo albedrío la hermandad foral que se estatuye como asiento del régimen familiar y se trocaría en ilusorio el derecho conferido a la mujer”.

Ningún argumento mejor que estas palabras exactas y rotundas para tirar por tierra la desafortunada sentencia de 8 de febrero de 1892 que el propio Don Antonio Maura lograra veintisiete años antes de haber emitido este dictamen. Desde entonces sus convicciones se habían sedimentado sobre los desengaños e injusticias que sufriera por parte de tirios y troyanos, zegries y abencerrajes, pero ello ya no

(1) A. Maura: “Dictámenes”, T. VI. dictamen 1. Barcelona, 1955.

era bastante para enmendar el perjuicio que aquella pobre esposa de Alconchel sufriera como consecuencia de esa sentencia.

De sabios, y de sabios honrados, es mudar de opinión, pero no fué solo Maura quien cambió de criterio. El propio Supremo Tribunal de Justicia en sentencia de 28 de enero de 1896, que ha pasado generalmente desapercibida porque se refiere a un caso de aplicación de la ley portuguesa y solo de pasada al Fuero del Baylio, incidentalmente y cuando ello no era necesario, pero como si quisiera nuestro más alto Tribunal aprovechar la oportunidad que se le presentaba para borrar el precedente de febrero de 1892, viene a declarar que "el matrimonio en Portugal, siguiendo lo establecido en el Fuero del Baylio, produce la comunicación ipso facto entre los cónyuges de todos sus bienes presentes y futuros". Con lo cual aún a riesgo de vulnerar la Historia, estableciendo una paternidad del Fuero del Baylio sobre la ley portuguesa, que no existe, se enmienda la doctrina anterior y se señala la sana dirección jurisprudencial.

A pesar de ello la Dirección General de los Registros, haciendo caso omiso de esta rectificación, ha seguido manteniendo en varias resoluciones, principalmente en la de 19 de agosto de 1914 y en la de 11 de agosto de 1939, ambas en el mes de agosto, en el largo y cálido verano que por lo visto es poco propicio al Fuero del Baylio, la misma doctrina equivocada de la sentencia de 8 de febrero de 1892.

De todos modos, no se habrían subvertido las estructuras de la institución con la sola sentencia de 8 de febrero de 1892, si se hubiera ponderado en sus justos términos el valor de una única sentencia del Tribunal Supremo. El valor de estas sentencias, aparte de su siempre interesante consistencia doctrinal, nace de la posibilidad de basar en ellas el recurso de casación por infracción de doctrina legal al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y ¿qué habría pasado si los Juzgados de la zona del Baylio y la Audiencia de Cáceres hubieran dicho en lo sucesivo, a pesar de la sentencia de febrero de 1892 que los bienes se comunicaban en el momento del matrimonio? Sencillamente nada, porque la parte a quien perjudicasen tales sentencias en grado de apelación no habría podido articular frente a ellas un recurso de casación por infracción de ley, porque una sola sentencia no constituye doctrina legal, y esto si que es declaración constante y reiterada del Tribunal Supremo. Solo a tí-

tulo de ejemplo pueden citarse las sentencias de 20 de diciembre de 1927, 6 de enero de 1933, 7 de marzo de 1933, 29 de octubre de 1934, y 27 de marzo, 17 de abril y 20 de diciembre de 1952, todas las cuales enseñan que una sola sentencia no constituye jurisprudencia y que ello tiene por única finalidad el que no se considere como fuente indirecta de derecho, y por tanto de ineludible cumplimiento, la doctrina consignada en una sola resolución.

Sin embargo, la tan repetida sentencia de 8 de febrero de 1892, ha marcado inexplicablemente una época en la vida del Fuero del Baylio y ello a pesar de la rectificación contenida en la de 28 de enero de 1896. Por lo visto, estamos ante un caso de fetichismo jurídico.

En la actualidad, por encima de cualquier opinión por muy respetable que sea, la Ley de 30 de julio de 1959 sobre compilación del Derecho Civil de Vizcaya y Alava, en sus artículos 43, 44, 45, 47 y 49 señala que la comunicación foral vizcaína —que es la misma del Fuero del Baylio solo que no pura sino condicionada— se inicia con el matrimonio mismo, si bien queda sujeta a la condición resolutoria de que el matrimonio se disuelva sin dejar descendientes. Esto, naturalmente, vale plenamente para el Fuero del Baylio, institución análoga y en la cual la comunidad universal es más enérgica porque no está condicionada a ningún evento posterior.

A partir de ahora, creemos que los Jueces y los Registradores de la comarca del Fuero del Baylio, deben atemperarse a la incontrovertible realidad de que la comunicación universal de bienes prescrita por el Fuero se origina en el momento mismo de celebrarse el matrimonio.

## VI. - Tratamiento hipotecario del Fuero del Baylio

Hemo examinado ya las cuestiones que suscita el Fuero del Baylio en cuanto a vigencia, determinada en función de su vivencia y del carácter de derecho foral de la institución; hemos delimitado el ámbito geográfico y personal del Fuero y hemos establecido el momento en el cual se produce la comunicación total de bienes entre los esposos. Estudiemos ahora el tratamiento registral del Fuero del Baylio.

Debo confesar que a mi, devoto de la historia de las instituciones, cuando he contemplado el desenvolvimiento histórico en nuestra patria del que hoy llamamos derecho hipotecario, me han sorprendido tres cosas: una, el hecho de que se le llame precisamente derecho hipotecario, estrechando su campo de aplicación, en vez de derecho inmobiliario registral como apuntan Lacruz Berdejo y Sanz Fernández; otra, el precoz desarrollo que ha tenido entre nosotros esta parcela del derecho y su sentido inicialmente progresivo, que solo han logrado recientemente otros sistemas hipotecarios, como por ejemplo el francés a partir de la reforma llevada a cabo en 4 de enero de 1955; y otra, que toda esa legislación, no emanada espontáneamente del poder real sino pedida insistentemente por las ciudades, se limite exclusivamente hasta la publicación de la Ley de 1861 a regular la intabulación de hipotecas, censos y demás limitaciones y gravámenes y no se ocupe para nada de los derechos reales de carácter positivo, entre ellos el dominio.

El primero de estos motivos de sorpresa, el de por qué se le ha llamado a esta disciplina derecho hipotecario, se explica por una razón de extensión del nombre de la ley de 1861 a la que se le llamó Ley Hipotecaria; y a esta ley se le llamó hipotecaria, en opinión de

Núñez Lagos, no porque su contenido se refiriese unilateralmente a las hipotecas, sino por razones de táctica política; porque en aquella época un Código de reforma que hubiera incluido en su título la palabra "propiedad", dando pie a que se entendiera que la reforma se refería a la propiedad, hubiera parecido revolucionario y hasta hereje; ¡Por poco más de eso se condenó a los husistas en el Concilio de Constanza!

