

D-XIX-42

R 248



**INVESTIGACION
SOBRE EL FUERO DEL BAYLIO**

EDUARDO CERRO Y SANCHEZ-HERRERA

Abogado del Estado



Investigación
sobre el
FUERO DEL BAYLÍO



EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO
MADRID



*Agradezco a la «FUNDACION JUAN MARCH»
la ayuda que me ha concedido, haciendo posible
la publicación de este libro.*

I. S. B. N.: 84-7130-228-4

Depósito Legal: M. 19.337.—1974

Selecciones Gráficas (Ediciones) - Paseo de la Dirección, 52 - Madrid-29

INDICE DE MATERIAS

	<i>Págs.</i>
PRÓLOGO	XI
I. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LAS COSTUMBRES JURÍDICAS	1
II. REMOTÍSIMA OBSERVANCIA OBJETO DE ESTUDIO	5
A) Fraccionamiento político de la Península Ibérica durante la reconquista cristiana	5
B) Territorio aforado en la España peninsular	9
a) Explicación de la discontinuidad del territorio	15
b) La villa de Olivenza y sus aldeas agregadas	21
C) La ciudad de Ceuta y su contorno	27
D) La observancia en Portugal peninsular	35
III. PROCEDENCIA DE LA COSTUMBRE ORIGINARIA	41
A) Antigüedad inmemorial	41
B) Examen y crítica de varias tesis expuestas por la doctrina.	43
a) Supuesta procedencia de Portugal	43
b) Traída por los Templarios	47
c) Abolengo celtibérico	49
d) Origen franco-borgoñón	52
C) En defensa de mi propia tesis	55
a) Autorizadas referencias al derecho matrimonial germánico	57
b) Situación en los pueblos peninsulares	61
c) Resumen	65
→ D) Conservación de la costumbre, en las zonas peninsulares hasta su autorización foral y en Ceuta hasta la Pragmática.	66
a) Zonas peninsulares	66
b) Ceuta	70
IV. DIVERSAS SANCIONES ESCRITAS DE QUE SE TIENE NOTICIA	73
A) Un fuero local innominado	73
B) El Fuero del Baylío	78
a) Los Caballeros Templarios en Hispania	78
b) Localización y probable fecha del Fuero	82
C) La "Carta de meetade" portuguesa	91
Ⓟ V. CONFIRMACIONES LEGALES DEL FUERO EN ESPAÑA	95
A) Pragmática de Carlos III	95
B) Novísima Recopilación	97
C) Ley de 11 de octubre de 1820	100
VI. SU VIGENCIA ACTUAL	101
Problema resuelto en sentido positivo	101
Denominación única del Fuero	104

Págs.

VII. CONTENIDO Y EFECTOS DEL FUERO	107
A) Comunicación y comunidad de bienes desde el casamiento.	108
B) División de todos los bienes, a la disolución del matrimonio	110
C) Posición del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado	111
a) Críticas formuladas por la doctrina de los autores ...	116
b) Mi propia opinión	120
VIII. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA NORMA FORAL	125
A) Opiniones de los fueristas clásicos	126
B) Diversos supuestos en relación con el territorio aforado. Vecindad civil	131
a) Casamiento entre dos personas aforadas	132
b) Casamiento de varón aforado con mujer sometida al Derecho común	136
1.º Cuando el vínculo es creado en lugar sometido al Fuero	136
2.º Vínculo contraído en sitio donde el Fuero no rige	137
c) Casamiento de varón sometido al Derecho común, con mujer aforada	143
d) Casamiento en territorio aforado de dos personas sometidas al Derecho común	143
e) Aplicabilidad del Fuero por pacto voluntario previo ...	144
C) Inmutabilidad del régimen económico matrimonial	146
D) Efectos del Fuero en relación con los bienes de la comunidad	148
a) Inmediatos a la celebración del casamiento. Registros públicos	148
b) Con posterioridad al casamiento, hasta la extinción de la comunidad	152
1.º Adquisición y administración	152
2.º Responsabilidades que se pueden hacer efectivas sobre este patrimonio	154
3.º Enajenaciones, voluntarias o forzosas	156
4.º Partición	161
Consideración especial del artículo 72	164
a') Buena fe en ambos contrayentes	165
b') Mala fe en uno de ellos	165
c') Mala fe en los dos	166
Supuesto del artículo 51	167
IX. COMPATIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL FUERO CON DETERMINADAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL	173
a) Ropas vestidos y otras cosas menores	175
b) Derechos hereditarios del cónyuge viudo	176
1.º La legítima viudal	176
2.º Derechos atribuidos por testamento y como heredero <i>ad intestato</i>	180
c) Reserva hereditaria común	182
BIBLIOGRAFÍA	185

PROLOGO

Desde la época ya remota en que tomé contacto y residí en Extremadura, sentí despierta mi curiosidad hacia esa institución del orden jurídico-económico matrimonial cuyo estudio es el objeto del notable libro que don Teófilo Borralló Salgado —mi buen amigo, oliventino de nacimiento, Registrador de la propiedad— había publicado en Badajoz, el año de 1915, bajo el título «Fuero del Bayllo. Estudio histórico-jurídico».

Transcurridos muchos años, al ser requerido para que prestase mi colaboración en el segundo tomo de los Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado (año de 1962), hube de poner en ejercicio mis modestas posibilidades iniciando la investigación y estudio de cuantos problemas se hallan implicados en el tema; con respecto al cual, al avanzar en mis primeros pasos, advertí cómo la mayor parte de los autores —tratándolo someramente— se habían limitado a repetir algunos importantes errores, que ya en aquel citado libro se pusieron de manifiesto. En la nombrada publicación vieron la luz (págs. 215 a 269) los primeros frutos obtenidos con mi trabajo.

Iniciada tal actividad, quedó mi espíritu fuertemente prendido en la materia. Han sido muy numerosos los libros y trabajos de otra índole sometidos a examen, tomando las notas pertinentes para contrastar opiniones propias y ajenas; presentándose siempre la necesidad de ampliar la investigación sobre determinados puntos, y algunas veces también —por honestidad intelectual— la de rectificar algunas ideas que al principio había considerado acertadas.

Una primera edición del presente libro fue publicada con otro título, bajo el prestigioso nombre de la Editorial Revista de Derecho Privado (Serie A.—«Estudios jurídicos varios», Vol. XXXV), año de 1964.

Posteriormente, en la «Revista de Derecho Privado» —que a la misma Editorial pertenece—, insertóse otro trabajo mío, titulado «Algunas puntualizaciones sobre el Fuero del Bayllo» (año de 1973, págs. 109 y sigs.), en el que expuse la nueva opinión for-

mada con respecto al comienzo de la observancia de este especial régimen económico-matrimonial en la ciudad de Ceuta; aparte de ampliar la fundamentación de la procedencia germánica que, sin género alguno de duda, me permito atribuir a la remotísima costumbre originaria.

He continuado mis investigaciones, cuyos resultados aconsejan complementar hasta el día los datos y elementos de juicio que figuran en aquella edición primera; acumulándose así —a lo largo del tiempo— los materiales necesarios para preparar una segunda.

La realización del trabajo y sus resultados —modestos porque son míos, pero por demás interesantes en cuanto creo servirán para el esclarecimiento de puntos tradicionalmente dudosos— han determinado el nacimiento de un nuevo libro (que tiene dos veces la extensión de su precedente), mejor que una revisión ampliada y modificada; por lo que me decido a ofrecerlo, con su propia denominación. Bien sé que mediante éste los problemas relacionados con el Fuero no quedarán total y definitivamente esclarecidos: Al publicarlo es más modesto el propósito que me mueve, puesto que se limita a la divulgación de cuanto me ha sido posible conocer acerca del Fuero del Baylío.

Con el deseo de lograr una mayor claridad en la exposición, he creído conveniente alterar de modo sustancial la sistemática adoptada en el precedente. Hoy sigo el orden cronológico al exponer las diversas sanciones soberanas que alcanzó esta observancia, y también he procurado evitar en lo posible el tratamiento fraccionado en distintos apartados de alguno de los problemas que el propio Fuero suscita.

Acaso habría sido más acorde con la lógica anteponer al Capítulo II la materia que se trata en el III, pero he decidido no hacerlo así porque el conocimiento de la vigencia de esta institución en determinados ámbitos geográficos complementan, según creo, las pruebas de la procedencia que me permito atribuirle.

Debo añadir que, al hacer las citas correspondientes a lo largo de este libro, habré de seguir en ellas el orden cronológico.

Y lo mismo que en el de la primera edición, termino el presente prólogo insertando la traducción de algunas líneas tomadas de las preliminares puestas por Eduardo José da Silva Carvalho, distinguido Juez y socio del Instituto de Coimbra, en el tomo I de la obra que está citada en la nota cuarenta y ocho del texto; las cuales servirán como justificante del sistema seguido en este libro (consistente en hacer transcripciones abundantes, con las obligadas referencias): «procediendo así —dice el nombrado autor— nos guió un pensamiento de lealtad y de justicia: no atribuir a cualquier juzgado o jurisconsulto decisiones o ideas que no le perteneciesen, y no presentar como propias doctrinas o soluciones ajenas».

Madrid, 25 de enero de 1974.

CAPITULO PRIMERO

NACIMIENTO Y EVOLUCION DE LAS COSTUMBRES JURIDICAS

En su origen, algunas instituciones jurídicas se presentan en forma del comportamiento espontáneo de determinadas gentes que, en circunstancias relacionadas con sus intereses económicos o con sus vínculos familiares, adoptan una y otra vez la misma solución por estimarla acorde con sus propias ideas y modos de vivir. La repetición de ese comportamiento entre los que habitan un territorio —que no suele estar bien delimitado ni sería posible hacerlo— constituye de por sí una costumbre, que es jurídica porque su contenido tiene esta naturaleza.

Joaquín Costa Martínez, en la primera parte de su galardonada y todavía importante monografía (1), escribió que es «la costumbre jurídica un *cómo* o manera del Derecho en su tránsito permanente del posible a efectivo, una *información* temporal de esta propiedad (*formal*) del Derecho en su realización o *formación* histórica tocante a sus reglas; en suma, una forma de vida del Derecho».

Y en la página 167 añadía: «Cuando la acción *puede* obrarse por todos y se obra por uno u otro indistintamente, sin más título que el título *general* de ciudadano y la capacidad general de obrar en aquella relación, sin más regla sustantiva de acción ni otro procedimiento —de ordinario— que las que le inspire su voluntad directa y propio motu en el caso concreto que solicitó

(1) *La vida del Derecho (Ensayo sobre el Derecho consuetudinario)*, 2.ª edic., Madrid, 1914; pág. 18.

su actividad, la acción es general, común, popular, anergálica: el individuo... no obra como órgano especial de la sociedad jurídica, sino como la sociedad misma, presente, mediante él, en aquel punto y relación en que se ha hecho sentir la necesidad jurídica. Con tal representación, los ciudadanos proceden —por lo común— espontáneamente, sin darse cuenta de que al obrar en vista de su necesidad, según el dictado de su razón, sientan una regla obligatoria para toda la sociedad, o acaso sin acertar a dar forma definida al vago concierto de soluciones inspiradas en muchos ciudadanos a la par por un suceso acaecido o por una necesidad sentida en común por todos ellos...»