Es probable que un gobierno nominalmente liberal, pero de hecho de lo más moderado, como era el que, también nominalmente, presidía O'Donnell pero de hecho Posada Herrera —el llamado Gran Elector por sus habilidades electorales— no se atreviera a denominar a una ley reformadora con un título que pudiera entrañar un menoscabo del concepto absoluto que se tenía entonces de la propiedad. Pero, discrepando de Núñez Lagos, creemos que la razón fundamental por la cual se le llamó Hipotecaria a la ley de 1861, fué la inercia, la pereza mental: porque así se le venía llamando a toda la legislación anterior en la materia, que se refería casi exclusivamente a las hipotecas (1).

Para explicar el temprano desarrollo que tuvo en España el derecho inmobiliario, no cabe otra razón que la de que este derecho vino a llenar una necesidad también muy tempranamente sentida. Los españoles hemos sido de siempre un pueblo de deudores, quizás por lo elemental de nuestro sistema crediticio rural y por la represión del préstamo a interés, que al hacer arriesgado el negocio, encarecía la mercancía-dinero; desde los tiempos del antañón contrato de "pecunia traiecitia", el interés ha estado en razón directa del riesgo que corría el acreedor. Esto nos ha puesto en manos del mercado negro del dinero y nos ha creado una mentalidad de deudores profesionales. Todas estas represiones del libre juego de la oferta y la demanda,

(1) Uno de los más característicos ejemplos de nuestra pereza administrativa es el que hasta hace muy poco nos ha venido ofreciendo el Organismo encargado de expender los efectos timbrados. Los impresos oficiales para los contratos de arrendamientos urbanos, todavía, hasta hace solo unos meses, en su margen recogían, como si fuera la normación vigente, los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil relativos a la locaciones urbanas, cuando hace muchos años que esta preceptiva está derogada por la legislación especial en la materia.

repercuten a la larga en contra de la parte a quien se quiere favorecer, a menos que los Poderes Públicos dispongan en cualquier momento de un "stock" de bienes de los que se quiere abaratar, llámese dinero, viviendas o artículos de abastos, porque de no tenerlo, se cae en el encarecimiento del mercado negro, y en manos del mercado negro del dinero han estado los españoles hasta hace muy poco.

Recuerdo a este respecto la ocurrencia de un querido amigo, muy ingenioso, que me decía que él no creía en el sufragio universal porque resultaba tremendamente fácil polarizar al cuerpo electoral sobre un candidato con tal que se le ofreciera un programa atrayente, y él tenía el más interesante de los programas electorales para cualquier español: la redención o al menos una larga moratoria para todas sus deudas (1), con lo cual al ser infinitamente mayor el número de deudores que el de acreedores, estaba seguro de lograr una aplastante mayoría.

Si, hemos sido y somos un pueblo de deudores y ello explica el gran prestigio que entre nosotros han tenido siempre los banqueros, ya sean los Santangel, con Fernando el Católico, los Fucar, con Carlos V o los Salamanca con Isabel II, por limitar nuestra enumeración en el tiempo, y como contrapartida, siempre ha resultado popular y ha tenido "buena Prensa" el burlar a banqueros y prestamistas. A veces estos engaños, que hoy estarían tipificados como verdaderas estafas, han constituido un nimbo de algún personaje de leyenda, como en el caso del Cid cuando engañó a los prestamistas judíos sacándoles dinero contra los supuestos tesoros escondidos en unas arcas cerradas. En cierto modo en esto el Cid ha sido como un precursor del famoso timo del sobre, sin que la ingeniosa salida de que en aquellas arcas, en defecto de oro auténtico, estaba enterrado el oro de su palabra, sirviese para desdibujar lo que era una figura delictiva a todas luces.

El tercer motivo de sorpresa, el de que la normación tradicional en nuestro derecho inmobiliario se limitase a regular las hipotecas y censos, se explica, de una parte por ese predominio de los banqueros

(1) Podría señalarse un ilustre precedente a esta hipotética redención de deudas: la institución del año sabático judío que, cada siete años, establecía una liberación de estas obligaciones; si bien, parece ser que se trataba de un precepto que, en la práctica, se soslayaba frecuentemente.



—profesionales o “dilettanti”— en la vida nacional, y de otra por la necesidad de las ciudades de ofrecer a los presuntos acreedores las mayores garantías en sus inversiones.

Lo mismo la pragmática de Don Carlos y Doña Juana de 1528 sobre el censo consignativo, que la de los mismos reyes en 1539, estableciendo el carácter constitutivo de la inscripción de hipotecas y censos, que la pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768 aprobando el reglamento redactado por los Fiscales del Consejo de Castilla: Campomanes y Floridablanca —los mismos de la pragmática que reconoció la vigencia del Fuero del Baylio para Alburquerque—, en cuyo reglamento se creaban los Oficios y Contadurías de Hipotecas; todos estos cuerpos legales no hacían en definitiva otra cosa que dar seguridades a los banqueros de que su dinero, con el que afectaban los bienes inmuebles, quedaba asegurado.

Ello era un fruto más del predicamento que alcanzaron en España los banqueros judíos o alemanes, lo que prácticamente viene a ser lo mismo. Benavente decía humorísticamente (1) que si todos los alemanes no son judíos, sí, desde luego, todos los judíos que él conocía eran alemanes. Exageraba nuestro Premio Nobel porque hay muchos judíos por los Balcanes, Turquía y Marruecos, que se sienten hijos de España, que aún emplean nuestro idioma, bella y arcaicamente cristalizado y aún lloran la expulsión de su pueblo de nuestra patria en este día triste, el día nueve del mes de Abb, en cuya misma fecha ocurrieron a lo largo de los siglos todas sus desgracias: la primera y segunda destrucción del Templo y su expulsión de España (2). Y es que hay días que tienen “jettatura”.

Salvando esta disgresión, nuestra legislación hipotecaria, no podía volver la espalda al fenómeno del condominio en mano común originado por las especialidades legislativas que establecían el régimen de comunidad universal.

(1) Jacinto Benavente: “Cuando los hijos de Eva no son los hijos de Adán”.

(2) La primera destrucción del Templo tuvo lugar en 586 a. C. y la segunda en el año 70 d. C. En cuando al edicto de expulsión de los judíos en tiempo de los Reyes Católicos es de fecha 31 de marzo de 1492. Claro que todavía en aquella fecha no podía hablarse de Reyes Católicos porque ese título no se les concedió por Alejandro VI hasta 1496.

Ya el artículo 130 del Reglamento Hipotecario de 1870 exigía que se hiciera constar por medio de nota marginal el carácter comunitario de los bienes que con arreglo a fueros y costumbres pertenecieran a la sociedad conyugal. En igual sentido se expresa el reglamento de 6 de agosto de 1915, en su artículo 218, si bien dá a la nota marginal carácter facultativo. El artículo 92 del Reglamento de 14 de febrero de 1947, legalidad vigente en la materia, reproduce el artículo 218 del Reglamento anterior.