Generalmente es imposible determinar el momento histórico en que hubiera comenzado el comportamiento de que se trate.

Después del transcurso de más o menos tiempo, si la costumbre jurídica no llega a extinguirse por no uso, o no queda suplantada por otra que resulte contradictoria en su contenido, puede recibir la sanción de la autoridad soberana, adquiriendo desde entonces fuerza de obligar de modo coactivo.

El Profesor Federico de Castro y Bravo —en las págs. 416 y siguiente de la Parte general, t. I, de su *Derecho civil de España* (3.ª edic. 1955)— escribe lo que sigue:

«Delimitado el concepto de costumbre a "la norma creada e impuesta por el uso social", surge la pregunta: ¿por qué unas reglas nacidas fuera de la organización del Estado, por la actuación continuada o habitual de ciertos grupos sociales (ya sea en la convivencia general o sólo en sus relaciones internas) alcanzan eficacia jurídica?»

»La fuerza social del uso es fortísima: crea hábitos, modos regulares de comportarse, que hacen que la conducta usual sea fácil y la insólita choque automáticamente con la resistencia general. El Derecho concede eficacia normativa, en ciertos casos, al mero suceder uniforme y continuado no por una preferencia o respeto a la rutina, sino para proteger la legítima confianza que alrededor suyo se ha ido consolidando. La costumbre, además, cuando es creación espontánea de la convivencia armónica

de los miembros de la comunidad, tiene la energía vivificante de lo que ha nacido natural y libremente; obra de la iniciativa del mismo cuerpo social, por él voluntariamente aceptada, es, muchas veces, la expresión más fiel del espíritu nacional, muy superior a las leyes creadas por eruditos juristas, enamorados de esotéricas construcciones y de extranjeras técnicas.»

Por otra parte, es claro que cuando todo el territorio sobre el que se extiende la observancia permanece sometido a una sola autoridad, la actuación de ésta con respecto a la costumbre es unitaria. Mas cuando el territorio en que se observa llega a quedar fraccionado bajo el imperio independiente de más de un soberano, de la clase que sea, cada uno de éstos actúa a su modo y cuando lo estima procedente en relación con aquélla. Así es lo que —a lo largo del tiempo transcurrido desde su nacimiento remoto— aconteció con respecto a la costumbre jurídica originaria que habremos de contemplar en el presente libro.

CAPITULO II

REMOTISIMA OBSERVANCIA OBJETO DE ESTUDIO

Es un hecho reconocido por las diversas autoridades que mencionaré más adelante que, entre las gentes establecidas en determinado territorio extendido en parte de las que habían sido provincias Bética y Lusitania romanas —y, según mi modesta opinión, en Ceuta y su contorno—, venía observándose, desde tiempos muy remotos, anteriores a las invasiones musulmanas, una costumbre aplicable en el régimen económico-matrimonial, consistente en la comunicación entre los cónyuges de los bienes de todas clases, así los que les pertenecían al contraer tal vínculo como los adquiridos, en virtud de cualquier título, durante la subsistencia de la sociedad conyugal; para su distribución entre aquéllos, por partes iguales, al producirse la disolución por causa de muerte.

A) Fraccionamiento político de la Península Ibérica durante la reconquista cristiana

Refiriéndose a la reconquista del territorio ibérico, que de modo tan súbito como precario había quedado cubierto por la marea musulmana, Matías Ramón Martínez y Martínez (2) relata los acontecimientos siguientes: El rey cristiano Don Fernando I llevó sus armas hacia el Sudoeste, conquistó en el año 1057 la ciudad de Lamego, en 1058 las de Viseo, Geisa, Sanmartinho de Moros, Travanca y Petralva; en los años siguientes ocupó otros castillos comarcanos, y fue estragando la comarca de Coimbra...».

(2) *Historia del Reino de Badajoz durante la dominación musulmana*, Badajoz, 1904, págs. 121 y sig.

«En 1063 hizo Fernando otra razia al reino de Sevilla, y obligó a Motadid a pagar tributo anual y entregar las cenizas de San Isidoro. En 1064 pudo conquistar la ciudad de Coimbra, después de un sitio de seis meses. Con arreglo a lo estipulado en la entrega de la ciudad, cinco mil sitiados fueron entregados al servicio del vencedor, y los demás moradores evacuaron la población... y, por último, todos los musulmanes que habitaban en aquella parte, hasta el río Mondego, fueron expulsados.»

Américo Castro (3) resume con preciosa claridad cuáles fueron los acontecimientos —con las motivaciones— que hicieron de Portugal un Estado independiente: Por los mismos motivos que hicieron a los cluniacenses establecer sus monasterios en los lugares estratégicos del camino de la peregrinación a la tumba del Apóstol Santiago (en beneficio propio y con miras a la dominación de la España cristiana, cuya era también la política del ducado de Borgoña), el Conde Enrique de esta Casa vino a España y casó con Teresa, hija de una unión ilegítima de Alfonso VI, recibiendo en feudo las tierras al Sur de Galicia.

«Enrique miraba con enojo la mejor suerte de su primo Ramón, unido a la primogénita y legítima hija Urraca; hubo entre ellos graves desavenencias, muy perniciosas para la política cluniacense.»

Después, el caos producido en León y Castilla por el casamiento de la misma Urraca —que, viuda ya de Ramón de Borgoña, ocupó el trono a la muerte de su padre (1109), hasta tanto que el hijo de ella, Alfonso VII, llegase a la mayor edad— con el Rey Alfonso I de Aragón fue bien aprovechado por el Conde Enrique y por Teresa, su viuda desde 1112, «que ya en 1115 usaba el título de reina, con el cual se calmaba su despecho por ser inferior en nacimiento y rango a la reina Urraca, su media hermana. Los intereses franceses ganaron más apoyos en el condado portugués con la venida de los caballeros del Temple y de los monjes del Císter, igualmente enlazados con Borgoña. Circunstancia decisiva fue, además, que Enrique y Teresa tuvieran como

(3) *La realidad histórica de España*, México, D. F., 1954, págs. 174 y sig.

heredero a Alfonso Enríquez, quien desde mozo mostró excelentes dotes de luchador y gobernante, multiplicadas por el ambiente de rebeldía inaugurado por su padre, bien descrito en la Crónica del arzobispo Rodrigo Jiménez de Rada, a comienzos del siglo XIII:

«Ya en vida de Alfonso VI el conde Enrique de Borgoña comenzó a rebelarse un poco, aunque mientras vivió no retiró su homenaje al rey; fue echando a los moros de la frontera, lo mejor que pudo, pero reivindicando ya para sí la soberanía. A pesar de ello, acudía con su gente cuando le llamaban a fin de ayudar a la hueste real, o para asistir a la corte. Alfonso VI, por bondad o más bien por abandono, toleraba a Enrique sus intentos de independencia, por ser yerno suyo, en lo cual demostró gran imprevisión.»

En sentido análogo refiere Menéndez Pidal (4): «La condesa de Portugal Doña Teresa, la hija bastarda de Alfonso VI, no quiere ser menos que la hija legítima, la reina Urraca, de quien siempre fue enemiga; en su reacción de inferioridad, quiere, desde luego, ser llamada también reina, y así la llaman sus súbditos. Ella impulsa y recibe a la vez las aspiraciones de un gran condado que no se siente inferior a un pequeño reino como el de Navarra. Respondiendo a esas mismas aspiraciones, el hijo de Teresa y de Henrique de Borgoña, Alfonso Henríquez, sueña desde niño ser rey, y así, al cumplir los catorce años, se armó caballero "al uso de los reyes", según advierte el *Cronicón Lusitano*, es decir, tomando él por sus propias manos las armas puestas sobre el altar en la iglesia y ciñéndose él mismo la espada, no por mano de un padrino, como todos los demás caballeros. Esta ceremonia tan significativa ocurría en la Pentecostés de 1125, en la catedral de Zamora, ciudad entonces poseída por doña Teresa, y tal acto era una emulación del armamiento por propia mano que un año antes había hecho, ante el altar de Santiago de Compostela, el hijo de Urraca, Alfonso VII.»

Y añade más adelante: «Alfonso Henríquez no se sentía inactivo: se apodera de Evora en 1166 y de Badajoz en 1169. Y aquí

(4) *El imperio hispánico y los cinco reinos*, Madrid, 1950, págs. 160 v sigs.

se nos ofrece otro significativo relato del obispo Tudense: Fernando II corre a Badajoz y tiene la fortuna de hacer prisionero al portugués; éste se le presenta en miserable estado, cojo de una grave caída en la refriega, diciéndole abatido: "Señor, he faltado contra Dios y contra ti, pero he ahí todo mi reino; a ti te lo entrego todo"; al oír lo cual, el rey Fernando, siempre misericordioso, le responde: "Devuélveme solamente lo que me has quitado, y tu reino quede para ti." En consecuencia, el rey portugués devolvió tierras de Galicia que había invadido, y el rey Fernando se apoderó de Badajoz» (págs. 187 y sig.).

J. P. Oliveira Martins (5) refiere, de modo bien atrayente, por cierto, la evolución seguida —a lo largo del tiempo y sobre el espacio geográfico— por lo que él denomina «el espíritu separatista de la Edad Media personalizado en la evolución absolutista de los reyes y barones portugueses». Copiamos dos párrafos interesantes al respecto:

«El cardenal Guido, legado del Papa, es quien en 1143 dicta en Zamora, donde Alfonso Henríquez fue a verse con el Emperador (de este título usaba Alfonso VII), las condiciones del tratado de paz. El portugués desiste allí de sus pretensiones a las fronteras cedidas por doña Urraca, y Alfonso VII, a su vez, reconoce la independencia del nuevo reino y el título de su soberano.»

«Con el auxilio de una fuerte escuadra de Cruzados, Alcacer quedó definitivamente en poder de los cristianos a mediados de 1217. Nueve años después, Sancho II, en quien renacía el espíritu guerrero de los abuelos, reemprendió la conquista del Algarbe, caminando a lo largo de la frontera del Este, valle del Guadiana abajo, y tomando sucesivamente Elvas, Serpa, Moura, Mertola, Ayamonte, Tavira y Cacella, que los árabes denominaban Hins-Kastala (1226).»