Pero tenga carácter imperativo la nota marginal o lo tenga voluntario, lo cierto es que operando el Fuero del Baylio y originándose la comunicación universal de bienes, según hemos demostrado, en el instante mismo de celebrarse el matrimonio, el peculio personal de cada uno de los cónyuges se convierte automáticamente en patrimonio común sin necesidad de transmisión particular por negocio jurídico. La mano común adquiere ambos peculios por sucesión universal.

Con ello, al continuar a nombre de cada uno de los cónyuges los bienes aportados por él al matrimonio, que ya no son propios sino comunitarios, el Registro deviene inexacto y por ello se arbitra el medio de que cualquier cónyuge, como interesado en la comunidad, solicite que se haga constar el carácter societario de los bienes por medio de nota marginal.

La cosa está perfectamente clara. No obstante ello, todavía en la época en que, por estar vigente el Reglamento de 1870, era obligatoria la anotación a favor de la comunidad matrimonial de los bienes aportados por cualquiera de los esposos, la Dirección General de los Registros en resolución de 19 de agosto de 1914, haciendo caso omiso del principio de publicidad registral, ordenó al Registrador de Olivenza que anotase un mandamiento de embargo en la pieza de responsabilidad civil de un sumario seguido contra esposo que era aforado, a pesar de que la finca a virtud del artículo 130 del Reglamento de 1870, aparecía como perteneciente a la sociedad conyugal.

Se contemplaba el caso de un matrimonio verificado en Alconchel entre dos vecinos de la villa. Habiéndose seguido sumario contra el marido y dictado auto de procesamiento contra éste, el Juez de Olivenza libró mandamiento al Registrador de la Propiedad para que quedase afecta a resultas del sumario determinada finca que el esposo aportara al matrimonio. El Registrador, buen conocedor del Fuero,

devolvió el mandamiento con nota denegatoria de la anotación preventiva de embargo "por no hallarse inscrita la finca ni total ni parcialmente a favor del procesado y sí al de la sociedad constituida por éste y su esposa según el Fuero del Baylio, vigente en Alconchel"; al margen de la inscripción, había una nota que decía: "la finca de este número queda perteneciendo a la sociedad conyugal formada por don Fulano de Tal y doña Fulana de Tal, vecinos de Alconchel, donde rige como derecho común el Fuero del Baylio".

La Dirección General revoca el acuerdo del Registrador por entender que "siguiendo lo declarado en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1892, la comunidad no surge hasta el momento de la disolución de la sociedad conyugal, por lo que los sometidos al Fuero pueden disponer libremente durante el matrimonio de sus bienes particulares, ya que si no se admitiese esta doctrina ocurriría que en los pueblos donde rige el Fuero no sería factible en muchos casos hacer efectivas las responsabilidades pecuniarias en los bienes de los reos de delito, lo que sucedería de admitirse la teoría de que por el matrimonio salen los bienes del patrimonio de sus dueños y pasan, desde luego, a ser de la comunidad".

Pues ésto es precisamente lo que ocurre quiera o no la Dirección General de los Registros, ¡Oh manes de la propiedad en mano común!; y no solo en el caso de la comunidad universal de bienes de carácter legal, como la del Baylio y el Fuero de Vizcaya, sino en opinión de Rosa Sastre que hacemos nuestra, en cualquier tipo de comunidad matrimonial en que entren en la masa común los bienes aportados por los cónyuges: así en el pacto de hermandad llana aragonesa, en el "agermanament" de Tortosa y en la comunidad universal pactada al amparo de la libertad de estipulaciones concedida por el Código. Y este proceso de comunicación de bienes se produce automáticamente, siendo suficiente en la comunidad universal que uno o ambos esposos tengan bienes al casarse, porque a virtud de la energía propia del sistema, se origina la comunicación sin necesidad de negocio jurídico alguno. Si bien, para hacer valer esta circunstancia frente a terceros es necesario utilizar el medio que ofrece el artículo 92 del Reglamento Hipotecario: poner al margen del asiento principal una nota acreditativa de la mano común.

A partir del momento en que el Registro informe a terceros de que los bienes en cuestión pertenecen a la comunidad foral, ya entra

en juego la mecánica del condominio germánico y así, aunque el marido esté facultado para realizar los actos de mera administración, se requerirá la intervención de ambos cónyuges para los de disposición y gravamen sobre inmuebles, sin que el patrimonio de la comunidad pueda ser objeto de apremio por responsabilidades civiles nacidas de delito o por deudas personales de uno de los cónyuges; únicamente podrá consignarse la traba correspondiente para su efectución en el instante en que se produzca la disolución de la comunidad.

No se trata de un injustificado privilegio en favor de los matrimonios de Fuero, porque en cuanto a las responsabilidades nacidas de delito tampoco en el régimen de gananciales son exigibles sobre los bienes de la sociedad conyugal, porque el párrafo 2.º del artículo 1.410 del Código Civil exonera a dicha sociedad del pago de las multas y condenas pecuniarias que se impongan a la mujer o al marido.

A este respecto la diferencia entre el régimen de derecho común y el Foral del Baylio estriba en que actuando los gananciales responderán de las obligaciones crematísticas originadas por condena penal los bienes propios del cónyuge penado, pero no los de la sociedad, y en el de comunidad universal del Fuero del Baylio, al no existir bienes propios porque todos se convierte con el matrimonio en comunes, hay que esperar siempre para lograr la efectividad a que se disuelva la comunidad foral. Claro que esto solo en el terreno de los principios, en la práctica podría establecerse algún procedimiento, como la constitución de un fondo de garantía similar al que opera en la jurisdicción laboral, para que pueda efectuarse la compensación en metálico sin tener que esperar a la disolución del matrimonio; aunque, de todos modos, de hecho el entredicho que supone la anotación de embargo, al menoscabar las posibilidades de transmisión de los muebles afectados, estimulará en definitiva a los interesados a liberar la carga a metálico.

En lo que atañe a las obligaciones personales de los cónyuges, también en las regiones de derecho común después de la Ley de 24 de abril de 1958 y la reforma sufrida en su consecuencia por el Reglamento Hipotecario a virtud del Decreto de 13 de marzo de 1959, artículos 95, 96 y 144, cuando el obligado sea el marido, para que pueda anotarse el embargo contra inmuebles gananciales, se exige que la demanda se dirija contra ambos esposos, pudiendo la mujer excep-

cionar que existe fraude o que no se trata de verdaderas obligaciones de la sociedad conyugal; y en caso de apremio se requerirá la intervención de la mujer en la enajenación forzosa o, en su defecto, la autorización judicial.

Se dudaba si este precepto se refería, además de a los casos de enajenación voluntaria, a los de enajenación forzosa, y la duda ha sido superada brillantemente en forma auténtica por el propio ministro de Justicia, contestando a consulta del Consejo Superior Bancario, dictaminando que "el artículo 1.413 reformado, del Código Civil, no distingue entre enajenaciones voluntarias y forzosas, porque si en estas se excluyese la necesidad de intervención de la mujer se haría ineficaz la reforma del Código Civil, pues por el sencillo procedimiento de girar una letra de cambio y utilizar el juicio ejecutivo, se llegaría a la enajenación de los inmuebles y establecimientos mercantiles sin consentimiento ni conocimiento de la mujer".

Parece ser que esta doctrina, consecuente con los principios de la comunidad de tipo germánico y respetuosa con los derechos de la mujer, puestos de manifiesto venturosamente a la luz de la filosofía jurídica cristiana por el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo en uno de sus discursos de apertura de los Tribunales (1), está en trance de quebrarse en aras de la socorrida seguridad del tráfico —entiéndase seguridad de las inversiones bancarias— ya que se está elaborando un proyecto que, de prosperar, garantizaría confortablemente los intereses de los establecimientos de crédito y los de los competidores clandestinos de la Banca privada, que tanto florecen en nuestro pueblo de eternos deudores, siempre a la espera del mesianismo económico ya se llame lotería nacional, apuestas mútuas, o galeones cargados del oro de Indias.

No obstante, hoy por hoy mientras no se cambie la normación vigente, lo mismo en los casos en que rija el sistema de comunidad

(1) José Castán Tobeñas: "Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales". Discurso de apertura de los Tribunales en 15 de septiembre de 1954. En este discurso, haciéndose eco de una interesante campaña entonces de actualidad, el maestro Castán apuntaba la conveniencia de exigir el consentimiento de ambos esposos para los actos dispositivos sobre inmuebles, empresas mercantiles, etc. lo que luego plasmaría en la Ley de 24 de abril de 1958.

universal como en los que opere el régimen legal de gananciales, para que pueda apremiarse sobre los inmuebles de la sociedad conyugal, tiene que haberse obligado la sociedad misma por medio de sus dos componentes o dirigirse la acción contra ambos consortes.

## VII. - Concurrencia del Fuero del Baylio con otras instituciones

Finalizamos el estudio de la preceptiva del Fuero del Baylio. Nos queda como última cuestión, determinar si es posible o no que a la extinción de la comunidad foral por muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente tenga derecho no solo a su mitad en la masa común, sino además a la cuota legal usufructuaria que establece el artículo 834 del Código Civil.

Este problema lo suscitó últimamente Arriba Portales en un artículo aparecido en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario con el título "Algunas anomalías del Fuero del Baylio y de su aplicación conjunta con instituciones del Código Civil" (1).

Entiende este autor que cuando el Código Civil establece la cuota legal usufructuaria a favor del cónyuge viudo, lo hace proveyendo a la necesidad de que a dicho cónyuge le quede una cantidad de bienes suficiente para vivir con arreglo a su decoro o al menos tener una congrua sustentación; pero cuando, por aplicación del Fuero del Baylio, el cónyuge superstite tiene la mitad del patrimonio común, siempre superior a la cuota vidual, se ha cubierto aquella necesidad y no hay motivo para que opere la institución nacida para cubrirla, porque la reiteración produciría un enriquecimiento injusto a favor del cónyuge viudo y un correlativo empobrecimiento a los herederos del muerto.

Los fueristas regionales y entre ellos destacadamente Borrallo,

---

(1) P. Arriba Portales: "Algunas anomalías del Fuero del Baylio y de su aplicación conjunta con instituciones del Código Civil". Rev. Crit. Der. Inm. Abril 1945.

opinan que cabe la concurrencia de ambas instituciones porque, en su opinión, los artículos 807 y 834 y siguientes del Código Civil son de rigurosa aplicación como preceptos de orden público que en nada alteran la esencia del Fuero.

En este mismo sentido y en relación con la viudedad legal aragonesa, se pronuncian autores de tanta solvencia como Castán y Pérez González (1) y Gil Berges (2). El propio Apéndice foral para Aragón, en su artículo 63, párrafo 1.º, autoriza la coexistencia de la viudedad legal con el pacto de hermandad llana, similar, salvo en su origen paccionado, al Fuero del Baylio.

A pesar de todo ello, nosotros estamos con Arriba Portales y no le damos demasiada importancia al precedente del Apéndice aragonés, porque entendemos que en un régimen de tipo convencional, como es el de hermandad llana, que nace de la voluntad de los contratantes, puede darse esta concurrencia porque de querer evitarla bastaría con hacerlo constar en las capitulaciones que al efecto se otorgarían; pero en un régimen presuntivo, que se impone a los cónyuges salvo pacto en contrario, no puede llevarse esa imposición hasta la duplicidad de instituciones atinentes a una misma finalidad. Prueba de ello es que en la Compilación foral para Vizcaya, tratándose de un régimen de bienes de comunidad universal de carácter legal, no se dice nada al respecto de autorizar la concurrencia de ambas instituciones: la de derecho foral y la de derecho común.

Pero además y principalmente, tenemos una razón de orden histórico. La cuota legal usufructuaria tal como la configura nuestro Código Civil es un vestigio residual del "douaire" franco que se otorgaba a la viuda en los países en que regía la comunidad reducida de muebles y ganancias, pero no cuando operaba la comunidad universal. Así, por ejemplo, lo establece la Costumbre de París, que consagra la comunidad reducida, pero no lo tiene la Costumbre de Auxerre que prescribe la comunidad universal. Es decir, que por su esencia, por la filosofía de la institución, el "douaire" marca una oposición con la comunidad universal, siendo una institución complementaria de la comunidad reducida para lograr, en cuanto al disfrute, los mis-

(1) Castán y Pérez González: "Notas al Derecho de Familia" de Kipp y Wolff.

(2) Gil Berges: "Comentarios al Apéndice foral de Aragón".

mos efectos que se conseguían con la comunidad universal, pero sin atentar contra el principio de troncalidad.

Para ser, pues, fieles al precedente histórico hay que mantener la incompatibilidad entre cuota viudal y comunidad universal, en tal forma que la existencia de ésta excluya aquélla y viceversa. Sería históricamente antagónico aplicar la comunidad universal del Fuero del Baylio juntamente con el "douaire" que, en el tercio de la herencia del premuerto, otorga en usufructo al cónyuge superstite el artículo 834 del Código Civil. Aparte de que se vulneraría con ello el principio de derecho "non bis in idem".