El mismo Matías Ramón Martínez y Martínez —libro citado en la nota dos, págs. 226 y sig.— recuerda cómo «Entre los reyes de León y Portugal mediaban recelos mutuos acerca de los

límites superiores entre ambos Estados. Desde el convenio que celebraron en Celanova en el año 1160, habían acordado que, en sus conquistas posteriores, todo lo que está a la banda oriental del Guadiana había de pertenecer a León. Pero el portugués no se aquietaba, a pesar de este concierto, y el de León no estaba muy confiado en la lealtad de su vecino; y quizás por la sola razón de Estado, esto es, por evitar contingencias futuras, Don Fernando II contrajo matrimonio en 1165 con la infanta Doña Urraca, hija de Don Alfonso Enríquez, cuyo enlace parecía establecer entre ambos reyes un vínculo bastante poderoso para mantenerlos en armonía.»

B) Territorio aforado en la España peninsular

En la Pragmática de Carlos III y en la Ley inserta en la Novísima Recopilación —que serán citadas más adelante— se incluye la misma expresión indeterminada: «la citada villa de Alburquerque, Ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora».

Es bien sabido que aquella Pragmática puso fin a un expediente mandado formar por el Rey, ante el que había acudido la Justicia y Regimiento de la Villa de Alburquerque, en 1778, por medio de su Procurador Síndico Personero, porque alguien quiso negar la vigencia del Fuero, y los Tribunales llegaron a dudar si era una de tantas costumbres sin base ni fundamento legal alguno.

Declaró en el expediente el Alcalde Mayor y Gobernador interino de Jerez de los Caballeros, con fecha 25 de febrero de 1778: El Fuero —dijo— «se manifiesta práctico en esta Ciudad, sus Valles de Matamoros y Santa Ana y Villas de Burguillos, Oliva, Zahínos e Higuera de Vargas»... «y fuera de la Comarca está entendido se practica del mismo modo en la Billa de Valencia del Mombuey, Balencia del Ventoso y Fuentes de León que caen a maior distancia».

En 21 de marzo de 1778 lo hizo el Alcalde Mayor de Alburquerque, exponiendo que «resulta la observancia que por costum-

(5) *Historia de Portugal*, Lisboa, 1927, t. I, págs. 72 y 99.

bre inmemorial ha tenido en esta Villa y la de La Codosera el Fuero llamado del Vailfo» (En todo el territorio —según dice Lino Duarte Insúa (6)— de lo que en la antigüedad fue el Estado de Alburquerque).

Y en el informe de los Fiscales se mencionan la Villa de Alburquerque, la Ciudad de Xerez de los Caballeros y Valles de su comarca, las Villas de Valencia del Mombuey, Valencia del Ventoso y Fuentes de León, y la Villa de la Codosera (Los aludidos Valles de la comarca de Jerez de los Caballeros son los pueblos denominados Valle de Matamoros y Valle de Santa Ana).

En total, se nombran doce pueblos en el expediente.

Wenceslao José Carvallo —Registrador de la propiedad que fue en Fregenal de la Sierra, partido de la provincia de Badajoz—, autor de una consulta muy sustanciosa referente al alcance del Fuero, menciona los pueblos de Alburquerque, Burguillos, Valverde, Fuentes de León y Olivenza; añadiendo que rige en otros puntos (7).

Juan Boza Vargas, Notario, autor de otro interesantísimo trabajo que alcanza las cuarenta y cinco páginas (8), señala dieciocho pueblos; de los que corresponden tres al partido de Fregenal de la Sierra, seis al de Jerez de los Caballeros, dos al de Alburquerque, dos al de Fuente de Cantos y cinco al de Olivenza; todos, de la provincia de Badajoz. Además —dice— la plaza africana de Ceuta.

Matías Ramón Martínez y Martínez (9) cita solamente ocho pueblos.

Florencio Benítez López, también Notario, en su trabajo «Extremadura y su Fuero del Baylío» (10), después de citar varios pueblos, añade «y otros que no se recuerdan».

(6) *Historia de Alburquerque*, Badajoz, 1929, pág. 611, nota 1.

(7) *Gaceta de Registradores y Notarios*, Madrid, número 887, 4 diciembre 1879, págs. 697 y sigs. "Fuero del Baylío. Necesidad de su aplicación uniforme por los Registradores".

(8) *El Fuero del Baylío*, Fregenal, 1898, pág. 21.

(9) *El libro de Jerez de los Caballeros*, Sevilla, 1892, págs. 159 y sigs.

(10) *Revista de Extremadura*, Órgano de las Comisiones de Monumentos de las dos provincias, Cáceres, t. I, 1899, págs. 247 y sigs.

J. Buylla refiere la observancia a dieciocho poblaciones extremeñas —que no nombra— y a la plaza africana de Ceuta (11).

José Fernández Díaz es autor de otro trabajo titulado «Fuero del Baylío» (12), en el que se recopilan los citados de Wenceslao José Carvallo y Matías Ramón Martínez, otro de Juan José Méndez y la tesis doctoral de Miguel García de Vinuesa (he buscado ésta en las bibliotecas de la Facultad de Derecho y de la Universidad Central, sin que haya sido posible encontrarla, no obstante el amable interés con que me han atendido en ambas). En diversos lugares del trabajo recopilatorio se citan hasta dieciocho pueblos y Ceuta (los mismos que en el folleto de Boza antedicho) y se alude a las cuatro aldeas de Olivenza, sin nombrarlas.

Luis Mouton y Ocampo menciona también dieciocho pueblos y Ceuta (13).

Los mismos nombra Rafael de Ureña (14).

Federico Barrachina Pastor (15) cita los referidos dieciocho pueblos y la plaza de Ceuta; con la particularidad de que, entre aquéllos, dice Cheves (por Cheles) y Zalsinos (por Zahínos).

La redacción de la *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Madrid, 24 enero 1914, tomo XLVIII, págs. 58 y sigs., relaciona diecisiete pueblos (los mismos del folleto de Boza, menos Alburquerque) y la plaza de Ceuta.

Teófilo Borralló Salgado publicó en su importante libro (16) un mapa, que permite formar cabal idea del ámbito físico o territorial del Fuero que nos ocupa.

(11) "El Fuero del Baylío y el Código civil", en *Anales de la Universidad de Oviedo*, año II, 1902-1903, págs. 125 y sigs.

(12) *Revista de Extremadura*, t. VIII, págs. 193, 260, 354, 463, 515 y siguientes.

(13) "Fuero del Baylío", en la *Enciclopedia Jurídica Española*, 1.ª edición, t. XVI, pág. 697, 2.ª columna.

(14) "Derecho foral", en la misma *Enciclopedia*, t. XI, pág. 146, columna 2.ª

(15) *Derecho foral español*, t. I, año 1911, pág. 10.

(16) *Fuero del Baylío. Estudio histórico jurídico*, Badajoz, 1915, página 16.

Ubicados en la provincia de Badajoz todos los pueblos en que rige, no constituyen una zona continua, sino tres separadas, colindantes las dos primeras que diré con la actual frontera que separa España de Portugal:

Situados al Norte de la Capital de la Provincia están los pueblos de Alburquerque y la Codosera, colindantes entre sí.

Al Sur de la Capital aludida existe otra zona formada por los pueblos de Olivenza, Cheles, Alconchel, Táliga, Villanueva del Fresno, Higuera de Vargas, Valencia del Mombuey, Oliva de Jerez (actualmente nombrado Oliva de la Frontera), Zahínos, Jerez de los Caballeros, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, Burguillos del Cerro, Valverde, Atalaya y Valencia del Ventoso; todos colindantes.

Y más al Sur —salvada una solución de continuidad en que no rige— está el término municipal de Fuentes de León, colindante con la provincia de Huelva.

Borrallo también consigna en su libro los cinco partidos judiciales a que pertenecen los diecinueve pueblos peninsulares aforados: Al de *Alburquerque*, Alburquerque y La Codosera; al de *Fregenal de la Sierra*, Burguillos, Fuentes de León y Valverde de Burguillos; al de *Fuente de Cantos*, Atalaya y Valencia del Ventoso; al de *Jerez de los Caballeros*, Jerez de los Caballeros, Oliva de Jerez (actualmente Oliva de la Frontera), Valencia del Mombuey, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana y Zahínos, y al de *Olivenza*, Olivenza y sus agregados (Santo Domingo, San Jorge, San Benito y Villarreal), Alconchel, Cheles, Higuera de Vargas, Táliga y Villanueva del Fresno.

Se trata de los dieciocho pueblos que incluían los autores citados anteriormente y, además, Táliga.

Este notable fuerista menciona también la plaza de Ceuta y su territorio demarcado, añadiendo que este Fuero estuvo «extendido en lo antiguo por todo el litoral africano que conquistaron los portugueses», lo cual constituye un error, porque tales conquistadores lo que llevaron a dicho litoral (excepto a Ceuta) fue su Carta de mietade, pero no el Fuero del Baylío.

Matías Martínez Pereda (17) nombra los mismos diecinueve pueblos de Extremadura.

José Morell y Terry (18) repite los diecinueve pueblos, añadiendo los cuatro agregados de Olivenza que no son municipios y Ceuta.

Lino Duarte señala también los mismos diecinueve pueblos y Ceuta (libro citado en la nota seis, pág. 627).

José Castán Tobefias (19) determina el territorio del Fuero refiriéndose a Borrallo, pero en la nota dos de la pág. 443 —aparte de decir que en la plaza de Ceuta parece que no estaba ya en uso al promulgarse el Código civil— desliza la posible equivocación de atribuir al nombrado fuerista (para impugnarla) la opinión de que «la aplicación del Fuero del Baylío alcanza hoy probablemente a la zona española de influencia en Marruecos», pues lo que éste expresó en la pág. 18 de su libro es que «La antigua y reducida plaza militar de Ceuta comprende hoy mayor territorio que nuestra zona de influencia nos reconoce en Marruecos, *al cual* probablemente alcanza el Fuero del Baylío». Las dos palabras que me he permitido subrayar no aluden al territorio de nuestra zona de influencia, sino al que comprende la plaza de Ceuta. Bien consta esta misma aclaración en Manuel Ramírez Jiménez (20).

Juan Mahillo Santos (21) nombra veinticuatro localidades, incluida Ceuta; comprendiendo las cuatro aldeas o agregados de Olivenza, a las que también había aludido, sin nombrarlas, José Fernández.

Manuel Albaladejo García (22) cita diecisiete pueblos —dicien-

(17) "El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho celtibérico", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1925, págs. 213 y 353.

(18) *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, 2.^a edic., t. II, pág. 578.

(19) *Derecho civil español común y foral*, 7.^a edic., t. V, vol. I, páginas 440 y sigs.

(20) "El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XV, año 1962, págs. 999 y sigs.

(21) "Estudios sobre el Fuero del Baylío", en *Revista de Estudios Extremeños*, t. XIV, año 1958, págs. 159 y sigs.

(22) *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Barcelona, 1960, pág. 49, nota.

do Valencia de Mambuey (por Valencia del Mombuey) e Higueras de Vargas (por Higuera de Vargas)— y los cuatro agregados de Olivenza; añadiendo que se discute respecto a su vigencia en Ceuta.

Salvador Minguijón Adrián—artículo «Fuero del Baylío», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. X, Barcelona, 1960, págs. 301 y siguientes— menciona primeramente Jerez de los Caballeros, añadiendo: «La institución se aplicó también a Olivenza, Fregenal de la Sierra, Alburquerque y otros pueblos» (La inclusión de Fregenal de la Sierra es equivocada, porque el Fuero no rige en dicho pueblo, aunque sí en otros tres pertenecientes al partido judicial que aquél encabeza con su nombre).

Manuel Ramírez —trabajo que ha sido citado en la nota veinte, pág. 1003— menciona los mismos pueblos y aldeas que Borralló en su libro, diciendo que los ha tomado del mapa que en éste se incluye.

Manuel Madrid del Cacho (23) señala los mismos diecinueve pueblos que Borralló, atribuyéndoles una extensión superficial total de 3.828 Km² y una población de 108.634 habitantes (según el censo del año 1955); al pueblo Burguillos del Cerro le nombra simplemente Burguillos y a Oliva de Jerez le da su nombre actual, que es Oliva de la Frontera; entre los agregados de Olivenza, también cita San Francisco y San Rafael, a los que después aludiré como nacidos del Plan Badajoz.

José Puig Brutau (24) se limita a decir que «En algunos pueblos de Extremadura existe la práctica consuetudinaria de...».

En orden a la expresión empleada por la Pragmática y por la Ley XII de la Novísima, transcrita al comienzo de este apartado («y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora»), estimo indudable que se puede considerar vigente el Fuero en los diecinueve pueblos nombrados por Borralló y otros autores, con sus términos municipales.

(23) *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*, Córdoba, 1963, pág. 30.

(24) *Fundamentos de Derecho Civil*, t. IV, vol. I («El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes»), Barcelona, 1967, pág. 803.

Mas ocurre que la ejecución de la obra económico-social denominada «Plan Badajoz» ha dado lugar al nacimiento de varios poblados, algunos de los cuales se hallan enclavados dentro del territorio de los aludidos términos municipales aforados. De los treinta y nueve construidos hasta final de 1969, solamente nos interesan a estos efectos La Bazana, Valuengo y Brovales —en el término municipal de Jerez de los Caballeros—, San Francisco de Olivenza y San Rafael de Olivenza (en el de Olivenza). Hasta la fecha, ninguno ha conseguido alcanzar la consideración de Municipio independiente.

Teniendo en cuenta, pues, que estos cinco pueblos se hallan edificadas dentro de dos términos municipales que son parte del territorio aforado, considero indudable que —igual como en las cuatro aldeas o agregados de Olivenza que habían citado Borralló y otros— en aquéllos rige el Fuero de que me ocupo en estas páginas.

De este modo se obtiene un total de veintiocho pueblos enclavados en la provincia de Badajoz; de los cuales, solamente diecinueve constituyen municipios reconocidos administrativamente, otros seis son agregados de Olivenza y tres lo son de Jerez de los Caballeros.

a) *Explicación de la discontinuidad del territorio*

Según ha quedado indicado más arriba, si miramos el mapa del Fuero que figura unido en el libro de Borralló, se advierten dos soluciones de continuidad: Una muy extensa en la parte septentrional, situada al sur de Alburquerque, constituida por los términos municipales de Badajoz y otros. Y la otra zona en que tampoco rige está al sur de un arco que forman Jerez de los Caballeros, Valverde de Burguillos y Valencia del Ventoso, integrada por los términos de Fregenal de la Sierra y otros. Más abajo queda el pueblo de Fuentes de León con su término municipal, en que sí tiene vigencia el Fuero.

No dejará de ser curioso reflexionar acerca de las causas determinantes de esta discontinuidad del territorio aforado dentro de la España peninsular.

El autor del presente libro confiesa que carece de la especial preparación que sería necesaria para ofrecer soluciones terminantes sobre el particular. Por ello habrán de exponerse en este lugar meras conjeturas neblinosas.

«No existe ninguna moderna y cabal historia de la España musulmana —dice Claudio Sánchez Albornoz (25). La escribió en el siglo xvii un historiador magrebí, Al-Maqqarí, y Gayangos la tradujo y la anotó hace más de cien años, pero no obstante el celo de ambos, las fechas de la redacción y de la versión y anotación de la obra, merman considerablemente el valor de la misma. No mucho después que Gayangos anotara a Al-Maqqarí, el gran orientalista holandés Dozy consagró una obra admirable al período de la historia hispano-árabe comprendido entre la invasión islámica de la Península y la conquista almorávide de Al-Andalus. Fuera de esa época (711-1110) quedaron los largos siglos de las dominaciones africanas y del reino granadino (1110-1492).»

Emilio García Gómez, acusando la misma falta, afirma que «sin un conocimiento, que ha de ser, si no cabal, más que mediano, del árabe, la historia de nuestra Edad Media no podrá hacerse sino parcialmente y en muchos casos mal»... «Si los historiadores medievalistas necesitan sin remedio del árabe para su tarea, son ellos los que deben aprenderlo, sin valerse de ajenos auxilios. Día vendrá en que así ocurra, pero durante el intervalo, en el que nos hallamos, la historia de la España musulmana no pueden, evidentemente, hacerla los historiadores de profesión, a juicio suyo no necesariamente arabistas, sino los arabistas de oficio, a juicio suyo no necesariamente historiadores» (26).

Matías Ramón Martínez y Martínez, en su interesante libro que ha sido citado en la nota dos, expone los datos siguientes:

«La mención más antigua de Badajoz que se encuentra en los testimonios históricos es la de un cronista árabe de la Edad Media, que la llama Batalyos, y dice que en el año 855 era todavía

(25) *La España musulmana según los autores islamitas y cristianos medievales*, Buenos Aires, 1946; Introducción en el tomo I, pág. 11.

(26) Introducción al t. IV de la *Historia de España* dirigida por Ramón Menéndez Pidal, Madrid, 1950, pág. x.

una aldea» (pág. 33, en la que cita a Aben Adari, tomo II de su libro *Al-Bayano-l'-Mogrib*).

«La república o municipalidad de *Budua* pudo ser un territorio que abarcase casi todo el actual término de Badajoz, situado al Norte del Guadiana, en el cual había muchos poblados de los que se describen en estas páginas; y sin duda la capitalidad estaba en el que hubo en Bótoa» (pág. 44).

«Ni los escritos coetáneos nombran a Badajoz durante la dominación visigótica, ni la fortuna ha deparado inscripciones, monumentos o vestigios que permitan rastrear algo de la manera de ser de la población durante el transcurso de tiempo que medió desde la caída del Imperio romano hasta la muerte de Roderico e invasión de los árabes. Sólo cabe pensar que Badajoz continuó siendo una pequeña aldea perteneciente a la provincia de Lusitania y lindera a la de la Bética. Como entonces continuó rigiendo la misma organización judicial y política que había establecido el Imperio, el lugar de *Batalius* debió seguir adscrito a la municipalidad de *Budua* y dependiente del gobierno provincial de *Emerita*, a cuyo tribunal acudían sus moradores a demandar justicia enalzada» (pág. 51).

Refiere E. Lévi-Provençal (27) que Abd-al-Rah-man ben Marwan ben Yunus, más conocido por el nombre de Ibn al-Chilliqi, perteneciente a una familia de muladíes oriunda del norte de Portugal e instalada en Mérida, se sacudió el yugo omeya en 868. Mohanmad I reaccionó inmediatamente y sitió la ciudad, que hubo de rendirse.

Refugiado en el año 875 en el castillo de Alanje, fue nuevamente sitiado y vencido, autorizándosele para que residiera en Badajoz —que a la sazón era una modesta aldea del valle del Guadiana—, donde volvió a rebelarse y se fortificó.

Cuando en el verano de 876 el mismo 'Abd al-Rahman ben Marwan —que ya había obtenido la ayuda de otro agitador de la misma región (muladí como él)— tuvo noticias de la llegada del

(27) Primer volumen de su *Historia de la España musulmana*, que constituye el tomo citado en la nota precedente, págs. 193 y sigs.

ejército omeya, se trasladó un poco más al sur y, con los refuerzos que pidió y obtuvo del rey asturiano Alfonso III, infligió una fácil derrota e hizo prisionero al general cordobés.

Se relatan otros importantes sucesos ocurridos a lo largo de los años, y añade «el soberano cordobés —alude al emir Muhammad I—, ya en vísperas de morir, le dejó la libre disposición de Badajoz. Su sucesor al-Mundhir tuvo, en su breve reinado, preocupaciones más urgentes que la de someter a 'Abd al-Rahman ben Marwan al-Chilliqí. Y cuando el emir 'Abd Allah tome, a su vez, el poder, teniendo que hacer frente a dificultades sin número, juzgará también oportuno mantenerse en buenos términos con el señor independiente de Badajoz, y, de buena o mala gana, tendrá que reconocer la existencia de su principado».

Bajo el califato de Adberrahman III.—que había adoptado tal apelativo desde el viernes 16 de enero de 929—, Badajoz (donde reinaba el hijo de Aben Merwan) fue sometida, después de haberse mantenido sitiada durante un año.

Después, por el año 1013, ante las contiendas cordobesas en que se hundía el califato, los walis de las provincias se declararon independientes, y Sapor —un persa que había sido llamado a Córdoba por Hakem II, haciéndole entrar en su servidumbre, según refiere en su Historia M. R. Martínez y Martínez— trasladó su residencia a Badajoz, declarándose independiente en la comarca del Algarbe (debió ser en 1016).

Y añade que en esta oportunidad el reino de Badajoz «Extendíase por toda la actual Extremadura y gran parte de Portugal, de suerte que sus linderos probables eran entonces los siguientes: por el norte, la frontera gallega y leonesa, que en aquel tiempo llegaba por Portugal hasta el Duero y por León hasta cerca de Salamanca; por el este, los actuales linderos de la Extremadura leonesa, desde la cordillera de Guadarrama hasta la de Sierra Morena; por el sur, esta cordillera y el actual Algarbe de Portugal; por el oeste, el mar Atlántico» (pág. 96).

Continúa el autor últimamente citado diciendo que en tiempos de Mohamed Almodáfar (reinó desde finales del año 1045 has-

ta 1068) «la Corte de Badajoz era un centro de cultura donde encontraban protección los escritores y los artistas».

Y en la página 118, citando a Abdelwahid el Marracishi, se copia: «Ningún hombre más afanoso que este Modáfar por adquirir escritos, en los que se dan reglas del modo de escribir; en los cuales se trata de gramática o se ilustran los sentidos de las palabras; además se contienen en ellos versos y hechos singulares, y principalmente asuntos de la historia. De esta clase de escritos, reunidos de orden suya, escribió una gran obra que tituló con su nombre. Es de la misma clase a que pertenecen los Lugares selectos de Rahni y principalmente los gestos de Abn Mohamed hijo de Kotaiba. Consta de doce gruesos volúmenes cuanto se conoce de sus trabajos, y en casi todos está inscripto el nombre de Modáfar.» Con referencia a lo mismo, dice Aben Aljatib que Modáfar escribió una obra histórica a la que puso el título de *Memorias*, y que constaba de 50 tomos; y Aben Zaid añade que «él fue quien escribió el libro Almotafin de literatura e historia en cerca de cien tomos».