De acuerdo con las conclusiones a que hemos llegado en el estudio de la dogmática del Fuero del Baylio, y sin pretensiones por nuestra parte, hemos elaborado una posible normación positiva de la institución. Veamos:

## VIII. - Un proyecto de normación legal del Fuero del Baylio

### TITULO PRIMERO

#### *Ambito de aplicación del Fuero del Baylio*

*Artículo 1.º* — El Fuero del Baylio rige en los siguientes pueblos de la provincia de Badajoz:

Partido Judicial de Alburquerque: Alburquerque y La Codosera.

Partido Judicial de Olivenza: Olivenza, Alconchel, Cheles, Higuera de Vargas, Táliga y Villanueva del Fresno.

Partido Judicial de Jerez de los Caballeros: Jerez de los Caballeros, Oliva de la Frontera, Valencia del Mombuey, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana y Zahinos.

Partido Judicial de Fuente de Cantos: Valencia del Ventoso y Atalaya.

Partido Judicial de Fregenal: Fuentes de León y Valverde de Burguillos.

Partido Judicial de Zafra: Burguillos.

*Artículo 2.º* — La eventual alteración en las demarcaciones judiciales no producirá modificación alguna en el ámbito territorial del Fuero, ya que su determinación viene dada en consideración a las respectivas entidades locales citadas en el artículo anterior.

*Artículo 3.º* — La condición personal de aforado en relación con los demás territorios españoles de diferente legislación civil se regulará por las normas establecidas al respecto en el título preliminar del Código Civil y disposiciones concordantes o por las leyes generales que en el futuro regulen la materia. La vecindad local se determinará por las normas generales relativas a ciudadanía y vecindad civil.

## TITULO SEGUNDO

**Del regimen de bienes en el matrimonio y de la comunidad foral**

*Artículo 4.º* — El régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, es inmutable, aún en el caso de pérdida o adquisición por parte del marido de la cualidad de aforado, ya se produzca ello de modo voluntario o involuntario.

*Artículo 5.º* — En defecto de contrato sobre los bienes, cuando el marido fuera aforado en el momento de celebrarse el matrimonio, se entenderá contraído éste bajo el régimen de la comunicación foral.

*Artículo 6.º* — A virtud de la comunicación foral, se harán comunes por mitad entre marido y mujer, por el solo hecho de la celebración del matrimonio, todos los bienes muebles e inmuebles, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro por cualquier título, tanto los aportados al matrimonio como los adquiridos durante su vigencia y sea cual fuere el lugar en que estén sitos los inmuebles.

*Artículo 7.º* — Los actos de enajenación o gravamen sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales o explotaciones agrícolas comunicados, constante matrimonio, necesitará del consentimiento de ambos consortes. La enajenación de los bienes muebles se atemperará al Código Civil.

*Artículo 8.º* — La mera administración de los bienes del matrimonio se regirá por el Código Civil. Las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges sin consentimiento del otro, y las responsabilidades civiles nacidas de delito, únicamente serán a cargo de la respectiva mitad del obligado, si bien dicha mitad no podrá ser objeto de apremio hasta que no se concrete en el momento de la disolución de la mano común foral.

*Artículo 9.º* — La participación del cónyuge superstite en los bienes de la comunidad conyugal, en cuantía de la mitad del matrimonio total, será incompatible con la percepción de cualquiera otra cuota de carácter legal que pudiera corresponderle de acuerdo con la legislación común.

*Artículo 10.º* — Para lo no previsto regirán como subsidiarias las normas de la comunidad de gananciales de derecho común.

**IX. - Crítica de la Institución**

Como todas las soluciones extremas, el régimen de comunidad universal de bienes que cobra cuerpo en el Fuero del Baylio, ha tenido y tiene detractores furibundos y partidarios fervientes.

En cuanto a objeciones, las dos principales que se le han venido haciendo son la de que fomenta los matrimonios interesados y la de que implica un grave peligro para la mujer, al poder sustraer el marido de la masa común sus bienes propios y en cambio ella no.

En realidad, lo primero podría también decirse del régimen de gananciales, pues los heredipetas —agujas imantadas de estas estrellas polares— se orientan hacia las ricas herederas lo mismo en las regiones de derecho común que en las que rige la comunidad universal. Y no siempre es el marido el que busca la dote sino a veces a la inversa, y lo que resulta injusto, por desproporcionado, es, no ya la comunidad universal, sino los propios gananciales.

En relación con esto cita el profesor Royo (1) el caso de Lagartijo, el famoso torero cordobés, que casó con una señorita de muy buena cuna pero de menguada fortuna. El, jugándose la vida, acumuló un gran capital, y como no tuvieran hijos y falleciese ella, hubo de dividirse todo el capital del matrimonio y la parte de la esposa la heredó su padre. Lagartijo, sentencioso como buen cordobés, encajó el golpe y solo comentó: "no sabia yo que yo en el ruedo y mi suegro en el tendido estábamos toreando al alimón". (2)

(1) Royo Martínez: "Derecho de Familia", citado.

(2) Un caso parecido es el que le ocurrió al también famoso torero Domingo Ortega al fallecimiento de su esposa. En las operaciones particionales de la herencia de ésta percibió una importante adjudicación el padre de dicha señora.

En cuanto al posible riesgo que corre la mujer al no tener intervención en los actos de disposición y gravamen sobre los inmuebles de la mano común, tal riesgo no existió en la comarca del Fuero del Baylio mientras que, como ocurría y ocurre en Portugal, por aplicación de la mecánica del condominio de tipo germánico, se exigió la actuación de ambos cónyuges para la validez de aquellos actos.

El peligro solo se produjo a partir de la sentencia de 8 de febrero de 1892 que trastocó radicalmente las estructuras de la institución; sería, pues, de origen exógeno y perfectamente obviaable con una adecuada corrección jurisprudencial. En cualquier caso, reformado el artículo 1.413 del Código Civil por la Ley de 24 de abril de 1958, absolutamente consecuente ya el sistema de gananciales con la técnica de la propiedad en mano común, ya que se exige la concurrencia de la mujer para comprometer los inmuebles y establecimientos mercantiles de la sociedad conyugal, el peligro, de haberlo habido antes, ha quedado superado.

Así, pues, los inconvenientes de la comunidad universal y por ende del Fuero del Baylio, no tienen ya vigencia y de todos modos no habrían nacido de la institución misma sino de la pobre naturaleza humana caída que propende a manchar las cosas más puras, haciendo granjería del amor y de la lealtad; ello se debería, como dice la Escritura, a la dureza de nuestro corazón (1).

Del lado de las ventajas del Fuero habrá de ponerse la de que es el ideal matrimonial. Solo sustituyendo los pronombres excluyentes de "lo mío" y "lo tuyo" por el comunitario "lo nuestro", podría actualizarse el viejo proverbio alemán que es toda una filosofía del matrimonio: "Leib an Leib, Gut an Gut", cuerpo en cuerpo, patrimonio en patrimonio.