Por su parte, Ramón Menéndez Pidal, en su libro *La España del Cid*, incorpora un mapa, en el que puede comprobarse cómo, al ocurrir la invasión almorávide, el reino de Badajoz se aproximaba en sus límites septentrionales a Coimbra, Talavera y Toledo; por el sur también se acercaba a Beja, Aracena y Guadalcanal; por el este incluía Almadén, y llegaba por occidente hasta la costa, comprendiendo Lisboa y Santarem.

Volvamos a la Historia del reino de Badajoz citada en la nota dos:

Después de la entrada de los almorávides en España, bajo el mando de su emperador Yusuf (año 1086) —precisamente a petición de Motamid de Sevilla, ante el menosprecio con que les trataba, a él y a otros reyezuelos, el rey de Castilla Alfonso VI— y aún de las otras dos venidas de aquél, en 1088 y en 1090, mandó a su general Syr para que conquistase los reinos musulmanes de Valencia, Zaragoza y Badajoz.

A la sazón, en el último reinaba Omar Almotawkil. En 1094, el

nombrado general puso sitio a Badajoz, que rindióse al ser derrotados el rey y dos de sus hijos; los cuales fueron asesinados en el campo, cuando iban conducidos prisioneros a Sevilla.

En el año 1147, Abencasi, emperador almohade, envió a España una fuerte expedición de tropas (que se cifra en veinte mil infantes y diez mil caballos). Durante su marcha victoriosa, el ejército pasó por Becha y Badajoz, donde prestó obediencia su señor Sidray Abennazir, que incorporóse al mismo para asistir al sitio de Sevilla, que fue tomada el 17 ó 18 de enero.

Manuel Henao y Muñoz (28) escribe que «Alentado el rey de León Don Alfonso IX con las victorias de los suyos, acometió la nobilísima empresa de salvar de la esclavitud a los pueblos extremeños, y después de porfiados combates y de un sitio hábil y valerosamente dirigido, se posesionó de Badajoz y de los pueblos de su comarca en el año de 1230.

«En 8 de enero de este año concedió un privilegio al Monasterio de Valparaíso, dándose en él el título de rey de Badajoz, como una muestra de cuánto apreciaba la ciudad capital de Extremadura.»

Esteban Rodríguez Amaya (29) fija la fecha de la conquista de Badajoz por Alfonso IX entre los días 30 de marzo y 19 de abril de 1230.

No es posible puntualizar sobre cuáles territorios y con qué diferente intensidad actuaron, a lo largo del tiempo, las fuerzas militares y políticas, la cultura y las costumbres musulmanas. Pero sí sabemos que en los territorios sumergidos bajo la marea de los invasores quedaron las poblaciones humanas indígenas, que conservaban sus normas de vida y religión; unos grupos más o menos absorbidos e influenciados que otros. No es aventurado hacer la conjetura de que, al ir avanzando posteriormente —con

(28) *Crónica General de España*, redactada por conocidos escritores de Madrid, de provincias y de América, t. III, Madrid, 1870 (comprende cuatro provincias, cada una con paginación independiente). La de Badajoz, por el autor citado, pág. 26.

(29) *Revista de Estudios Extremeños*, t. VII, año 1951, pág. 398: "La tierra en Badajoz desde 1230 a 1500".

sus altibajos y retrocesos, respetándose también a la población musulmana—, los cristianos encontrarían extraordinaria diversidad de grado y muchas discontinuidades geográficas en orden a la conservación de las costumbres o normas, jurídicas y de todo orden, que habían sido premusulmanas.

Por ello, aquellas dos soluciones de continuidad que aparecen en el ámbito territorial del Fuero, dentro de la provincia de Badajoz, podrían corresponder a zonas en que se hubiera acusado más intensamente la influencia musulmana, hasta el extremo de haber llegado a extinguirse la costumbre jurídica aprobada por aquél.

Digo esto porque, dado el régimen económico del matrimonio musulmán —de separación absoluta de bienes, según habremos de comprobar en el Capítulo siguiente—, resulta inevitable que donde el asentamiento islamita actuaba con más vigor quedase borrada voluntariamente aquella antigua costumbre consistente en la comunicación de todos los bienes entre los cónyuges.

Y en consecuencia, al extenderse sobre tales zonas la reconquista cristiana, encontró que en ellas había dejado de observarse y no pudo reverdecir la repetida norma jurídica: Así, comprobamos que el después llamado Fuero del Baylío no rige en Badajoz y su territorio, precisamente porque sobre ellos había resplandecido de modo más inmediato e intenso (desde 1016 hasta 1094) el brillo y la cultura del reino de los Aftasis.

b) *La Villa de Olivenza y sus aldeas agregadas*

Las vicisitudes políticas por que hubo de pasar la Villa de Olivenza a lo largo del tiempo aconsejan detener un tanto la atención sobre ella y su territorio.

Ciertamente que el Fuero del Baylío ha venido aplicándose secularmente y ahora mantiene su vigor en la nombrada Villa, cabeza del partido judicial y distrito hipotecario de su nombre, así como en las aldeas de Santo Domingo, San Jorge, San Benito y Villarreal; de igual modo que habrá de observarse en los re-

cién nacidos pueblos de San Francisco de Olivenza y San Rafael de Olivenza.

Pascual Madoz (30) escribe: «La jurisd. ecl. ha sufrido notables alteraciones: en 1279 la entregó al ob. de Badajoz don Alfonso el Sabio, por haberla reclamado de los caballeros templarios, que la poseían por derecho de conquista, permaneciendo sujeta a esta silla, a pesar de haber pasado la v. al dominio de Portugal, hasta el año 1441, en que el Papa Eugenio IV, a instancia del infante regente Don Pedro, tío de don Alonso V de Portugal, la exceptuó de su obediencia, gobernándose por administradores ecl. sin sujeción a dióc. alguna.»

Y añade en las págs. 247 y sigs.: «Algunos creen ser Olivenza pobl. muy ant., pero sin documentos que lo acrediten, y siendo muy modernas las referencias históricas que en ellas aparecen. El rey don Fernando de Castilla la dio a su hermana doña Beatriz en año 1298, en que se desposó esta infanta con el infante don Alonso de Portugal, hijo del rey don Dionisio.»

(El año últimamente citado es una equivocación del autor.)

Matías Ramón Martínez escribe por su parte: «Cuando tuvo lugar la reconquista extremeña por don Alfonso IX de León, era Olivenza una pequeña aldea de Badajoz de las que eran objeto de litigio entre los Obispos y la Orden del Temple, según se acredita en los documentos que de esta contienda inserta el *Plan Beneficial* de dicha población, en los cuales figura con el nombre de Olivencia. Ahora bien: si los Templarios tuvieron jurisdicción civil sobre ella, ¿no es presumible que entonces rigiera el fuero del bailío a sus moradores, como sucedió a los otros pueblos de la Orden citados anteriormente?»

»A fines del siglo XIII, reinando en Portugal don Dionisio, Olivenza pasó a pertenecer a dicho reino por consecuencia del matrimonio del infante don Fernando, más tarde rey cuarto de su nombre, con doña Constanza, hija del mencionado don Dionisio. Desde entonces, la población se regía por las leyes portu-

(30) *Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico de España y sus posesiones de Ultramar*, t. XII, pág. 246.

guesas, y por lo tanto, si de antemano no se hallaba comprendida entre las que disfrutaban del fuero del bailío, por el hecho de anexionarse a Portugal quedó sujeta a la ley de *a metade*» (páginas 162 y sigs. del libro citado en la nota nueve).

Muy análogamente se expresan Juan Boza en las págs. 11 y siguientes del folleto anotado en la ocho, y José Fernández en el apartado II del trabajo citado en la nota doce.

Luis Moutón —trabajo que menciona la nota trece, pág. 697, primera columna— escribe lo que sigue: «En cuanto a Olivenza y sus aldeas, que algún autor apunta que en sus orígenes debieron pertenecer al Bayliato referido, y a la plaza de Ceuta, teniendo en cuenta que ambas poblaciones eran portuguesas a principios del siglo XV, nada tiene de particular la observancia del privilegio del Baylío en dichas localidades, habida consideración a sus orígenes remotos anotados; si bien el nombre de Baylío debieron adoptarlo cuando una y otra pasaron a poder de España, y por asimilación de las villas y ciudades españolas que de antiguo se venían desarrollando la expresada comunidad de bienes.» El concepto cuyas palabras hemos subrayado es erróneo, según intentaré demostrar más adelante.

Del mismo modo, creo que es equivocada la opinión de Borrillo al respecto: «y tal vez por la misma causa —como lugar dominado por los portugueses— en Olivenza, incorporada a la Corona de Portugal en tiempos de don Dionisio, si como creen algunos escritores, a falta de datos ciertos, nunca formó parte esta ciudad del Bayliato de Jerez de los Caballeros, a pesar de afirmar que debió su fundación o repoblación a los mismos caballeros religiosos del Temple» (pág. 23 del libro anotado en la dieciséis).

Jesús Rincón Jiménez (31) escribe que «no hay noticias concretas de la existencia de este pueblo hasta la segunda mitad del siglo XIII, y sólo puede conjeturarse que es poco anterior a la conquista de la ciudad de Badajoz por el ejército de Alfonso IX». «Ya en esta época se menciona el *campo de Olivencia*, como uno

(31) *Memorial oliventino*, vol. I, Badajoz, 1917.

de los ocupados por las tropas cristianas, a raíz de la conquista de Badajoz» (pág. 64).

«Habida cuenta —continúa el mismo autor— que a los Templarios se les ve figurar en Extremadura a mediados del siglo XII, no es aventurado suponer que la iglesia parroquial matriz fue fundada al mismo tiempo que la población, a fines de éste o principios del XIII... «Tampoco creo descaminado sospechar que aquélla fue uno de los lugares fundados por los Caballeros del Temple en las tierras que arrancaron al poder de la morisma» (pág. 66).

En una de las líneas anteriores figuran subrayadas por mí las palabras «campo de Olivenza», porque Esteban Rodríguez Amaya, en un interesantísimo y documentado trabajo (32), opina que «el nombre de Olivenza aparece aplicado casi al mismo tiempo al pueblo y a la ribera que pasa cercana, y es verosímil que pueblo y río recibieran su nombre de los numerosos olivares existentes en toda esta zona».