No vamos a pretender que la comunidad universal sea el paradigma de los regímenes económicos matrimoniales, aunque en teoría bien pudiera serlo. Tampoco que este sistema se extienda a territorios donde tanto arraigo tienen los gananciales. Lo que sí demandamos es que se respete y guarde cariñosamente el Fuero del Baylio como respuesta valiente y decidida al problema que nos ocupa; y para ello habrá que promulgar la compilación foral correspondiente, como se ha he-

(1) Mat. XIX, 8; Marc. X, 5.

cho para fueros de menor alcance geográfico y social como es, por ejemplo, el de Ayala.

Sí, como ha dicho Weinkauff, presidente del Tribunal Supremo de la Alemania Federal, en su discurso de apertura del año judicial de 1951, el gran problema de nuestro tiempo es la antítesis entre el derecho natural y el derecho positivo, nada contribuiría a la hermosa tarea de dotar al derecho de una base metafísica, más aún, de sobrenaturalizarlo, como una comunidad matrimonial plena y sincera. En definitiva ello no sería otra cosa que consagrar en el aspecto patrimonial el texto sagrado que se lee a los contrayentes durante la ceremonia de su unión: la carta de San Pablo a los efesios, en la que el Apóstol, para expresar lo entrañablemente íntimo de esa unión casi hipostática entre marido y mujer, no encuentra otro término de comparación que la misma unión de Cristo con su Iglesia.

Así el hilo de la excelsa teología paulina —que en realidad es la propia doctrina de Cristo contenida en la parábola de la vid y los sarmientos —nos lleva a una gloriosa proyección en la esfera matrimonial de su teoría del cuerpo místico, en la que el mismo Cristo es la cabeza del Cristo total que constituye la Iglesia: el hombre es la cabeza del cuerpo místico matrimonial, por las venas del cual debe correr el mismo efluvio de amor y de vida. Y ello solo puede darse plenamente en una estrecha comunión de gracia y de pecado, de felicidad y de dolor, de riqueza y de pobreza, y nunca cuando cada uno de los esposos conserve avaramente para sí sus propios bienes (1). Que no es buen medio para unir las almas separar los patrimonios.

Hemos dicho que la comunidad de bienes en cualquiera de sus formas fué en realidad, un logro del Cristianismo, del que la caridad fué el mandamiento nuevo. Llevemos, pues, la caridad matrimonial, el amor de caridad, hasta sus últimas consecuencias y habremos recorrido todo el camino que va desde la vieja Ley a la nueva, desde el "estarás bajo la potestad del varón" al "compañera te damos que no sierva".

(1) Fernando de Rojas en "La Celestina", acto I, decía "que los bienes si no son comunicados no son bienes".



APÉNDICES

## A P É N D I C E

## I

## Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

En la memoria del curso académico 1960-61, redactada por el Académico-Secretario General, Excmo. Sr. Don José Antonio Ubierna, se incluye la siguiente reseña de la conferencia pronunciada por el autor el día 3 de marzo de 1961:

“Don Manuel Madrid del Cacho, Doctor en Derecho y Abogado de los Ilustres Colegios de Madrid, Córdoba y Sevilla, sumó a sus prestigios en el ejercicio de su profesión la meritísima actuación llevada a cabo en la Academia, pronunciando una magistral conferencia sobre “Un enclave foral en el Derecho de Castilla: El Fuero del Baylio”, en cuya labor patentizó su sólida preparación jurídica y su insuperable competencia al estudiar esta interesantísima especialidad foral.

Se ocupa inicialmente el conferenciante de las distintas fórmulas con que, en el tiempo y en el espacio, se ha dado solución al problema económico matrimonial, centrandolo de modo especial su estudio en los regímenes de comunidad universal.

La comunidad universal ha sido régimen legal hasta el primer cuarto del presente siglo en los países escandinavos; en Alemania hasta la publicación del BGB, para una población de unos trece millones de personas y en Suiza regía en varios Cantones.

En la actualidad es régimen legal en Brasil (artículo 259), Holanda (artículo 174) y Portugal (artículo 1.108).

En el Derecho regional español —afirma— es régimen legal presuntivo, además de en la comarca extremeña del Baylio, en Vizcaya, en cuanto a la tierra de infanzonado, cuando el matrimonio se disuel-

ve con descendientes. Como régimen paccionado, la comunidad universal tiene gran arraigo en Gerona, Valle de Aran, Tortosa, Aragón y en la zona santanderina, donde de antiguo —hasta una sentencia de 1869— tuvo vigencia el Fuero de Eviceo. Es de destacar, para enlazar después con la opinión del conferenciante sobre el origen de este Fuero, que las Costumbres de Tortosa, donde cobra cuerpo la comunidad universal de bienes bajo el nombre de “agermanament” fueron redactadas a virtud de una composición dictada en 1272 por el Comendador del Temple, José.

En el antiguo Derecho extranjero, durante el “ancien regime”, en Francia rigió de hecho la comunidad universal en todos los países de derecho “coutumier”, ya que, aunque oficialmente se acogía a la comunidad reducida de muebles y ganancias, en realidad dada la importancia adquirida por la fortuna mobiliaria, el inexorable complemento del “douaire” y el frecuentísimo pacto de “ameublissement” —por el que se convenía en llevar los bienes inmuebles como si fueran muebles—, ello equivalía prácticamente a una comunidad universal; pero también de derecho se ofrecen ejemplos de comunidad universal en las Costumbres de Flandes, Artois, Alta Alsacia, algunos lugares de la Isla de Francia, como Vrenin y principalmente, en las Costumbres de Auxerre y Sens, en Borgoña.

En cuanto a Italia, país donde hoy es régimen legal subsidiario el de separación de bienes, en la Edad Media operó en ciertas comarcas, probablemente por influencia franca o aragonesa, la comunidad universal: así en Cerdeña, Palermo, Corleone, Messina, Istria y Friul.

Finaliza esta brillante ojeada histórica haciendo resaltar la curiosa coincidencia de que, desde Escandinavia a Sicilia, pasando por el norte de Alemania y Francia, norte de España, Portugal y Africa del Norte, hasta Bizerta, con la sola excepción del Midi francés, borracho de romanismo, por todos los lugares por donde pasaron los vándalos asdingos dejaron como una estela de comunidad universal.

Entrando ya en el meollo de la conferencia, expone el plan de estudio, ocupándose ahora de alumbrar el origen histórico del Fuero del Baylio, y dejando para otra intervención el examen de la problemática del Fuero.

El Fuero del Baylio puede definirse así: “Práctica consuetudinaria reconocida por la Ley y por la Jurisprudencia, existente en varios pueblos de la provincia de Badajoz, a virtud de la cual todos los bie-

nes que los cónyuges llevan al matrimonio o adquieren durante él por cualquier título, se comunican entre ambos, y al disolverse aquél se dividen por mitad como si fueran gananciales”.