Martínez Pereda, en su trabajo citado en la nota diecisiete, expone con referencia a Olivenza «que estuvo bajo la soberanía portuguesa desde 1297 hasta 1805, y aunque cuando en esta fecha vuelve a ser española, se compromete Carlos IV, en el tratado que pone fin a la guerra de las naranjas, a respetar los usos y costumbres de los vecinos de la misma, el sentido de este Tratado no puede suponerse que respetara en Olivenza el Derecho civil portugués», ... «entonces, ¿por qué rige el Fuero en Olivenza? Porque antes, durante y después de la dominación portuguesa de la plaza se observó sin interrupción la costumbre en que fundamentalmente consiste».

Manuel Ramírez —en el artículo citado en la nota veinte— se equivoca en los siguientes términos: «Otra cosa muy distinta ocurre con las plazas de Olivenza y Ceuta, donde, por el hecho de la ocupación portuguesa que experimentaron, y que luego examinamos con detalle, sí parece que la vigencia del Fuero se deba

exclusivamente a influjo y supervivencia posterior del régimen de a metade portugués» (pág. 1003).

De todos los autores cuyas referencias a la repetida Villa han sido copiadas, me permito acoger las opiniones del nombrado Esteban Rodríguez Amaya, porque las asienta sobre documentos que cita o reproduce en los dos anotados trabajos de 1951 y de 1953:

Tanto los Templarios como la Orden de Santiago ocuparon por entonces —los primeros tiempos de la vida de Olivenza como poblado conocido—, violentamente y sin derecho, zonas territoriales que pertenecían a los términos de Sevilla y de Badajoz, bien poblando por primera vez, o bien repoblando pueblos antiguos que habían quedado despoblados o arruinados por la acción del tiempo o de la guerra.

Después de haber sido conquistada Badajoz, por Alfonso IX de León, a comienzos de 1230; sus límites y términos le fueron concedidos a la ciudad por su liberador, según dice Alfonso X en una carta de confirmación dirigida al Concejo el día 31 de marzo de 1258. En ésta no se acusa variación alguna respecto al primitivo deslinde, por lo cual la repoblación arbitraria de Olivenza (que pertenecía al término de Badajoz) y su dominio por el Temple hay que situarlos en los últimos meses de 1258 o en tiempos posteriores.

Los litigios entre el Concejo y Obispado de Badajoz con las mencionadas Ordenes militares fueron resueltos por Alfonso X, en sentido favorable a los primeros, y entregados al Concejo y al Obispado el jueves de la Octava de Pentecostés de 1279 —según se dice en una carta de dicho Concejo, fechada el 10 de junio de 1284—; cuya entrega debió efectuarse como consecuencia de la concordia de límites ajustada, el 5 de agosto de 1277, entre el Concejo de Badajoz y la Orden del Temple.

(En otra concordia entre el Obispo de Badajoz y la misma Orden, de junio 1256, se mencionan los pueblos que ésta había ocupado en la zona, sin citar Olivenza, que hasta dicho año no había sido poblada.)

(32) "Olivenza y la frontera portuguesa hasta 1297", en *Revista de Estudios Extremeños*, t. IX, año 1953, pág. 15.

Pasado el tiempo y por virtud del tratado suscrito en Alcañices el 12 de septiembre de 1297, entre la Reina regente Doña María de Molina, madre del Rey Fernando IV, y el Rey Don Dionís de Portugal —en el que se concertaron los casamientos de Don Fernando con Doña Constanza y de Don Alfonso, heredero de Portugal, con Doña Beatriz—, pasaron a Portugal Olivenza y otros tres pueblos que ahora no es necesario mencionar.

Mas, en virtud de lo expuesto sobre su ocupación y dominio por el Temple, creo puede sostenerse que, antes del último cambio de soberanía apuntado, ya estaba en vigor el Fuero del Baylío en la nombrada Villa y su comarca; lo mismo que en los restantes pueblos de las zonas segunda y tercera de la España peninsular anteriormente determinadas.

El reconocimiento de Felipe II como Rey de Portugal (primero de tal nombre en la nación hermana) originó la necesaria ocupación del territorio, que tuvo comienzo en los últimos días de junio de 1580. Olivenza abrió sus puertas al ejército del Duque de Alba, siguiendo —con Campomor y Portalegre— el ejemplo de Yelves, que es la moderna Elvas (33).

Al ser jurado el nuevo soberano por los tres estados de aquel reino, reunidos en Cortes generales en Tomar, el 15 de abril de 1581 (el domingo 26 de abril, según Estébanez Calderón), también juró por su parte las condiciones en que reinaría: «Su idea no fue la absorción de Portugal por Castilla, sino una monarquía dual en donde ambos países fueran perfectamente autónomos», según refiere Antonio Sergio de Sousa (34).

Pasado mucho tiempo, durante la guerra que había comenzado con la conjuración del 1.º de diciembre de 1640, en Lisboa, la Villa de Olivenza —que habíase alzado, como el resto de Portugal— rindióse a las armas españolas que mandaba el Duque de San Germán, en el año 1657, según refiere el autor citado en la nota treinta y tres, tomo indicado, pág. 159; continuando bajo este dominio hasta que, al finalizar las hostilidades mediante el

(33) *De la conquista y pérdida de Portugal*, por SERAFÍN ESTÉBANEZ CALDERÓN, Madrid, 1885, t. I, pág. 30.

(34) *Historia de Portugal*, 2.ª edic., Barcelona, 1958, pág. 110.

tratado suscrito en la capital portuguesa, el 10 de febrero de 1668, fue devuelta a esta nación.

Por último, al comenzar la guerra de Francia-España con Portugal, las fuerzas españolas ocuparon Olivenza el 20 de mayo de 1801; quedando definitivamente reintegrada, con su distrito, a España por virtud del tratado ajustado en Badajoz y ratificado en la misma ciudad el 6 de julio del mismo año (35).

En resumen y según fechas incontrovertibles, las cosas sucedieron del siguiente modo:

Antes de 1279 —si bien después de 1258—, Olivenza (la antigua *Olivencia*) era poseída por los Caballeros Templarios, por derecho de conquista, puesto que en aquel año el Rey Don Alfonso el Sabio la entregó a la jurisdicción eclesiástica del Obispado de Badajoz. Y no pasó al dominio de Portugal hasta el año 1297, en virtud del Tratado de Alcañices. Volvió a quedar bajo el dominio de España en 1580, hasta el levantamiento portugués de 1640. Nuevamente quedó sometida a los españoles en 1657, y así permaneció hasta el año 1668, conservándose bajo Portugal hasta 1801, en que, por último, quedó incorporada a nuestra nación.

A lo largo de tales avatares, siempre sometidas la Villa y su comarca a la misma costumbre jurídica que, desde tiempos remotos, venían observando también las gentes portuguesas radicadas en los territorios colindantes.

C) La ciudad de Ceuta y su contorno

El resultado de las investigaciones que he seguido realizando después de publicada la primera edición de este libro me obliga —por honestidad intelectual— a rectificar, abiertamente, la tesis que había expuesto en relación con el tema enunciado en el epígrafe.

En primer lugar, recojamos diferentes datos de histórica naturaleza:

(35) Se publica íntegro en el vol. I de las *Memorias del Príncipe de la Paz*, Biblioteca de Autores Españoles, t. 88, pág. 441.

En su tesis doctoral, refiere Joaquín Vallvé Bermejo (36) que «Después de la destrucción de Cartago, en el 146 a. de J. C., los romanos ocuparon sus antiguas posesiones. Más tarde, Octavio fundó varias colonias, como Tánger, poblada por veteranos, y al otro lado del Estrecho, Tarifa (Julia Traducta). Tal vez en esta época se estableciera la primera colonia romana en Septem Fratres, la actual Ceuta, y de esta manera las legiones romanas ocuparían los puntos clave de las dos riberas del Estrecho, sin preocuparles demasiado penetrar en el interior.

»Con las invasiones bárbaras, la Tingitana pierde todo contacto con Roma. Los vándalos, al mando de Genserico, cruzan el Estrecho hacia el 420. Posiblemente desembarcaron en Tánger, aunque más bien tomarían tierra a lo largo de la costa del Estrecho, en el punto más próximo a la costa española —entre Ceuta y Alcazarseguer...—.

»En el siglo VI se la disputarán bizantinos y visigodos. Justiniano la fortificó y la dotó de una guarnición conveniente. En el año 549 intenta Teudis recuperar la importante plaza africana, pero el ejército sitiador fue desecho completamente, según nos refiere San Isidoro en su *Crónica de los godos*.»

Ramón Menéndez Pidal (37) explica que en los años 409-410 España fue desolada por los alanos, vándalos y suevos.

«Después que el Rey godo Ataulfo fue muerto en Barcelona en 415, su sucesor, Walia, de acuerdo con el general romano Honorio en la Galia, extermina a los Alanos en España y recibe de Roma la Aquitania, desde las bocas del Loira a Burdeos, para asentar allí a su pueblo "como federado", poniendo su Corte en Tolosa. Así empezó a existir un reino godo con territorio fijo, concedido por autoridad imperial en Galia, mientras en España quedaba, rebelde al Imperio, otro pueblo germánico, los Suevos, depredadores de la Galesia.

(36) *Contribución a la historia medieval de Ceuta hasta la ocupación almorávide*, Madrid, 1962, págs. 9 y sig.

(37) Introducción al t. III de la *Historia de España* que él dirigió, editada por Espasa-Calpe, Madrid, 1940, pág. VIII.

»Quedaban solos los Suevos, porque los Vándalos habían abandonado la península embarcándose para las fértiles provincias del Africa, el granero de Roma.»

El mismo eminente historiador, posteriormente (38), señaló que los godos, cuando llegaron a la tercera de sus mansiones, junto al mar del Ponto, «ya estaban divididos en visigodos, regidos por la familia de los Balthos, y ostrogodos, regidos por la familia de los Amalos».

Por su parte, E. A. Tompson (39) refiere cómo, después de que el Gobierno romano había asentado a los visigodos en la costa occidental de Galia, el rey Eurico se declaró independiente de Roma (en 475) y extendió su reino por el Este y por el Sur; hacia finales de siglo ya habían atravesado los Pirineos, penetrando en España. Gobernando Alarico II (484 a 507), consiguieron controlar toda la península, excepto el reino de los suevos en Galicia y las montañas de los vascos al norte de Pamplona.

Siquiera no fuese muy duradera, es un elemento más a tener en cuenta la llegada y asentamiento de los alanos en el territorio donde llegó a extenderse, originariamente, la costumbre de que venimos tratando.

Manuel Torres (40), refiriéndose al año 411, copia de Hidacio el siguiente texto: «Los bárbaros, inclinados por la misericordia divina al camino de la paz, *se reparten a la suerte* las regiones de las provincias para habitarlas. Los vándalos y los suevos ocupan la Galesia, sita en la extremidad occidental del mar Océano; los alanos, las provincias Lusitania y Cartaginense, y los vándalos de sobrenombre silingos se reparten en suertes la Bética. Los hispanos, que por ciudades y castillos habían sobrevivido a tales plagas, se someten a la servidumbre de los bárbaros que señoreaban las provincias.»