El Fuero del Baylio rige en cuatro núcleos territoriales. El primer núcleo lo forman los pueblos de Alburquerque y La Codosera; el segundo núcleo lo constituye la ciudad de Olivenza con sus anejos de Santo Domingo, San Jorge, San Benito y Villarreal; el tercer núcleo lo forman la ciudad de Jerez de los Caballeros y quince pueblos más enclavados en los partidos judiciales de Jerez de los Caballeros, Fuente de Cantos, Olivenza, Fregenal y Zafra; el cuarto núcleo está constituido por la plaza de soberanía de Ceuta.

En cuanto al origen de la aplicación del Fuero en el que se ha distinguido como el núcleo primero, ello proviene de una Pragmática de Carlos III, de fecha 20 de diciembre de 1778, recogida en la Novísima Recopilación, Libro X, Título IV, Ley 12, si bien incurriendo en un error histórico, cual es el de decir que Alfonso Téllez, fundador de la Villa de Alburquerque, era yerno de Sancho II de Portugal, cuando en realidad no fundó sino repobló Alburquerque y de quién fué yerno era de Sancho I.

En lo que respecta al origen del Fuero en Olivenza, ello viene dado porque esta ciudad, desde 1297 hasta el Tratado de Badajoz, en 1801, fué portuguesa casi sin solución de continuidad y en Portugal regía esta práctica de comunidad universal desde las Ordenações alfonsinas de 1446.

En Jerez de los Caballeros y pueblos de su comarca el Fuero tiene una ilustre prosapia templaria, que viene pregonada por su propio nombre —el baylio es una jerarquía del Temple— y por el “apellido” del pueblo, que alude a los caballeros templarios. En efecto, cuando Fernando III, en 1238, pobló con gallegos esta ciudad, que había sido conquistada por su padre Alfonso IX, la dió a la Orden del Temple que estableció allí un Bayliato a cuya jurisdicción quedaron sujetos todos estos pueblos y probablemente también Olivenza, que entonces pertenecía a Castilla.

La pasada vigencia en Ceuta del Fuero del Baylio —ya que desde hace casi un siglo esta institución ha caído allí en desuso— se explica porque esta plaza, desde 1445 hasta 1663, fué portuguesa, y, al

igual que Olivenza, cuando pasó a España se reconoció a sus moradores el derecho de regirse por la ley de "a metade" portuguesa.

Examinando conjuntamente para Portugal y para la comarca del Fuero del Baylio la motivación remota de la existencia de una práctica arraigadísima de comunidad universal, destaca el hecho de la presencia en Portugal y Castilla, durante los siglos XII y XIII, de una dinastía borgoñona; las inmigraciones de colonos francos, que en Portugal llegaron a constituir verdaderas minorías étnicas, y el predicamento de los templarios, más intenso en Portugal que en Castilla; y todo ello teniendo un denominador común: Borgoña, porque la dinastía real aludida vino de allí, los templarios son una orden netamente borgoñona y las inmigraciones francas en aquellos tiempos provenían de la Francia del Nordeste, sujeta a la sazón al Ducado de Borgoña.

El hecho de que en las costumbres francas y borgoñonas se diera, bien en su forma implícita la comunidad reducida complementada por el "douaire", bien en su forma explícita, la comunidad universal, señala el manantial de la institución del que la Casa de Borgoña, el Temple y las inmigraciones fueron solo el canal que trajo a Portugal y a la zona del Baylio ese fluido vital de la comunidad universal de bienes.

La circunstancia de que solo aquí y no en el resto de Castilla afincara esta institución se explica por un hecho diferencial que, en cuanto a Portugal, es el de que allí la Casa de Borgoña fué consustancial con la idea de independencia, lo que explica la simpatía por las instituciones borgoñonas; las inmigraciones francas fueron más intensas y el prestigio del Temple mucho mayor y solo comparable al que tuvo en el reino de Aragón, donde se ha practicado de muy antiguo la comunidad universal en la forma de hermandad llana y donde un comendador templario estableció en Tortosa este régimen matrimonial.

En lo que se refiere a Jerez de los Caballeros, el hecho diferencial se define por su proximidad a Portugal, y, principalmente, por razones lingüísticas, ya que esta ciudad la pobló Fernando II con gallegos, idioma que a la sazón, cuando no se había producido la elaboración diversificadora, era el mismo que se hablaba en Portugal.

Termina el orador pidiendo que, como quiera que el Fuero del Baylio rige en una superficie doble que la del de Vizcaya y para una población sensiblemente igual que la que está afecta al Fuero vizcaíno, si para éste se ha promulgado un Apéndice Foral parece de equidad que se haga lo mismo en cuanto al viejo Fuero extremeño: "ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio".

## A P É N D I C E

### II

#### Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

En la memoria del curso académico 1961-62, redactada por el Académico-Secretario General de la Corporación, se incluye la reseña siguiente de la conferencia pronunciada por el autor el día 9 de febrero de 1962:

“El Ilmo. Sr. Don Manuel Madrid del Cacho, Doctor en Derecho, y Abogado de los Ilustres Colegios de Madrid y Córdoba, pronunció una notabilísima conferencia con el título de “Problemática del Fuero del Baylio” en la que dió muestras de sus excepcionales conocimientos del derecho foral, con expresión clara y elocuente.

Inicia el Dr. Madrid su brillante disertación con un exordio en el que refiriéndose a su conferencia del curso pasado en esta misma tribuna sobre la parte histórica del Fuero del Baylio —lo que podría mos llamar la biografía del Fuero— glosa el “nunca segundas partes fueron buenas”, cervantino, de la mano del cual se encara con la problemática de la institución.

El plan de trabajo —dice— intentará superar las siguientes cuestiones:

- a). Vigencia del Fuero.
- b). Ambito personal del Fuero.
- c). Momento en que se produce la comunicación universal de bienes en los matrimonios aforados.
- d). Tratamiento hipotecario del Fuero.

a). *Vigencia del Fuero.*

La vigencia del Fuero vendrá condicionada a su carácter de derecho foral y a su vivencia en Mayo de 1889, fecha de la promulgación del Código Civil.

Emulsionando la escasa y antañona normación legal (R. O. 12 Junio 1851 y R. D. 2 Febrero 1880) con la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, establece el concepto de derecho foral del Fuero del Baylio en función de los siguientes requisitos:

1.º Clima de afección a la institución en los 19 pueblos de la zona, definida por la constante dedicación de monografías a su estudio, por la convicción de su necesidad y patentizada por la presencia de los Alcaldes de la comarca en esta sala barroca de la Academia ante la imagen de Carlos III, el rey que dió el espaldarazo legal al Fuero.

2.º Vivencia del Fuero, que resulta del hecho de que los naturales de estos pueblos se sientan implicados en él y que apenas se hagan capitulaciones —una o dos por año— para soslayar la comunidad universal.