«En el año 416 aparecen los visigodos en España. Su caudillo

(38) *Los godos y la epopeya española*, t. 1.275 de la Colección Austral, Madrid, 1956, pág. 18.

(39) *Los godos en España*, Madrid, 1971, pág. 14.

(40) "Las invasiones y los reinos germánicos en España", en el t. III de la *Historia* citada en la treinta y siete, págs. 21 y sig.

Valia se había comprometido a luchar en toda guerra por el Estado romano; ... Dos años después, en el 418, el mismo Valia, después de aniquilar a los silingos en la Bética, llevó prisionero a Roma a su rey Fredibaldo. Inmediatamente lucha Valia contra los alanos, que entre los años 411 y 418 habían pretendido dominar a los suevos y asdingos, como nos testimonia Hidacio. La destrucción de los alanos como la de los silingos fue, puede decirse, total, ya que como pueblo independiente desaparecieron para siempre.»

En su libro citado en la nota treinta y nueve, el agudo escritor E. A. Thompson continúa el relato sobre el punto que ahora nos interesa: «Poco antes de que el ejército de Belisario desembarcase en Africa en 533, el infortunado rey vándalo Gelimero había intentado en vano negociar una alianza con Teudis, en caso de que perdiera la guerra contra Belisario.» «¿Cuándo habían cruzado los visigodos el estrecho y tomado Ceuta? Lo ignoramos. Puede ser que Teudis lo hubiese hecho en 533, cuando vio que Belisario estaba a punto de dominar a los vándalos» (pág. 28).

«Si la ocupación visigoda está correctamente fechada en 533, la acción de Teudis ha de ser considerada no como un intento para desviar a las fuerzas bizantinas de su ataque contra los vándalos, sino como un esfuerzo para salvaguardar España de la invasión de los nuevos amos de Africa.»

«Más tarde, en 540, los ostrogodos de Italia, fuertemente prisionados por los bizantinos, eligieron rey a un tal Idibad; y una razón para elegirle fue que era sobrino de Teudis y tenían así cierta esperanza de recibir ayuda de los visigodos. Pero los visigodos no entraron en acción hasta muy poco tiempo antes de la ayuda de Teudis, y tal vez esa vez los objetivos probablemente fueran protegerse a sí mismos más que ayudar a los ostrogodos. Cruzando valientemente el estrecho de Gibraltar, saquearon Ceuta; pero un domingo, inocentemente, no tomaron sus armas por no profanar el descanso dominical. Los bizantinos vieron su oportunidad, atacaron al ejército visigodo por tierra y por mar, y lo destruyeron. Los visigodos no volvieron a poner los pies en Africa» (págs. 28 y 29).

Este último desgraciado episodio lo relata con más colorido Fidel Fita (41): «Después del feliz suceso de tamaña victoria —se refiere a la conseguida por Teodiselo, General del ejército visigodo, en 542, contra la invasión de los reyes francos—, los godos incautamente se portaron al otro lado del estrecho Hercúleo. Hábalos expulsado de Ceuta la milicia bizantina, y Teudis, para recobrar esta plaza fuerte, ordenó que sus tropas la asediase y combatesen con gran vehemencia. Aconteció que un día, por ser domingo y para no profanar la solemnidad, holgaron los sitiadores dando treguas a su porfiado embate. Reparando en ello los sitiados, hicieron una salida, reforzada con sus naves de guerra, y de tal modo por tierra y por mar envolvieron a sus contrarios y los postraron, que ninguno de éstos quedó con vida para poder llevar a España la noticia de tan ominoso desastre.

«La catástrofe de la hueste visigoda, acorralada por tierra y mar ante los muros de la sitiada Ceuta, aconteció un día de domingo, cuando tocaba en su remate la vida del infortunado Teudis. Conjeturo que aquel domingo sería el solemne de Pascua de Resurrección, 4 de abril de 549, tres días después del año XXIII del imperio de Justiniano.»

Según Menéndez Pidal —Introducción al citado t. III de la *Historia de España*—, «Por medio de su general Belisario, Justiniano reincorpora al Imperio el Africa Occidental (534) destruyendo el reino vándalo, con apoyo de la misma Amalasunta», hija y sucesora de Teodorico el Grande, rey de los ostrogodos y regente del reino godo de España.

De los datos expuestos se obtiene la afirmación indiscutible de que —aparte de las efímeras intervenciones de los visigodos— el pueblo vándalo, también germánico, dominó establecido en Ceuta y el Africa Occidental desde que abandonó nuestra península en 429 hasta el 533: Más de un siglo.

Y ahora parece que no habrá de resultar ociosa la exposición esquemática de los cambios de soberanía producidos en dicha Ciudad después de su incorporación al Imperio bizantino.

(41) "Ceuta visigoda y bizantina durante el reinado de Teudis", en *Bol. de la R. A. de la Historia*, t. LXVIII, año de 1916, págs. 623 y sig.

Bernard Lewis (42) afirma que «Durante el reinado de Mu'awiya creció rápidamente el Imperio —se refiere al árabe—. En Asia Central, los árabes tomaron Herat, Kabul y Bujura. En Africa del Norte se desplazaron en dirección Oeste, hacia el Atlántico» (el nombrado, reinó desde enero de 661 hasta 680).

Manuel Torres —en la pág. 125 del trabajo citado en la nota cuarenta— coincide con el anterior al escribir que «en los últimos años de Recesvinto y primero del reinado de Wamba —éste ocupó el trono en septiembre del 672— habían logrado los árabes ocupar las regiones del Norte de Africa, arrancando al Imperio oriental bizantino incluso la ciudad de Tánger».

Lévi-Provençal, en la pág. 7 del libro citado en la nota veintisiete, relata: «Hubo que esperar la muerte del califa 'Abd- al-Malik ben Marwan, y la proclamación de su hijo al-Walid, el año 705, para que se decidiese por fin una verdadera, y esta vez completa, conquista de Marruecos»... «Después Musa —al que había sido confiado tal encargo— se hizo dueño de Tánger, aunque, a lo que parece, tuvo que renunciar por algún tiempo a tomar posesión del presidio bizantino de Ceuta.»

... «lo más sencillo y a la par lo más razonable es identificar a este Conde Julián con el exarca de la plaza bizantina de Septem (Ceuta), la cual, después de la caída definitiva de Cartago, en 698, siguió, durante algunos años más, siendo la última posesión del emperador de Constantinopla en tierras africanas. Por lo demás, este exarca bizantino no podía prescindir de mantener ciertas relaciones de negocio o de buena vecindad, no sólo con las poblaciones beréberes del interland de Ceuta, sino también con los magnates visigodos de la vecina bética» (págs. 8 y sig.).

Y más adelante refiere la ocupación de Ceuta por un ejército omeya procedente de España: «Esta importante plaza marítima —que contaba entre sus habitantes con un buen número de andaluces, oriundos de la ciudad de Calsena—, estaba por aquellos días en manos de una pequeña dinastía de origen bereber: los Banu 'Isam. El príncipe reinante, al-Rida, vivía en buena inteli-

(42) *Los árabes en la historia*, Madrid, 1956, pág. 84.

gencia con los idisies de la vecindad, cuya tutela política había probablemente aceptado. El 25 de marzo de 931 (2 rabí I 319) una flota omeya, al mando del general Farach ben 'Ufayr, se presentó ante Ceuta e hizo desembarcar un cuerpo de ejército que ocupó sin dificultades la ciudad, en la cual desde entonces se pronunció el sermón en nombre del príncipe de los creyentes 'Abd al-Rahman III.»

(Este debe ser considerado como el segundo vínculo que ligó a Ceuta con persona ejerciente de soberanía real en España, después del efímero que había establecido el visigodo Teudis.)

José A. Márquez de Prado (43) relata otro acontecimiento que fue azaroso para la repetida plaza africana: «En el año 1303 de la era cristiana, Mahomet-Ibni-Aben-Alahamar, Rey de Granada, envió sus naves de guerra contra Ceuta, mandadas por Forrax, Alcaide de Málaga, aprovechándose de la favorable circunstancia de hallarse dividido el reino de Fez en una sangrienta guerra civil, con motivo de la muerte de Abusaid III, rey de los Benesnerinis. Forrax atacó la plaza y la ganó, llevándose consigo sus moradores y dejándola completamente abandonada.»

Oliveira Martins —en la pág. 180 de la obra y tomo citados en la nota cinco— relata cómo la gran flota reunida en Lisboa poco después de haber sido ajustadas las paces entre Portugal y Castilla, partió apenas terminadas las honras fúnebres por la Reina consorte Doña Philippa y fondeó en Ceuta, conquistándola en agosto de 1415: Según concreta el antes nombrado Márquez de Prado, reinando en Portugal Don Juan I y exactamente el 14 de agosto de 1415 del Señor.

Cuando Portugal quedó bajo la soberanía de Felipe II, recordémosle proclamado en abril de 1581 Rey Felipe I de Portugal, anudóse el tercero y definitivo vínculo político entre Ceuta y España.

Pasado el tiempo, «En el año 1640 —escribe Márquez de Prado en la página 128 de su libro—, empuñando el cetro y coronas de Castilla y Portugal Felipe IV, se hizo aclamar por Rey de

(43) *Historia de la plaza de Ceuta*, Madrid, 1859, pág. 13.

los lusitanos el Duque de Braganza. Mandó inmediatamente emisarios a Ceuta para que siguiera el movimiento de deslealtad y rebelión, pero a pesar de cuantas sugerencias se emplearon, los nobles hijos de la ciudad africana no escucharon la voz de la traición, respetando los derechos incontrovertibles del Soberano de la Ibera nación. Ceuta fue la única que en medio del torbellino borrascoso de la usurpación dejó de rendir vasallaje a quien se había constituido, por la rebeldía, en Soberano portugués.»

Y el mismo Monarca —continúa el antes nombrado—, atendiendo los méritos de la ciudad, expidió en Aranjuez, el 30 de abril de 1656, con consentimiento de las Cortes que se estaban celebrando en Madrid, la Carta por la que a Ceuta «hágola y constituyo por propia de estos mis reinos, para que sea tenida, y estimada como yo la tengo, y estimo por comprendida en ellos» ... «y en la misma forma y consiguientemente hago y constituyo con la misma plenitud de mi potestad a los hijos de la misma ciudad de Ceuta, que hoy son, y en adelante fueren perpetuamente para siempre jamás, y a cada uno de por sí naturales de estos mis dichos reinos de la corona de Castilla, León y Granada y de los demás a ellos sujetos...» (pág. 137).

De todos los trabajos referentes al Fuero que han sido citados en las páginas precedentes y entre los demás de que tengo conocimiento, hay catorce en que se sostiene la vigencia de aquél en la plaza africana de Ceuta. Borrallo estima probable que también alcanza al territorio del contorno de la misma, y Ramírez Jiménez —en igual sentido— cree posible tuviera aplicación entre los habitantes del pueblecito marroquí Castillejos o acaso entre los que vivían en la actual parte marroquí de la Bahía de Benzú.