3.º Distinción y diferenciación con respecto al Código Civil: el Fuero establece la comunidad general como régimen legal de bienes en el matrimonio, y el Código Civil se queda en la comunidad reducida de ganancias.

4.º Consagración legal: el Fuero del Baylio rigió de siglos en una amplia comarca extremeña y en 1.778, por una pragmática de Carlos III, entró en el verbo de la Ley.

El Fuero del Baylio, es pues, derecho foral y por tanto, al amparo del artículo 12 del Código civil, escapa a la cláusula derogatoria del 1976, que, en su redacción definitiva, se refiere al derecho común y no al especial. Admitido ésto, y que el Fuero tenía vida, no ya en 1889, sino ahora, hay que llegar a la conclusión de su vigencia de acuerdo con la casi totalidad de la doctrina, de las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1869, 8 de febrero de 1892 y 28 de enero de 1896, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 19 de Agosto de 1914, 10 de Noviembre de 1926, 11 de Agosto de 1939 y 9 de enero de 1946; e incluso de acuerdo con la Teología moral, siguiendo el sistema del probabiorismo, que se pronuncia en favor de la ley en vigor a menos que la opinión en favor de su derogación sea la más probable.

b). *Ambito personal del Fuero.*

Ya en la conferencia anterior se determinó que, territorialmente el Fuero regía en 19 pueblos de Badajoz, con los que podía hacerse tres núcleos geográficos con capitalidad respectiva en Albuquerque, Olivenza y Jerez de los Caballeros; y además, en Ceuta.

Concretemos ahora qué personas están afectas al Fuero.

Tras combatir a este respecto la resolución de la Dirección General de los Registros de 10 de Noviembre de 1926 que se decide como índice de foralidad por el estatuto real y ello debido a una errónea aplicación del principio "locus regit actum", el conferenciante se pronuncia a favor de la ley personal regional del esposo en el momento del matrimonio, siguiendo el criterio del Congreso de Derecho Civil de Zaragoza en su conclusión definitiva segunda, y del artículo 42 de la Ley de 30 de julio de 1959 sobre Compilación del Derecho Foral de Vizcaya.

Así, pues, serán aforados del Baylio:

1.º Los hijos de padres sujetos al Fuero aunque hayan nacido fuera de su demarcación.

2.º Los hijos, de solo padre, o, en su defecto o por ser desconocido, de madre perteneciente al Fuero, aunque hayan nacido en territorio de derecho común o de otra legislación foral.

3.º Los nacidos en cualquiera de los 19 pueblos del Fuero o, en su caso, en Ceuta, de padre sujetos al Código Civil o a otra legislación foral, si los padres dentro de la menor edad o el interesado en el año siguiente a la mayoría, se declaran afectos al Fuero.

4.º Los que hubieran ganado vecindad en los municipios del Fuero por residencia de diez años sin declaración expresa, pero siempre con ánimo de ganar vecindad, o de dos años con declaración explícita al efecto.

5.º La mujer que case con aforado.

c). *Momento en que se produce la comunicación.*

Por aplicación analógica del artículo 1.393 del Código Civil que con referencia a los gananciales así lo determina preceptivamente, y por similitud con la institución paralela portuguesa de la carta de "a metade", recogida en el artículo 1.117 del Código Civil de 1.º de Ju-

lio de 1867, y por la mecánica de la comunidad en mano común de la sociedad conyugal, sienta que la comunicación de bienes se produce en el instante mismo de la celebración del matrimonio.

Combate la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 1892 que declaró que la comunicación no se producía hasta la disolución del matrimonio y cita frente a ella otra sentencia del mismo Alto Tribunal de 28 de Enero de 1896, poco conocida, que sigue la doctrina contraria, y lee un dictamen del propio Letrado favorecido por la sentencia de 1892, que 27 años después, en 6 de Abril de 1919, mantiene la opinión diametralmente opuesta.

A mayor abundamiento, la reciente Compilación foral vizcaína, que contempla un régimen de comunidad universal como el del Fuero del Baylio, ha dicho la última palabra en sus artículos 43 y siguientes, dogmatizando que la comunicación de bienes se origina con el matrimonio.

#### *d). Tratamiento hipotecario del Fuero.*

En los pueblos donde rige el Fuero para que el Registro publique cara a terceros la circunstancia de que los bienes han dejado de pertenecer al peculio propio de los cónyuges para pasar masivamente, por la propia energía del estatuto matrimonial y sin necesidad de transmisión a título particular, a la mano común conyugal, hay que utilizar el remedio que arbitra en la actualidad el artículo 92 del Reglamento Hipotecario, poniéndose nota marginal informativa de la nueva titularidad.

A partir de ese momento, ya los bienes de la comunidad no pueden ser objeto de apremio por deudas personales de los cónyuges ni por responsabilidades civiles nacidas de delito de uno de ellos; y en relación con esto, critica la resolución de la Dirección General de los Registros de 19 de Agosto de 1914, que abundando en la doctrina sobre el momento de la comunicación establecida en la sentencia de 8 de febrero de 1892, ordenó contra el parecer del Registrador de Olivenza, el embargo de bienes de la sociedad conyugal a resultas de un sumario seguido contra el marido. Esto, dice, es desconocer la mecánica de la mano común por virtud de la cual los bienes que entran en la comunidad dejan de pertenecer a los esposos para pasar a una per-

sonalidad distinta constituida por el complejo conyugal diferente a la mera suma de las personas de los cónyuges.

Superada esta problemática y después de descartar, por respeto al precedente histórico del "douaire" francés, la posibilidad de aplicación conjunta del Fuero del Baylio con la cuota viudal usufructuaria, hace una exposición modélica de lo que debiera ser la dogmática del Fuero del Baylio, y termina solicitando que este Fuero que tiene una mayor base de aplicación geográfica y social que los de Vizcaya y Alava, merezca la promulgación de su Compilación foral adaptada a la historia y a la filosofía de la institución.

Este libro se acabó de imprimir  
en Córdoba, en los talleres de  
la Tipografía Artística, el día 19  
de Febrero de 1963, festividad  
- de San Alvaro de Córdoba -



## FE DE ERRATAS

Página	Línea	Dice	Debe decir
11	19	manejas	manejar
12	13	linea	idea
13	28	afertas	afectas
13	31	trusts»	«trusts»
17	12	ampro	amparo
17	26	«Ordenacoes»	«Ordenações»
18	1	Ordenacoes»	«Ordenações»
27	17	tracticamente	practicamente
43	nota 1	1209-1171 d. C.	1209 (1.171 d. C.)
49	nota 1	Francais	Français
54	nota	beneficio	beneficio
56	nota	Clunny	Cluny
57	última	San Bernardo	San Fernando
57	nota	nueva	nuera
76	4	aux et us	aux us et
88	nota 2	Barrachina	Bonet
96	24	Rimblar	Rimblas
129	2	prueda	pueda
143	20	art.º 259	art.º 258