Martínez Pereda —en el trabajo anotado en la diecisiete—, por contra de la opinión que le atribuye Federico de Castro y Bravo (44), dice sobre el particular de que en este lugar estamos tratando: «No estamos conformes con Borrallo respecto de su vigencia en tal plaza africana, porque en Derecho consuetudina-

(44) *Derecho civil de España*, Parte general, t. I, 3.^a edic., nota 2 en la pág. 299.

rio, aunque la ley lo respete, la inobservancia de una institución es su muerte.»

En consonancia con las informaciones que me habían sido facilitadas, amablemente, por Don Eladio Barrueco Rodríguez, Notario, y Don Ignacio Martínez de Bedoya, Registrador de la Propiedad en Ceuta; Manuel Ramírez, en el trabajo anotado en la veinte, refiere la existencia de dos escrituras de capitulaciones matrimoniales en las que había sido convenida la no aplicación del Fuero, y otras cinco de partición de bienes en las que se hace aplicación del mismo.

Ahora bien, este respetable autor —en la página 1016 del *Anuario* citado—, después de escribir que «Los avatares históricos que la ciudad de Ceuta cuenta en su haber, se resisten a admitir una vigencia de la costumbre del Fuero con anterioridad a la época portuguesa», sitúa la iniciación de la observancia en ella de esta norma especial en el año 1415, atribuyéndola a la influencia de la Carta a miatade o Ley de miatade que en Portugal regía, ya que portugueses eran los conquistadores que quedaron habitando la plaza.

(Más adelante me permitiré impugnar las expresadas ideas, rectificando al hacerlo la opinión referente a este particular que había sido mantenida en la primera edición de mi libro.)

Y Madrid del Cacho escribe: «Creemos con Castán que no está demasiado justificada la opinión de Borrallo, según la cual la aplicación del Fuero del Baylío alcanza, después de la publicación del Código, a la plaza de soberanía de Ceuta» (libro que dejé citado en la nota veintitrés, págs. 45 y sig.).

En definitiva, me produzco modestamente al sostener que esta norma especial de derecho económico-matrimonial tiene aplicación en la plaza de Ceuta, y con evidente fundamento legal —añado—, según intentaré demostrar en el lugar oportuno.

D) La observancia en Portugal peninsular

En los territorios que hoy son de Portugal, la misma costumbre contemplada en este Capítulo es conocida con el nombre de

Carta de meetade y a ella se alude por escrito, por primera vez, en el libro IV, título XII de las Ordenações Alfonsinas de 1446 (dos siglos después de haberle otorgado sanción escrita don Alonso Téllez y un Baylío de Jerez de los Caballeros, para sus respectivos territorios). Dice así:

«Costume foi en estes Regnos, longamente usado e julgado, que honde o casamento he feito antre o marido e a molher per *Carta de meetade*, ou en tal lugar, que per usança se partan os beés de per meo aa morte sem aber hy tal *Carta*, orto o marido, a molher fica en posse, e cabeça de casal...»

«E este costume foi fundado em razom, ca pois que per bem do dito costume, tanto que o casamento he consumado, a molher he feita meeira en todos os beés, que ambos han...»

Los dos últimos párrafos han sido tomados del libro de Borralló Salgado que tenemos anotado, en cuyas páginas 50 y siguiente añade que en tales Ordenações, libro IV, título XI, hay registrada una ley de Alfonso III, que dice así: Mandamos que o marido não possa vender nem alhear bems alguns de raiz sem procuração o expresso consentimento de sua molher...

Rincón Jiménez, en la pág. 114 de su libro anotado en la treinta y una, añade que el nombrado fue reinante en Portugal de 1246 a 1279, por lo que, como no se dictan las leyes *a priori* y caprichosamente, sino que se inspiran en los principios abstractos del Derecho y en las prácticas consuetudinarias por las cuales se rigen los pueblos, supone que tal rey tuvo presente la observancia de la costumbre que luego plasmó en la Carta de a metade.

J. H. Corrêa Telles es autor de un «Digesto portuguez ou Tratado dos direitos e obrigações civis, relativos as pessoas de uma familia portugueza, para servir de subsidio ao novo Código civil», en el que se incluyeron los siguientes párrafos: «264. Si los novios no hacen escritura antes del matrimonio por la cual expresa o tácitamente estipulen la incomunicación de los bienes, entiéndese quieren ser medieros en todos los bienes comunicables, según la costumbre general del reino», y «266. Esta sociedad de

todos los bienes comienza no desde el acto sacramental, sino desde la consumación del matrimonio» (45).

Eugenio García de Gregorio dice en un antiguo trabajo que «El Fuero del bailío, conocido en Portugal con el título de la ley de la mietade» (46). Lo que constituye un error o una expresión desafortunada, pues parece quiere significar que en aquella nación rige nuestro Fuero, aunque conocido con otro nombre; lo cual no es exacto.

Del mismo modo, es inadmisibile la afirmación vertida por Joaquín Costa Martínez (47) al decir: «El Código civil portugués reconoce al fuero en cuestión autoridad de costumbre general del reino.»

Y también debe ser rechazada la expresión de Borralló en la página 18 de su libro, donde sostiene que el Fuero del Baylío estuvo «extendido en lo antiguo por todo el litoral africano que conquistaron los portugueses»; por cuanto lo que éstos llevaron a tales territorios de Africa —en la página 187 de su libro anotado en la cinco, Oliveira Martins puntualiza que Alcazarquivir fue conquistada en 1458 y en 1471 Arcila— fue su propia Carta de a mietade (según sabemos, Ceuta lo había sido en 1415, pero más adelante explicaré cómo, al llegar a ésta sus conquistadores, no introdujeron dicha Carta, pues se encontraron con que ya regía la costumbre originaria de que venimos tratando).

Madrid del Cacho afirma, equivocándose igualmente: «En Castilla, en la zona del Fuero del Baylío, y en todo Portugal —se refiere a los siglos XII y gran parte del XIII—, se practicaba la comunidad universal» (pág. 61 del libro anotado en la veintitrés), ya que en dicha época aún no se había generalizado su observancia en la totalidad del reino vecino.

Dice Eduardo José da Silva Calvalho (48): «Así como entre los

(45) Tomo II, 3.^a edic., Coimbra, 1846, Libro I, tít. II, Sección IV, «Dos casamentos conforme o costume do Reino».

(46) «Fuero del Baylío», en *El Faro Nacional*, año segundo, 23 septiembre 1852, núm. 130, pág. 733.

(47) *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, Madrid, 1880.

(48) *As formas do régimen matrimonial*, Villa Nova de Famalição, 1893, tomo I (Comunhão Geral de Bens), págs. 62 y sigs.

franceses, antes de la promulgación del Código civil respectivo, establecían la comunidad de bienes las costumbres de las provincias, también entre nosotros, antes de la Ordenación manuelina, la comunidad bien provenía en unas partes *ipso facto* del casamiento, o bien en otras había de ser convenida. Esto es lo que inculcaban las palabras *carta de ametade*, significativas de convención expresa, y las palabras *segundo o costume do reino*, que manifestaban el derecho acostumbrado.»

En la nota uno de la pág. 62, añade: «De la Ordenación Alfonsina, libro IV, tít. 12, párr. 5, se ve que en algunas tierras del reino era observada la convención dotal, y *no en todas partes la costumbre de la comunidad o carta de ametade*. Después por la Ordenación manuelina la costumbre del reino se generalizó.»

Y en la pág. 27 del t. III (49) insiste: «Además del casamiento por arrhas, la comunidad general de bienes era reconocida desde la fundación de la monarquía de Alfonso Henriques, y, por cierto, ya anteriormente; comunidad que, según los lugares, o resultaba del matrimonio o era convenida.»

M. A. Coelho da Rocha (50), por su parte, dice: «Entre nosotros antiguamente acontecía lo mismo que en las otras naciones: en algunos lugares la comunicación resultaba inmediatamente del casamiento; sin embargo, en otros solamente tenía lugar siendo pactada. No sólo esto consta de la Ordenación Alfonsina, L. 14, título 12; mas es fácil de concluir de la variedad de las expresiones aún hoy usadas —*por carta de ametade*—, esto es, por título o convención expresa; y de otra *segundo o costume do reino*. No obstante, después de la Ordenación Manuelina, L. 4, tít. 7, se puso término a esta diversidad, determinándose la comunidad legal, si los esposos nada pactasen; y así pasó a la Filipina, tít. 46 del mismo libro.»

En sentido análogo, el Profesor Manuel Paulo Merêa (51): «En este y en otros puntos del reino la comunidad general de bienes

(49) Titulado *Do régimen dotal*, Porto, 1921.

(50) *Instituições de Direito civil portuguez*, t. I, Lisboa, 1907, págs. 164 y sigs.

(51) *Evolução dos regimes matrimoniais*, vol. II, Coimbra, 1913, cap. II, páginas 105 y sigs.

era considerada, si no como régimen obligatorio, al menos como régimen supletorio. En otros puntos la comunidad fue también desde muy temprano conocida y practicada, más como régimen convencional, teniendo vigor, a falta de estipulación en contrario, el casamiento por arras. Una ley de Alfonso III, en la cual los dos tipos de regímenes aparecen por primera vez en paralelo flagrante, permite expresamente el casamiento por carta de metade (*a meyadade*), aun cuando otra sea la costumbre de la villa. Finalmente, en las Ordenaciones Alfonsinas se frisa la antigüedad del régimen de comunidad, expresamente contrapuesto al casamiento por arras, observándose que hay lugares donde se exige, para que se dé la comunidad, la *carta de metade*, en cuanto en otros la comunidad se presume. Tal era, según nos informan las mismas Ordenaciones, la usanza de Extremadura.»

Y en la nota I inserta en la pág. 109 del mismo volumen, transcribe un párrafo de la exposición elevada por las Cortes de Santarem de 1468, capítulo III, reinando Don Manuel, del siguiente contenido: «Otro sí, Señor, sabrá V. A. que en nuestros reinos, a saber, en Extremadura, en Alem-Tejo y en el Algarbe, hay una muy Santa costumbre, a saber, que cualquier hombre, o mujer, que son casados por regla y regimiento de la Santa Iglesia, cuando alguno de ellos fallece de la vida de este mundo, el que queda vivo parte con los herederos del finado todos los bienes, que tenían, así muebles como raíces, lo que Señor, es muy al contrario en las comarcas de Beira, y entre Douro y Miño, y Trallos Montes.»

Artur A. de Castro y Mario M. Reymão Nogueira siguen con fidelidad al autor últimamente citado, reconociendo que se limitan a resumir su exposición: «Fue lo que sucedió en el Sur, en los territorios recientemente frecuentados y repoblados, donde la homogeneidad de las condiciones de existencia y precariedad de circunstancias se hacían sentir, no siendo de extrañar que surgiese así la comunidad general —al paso que el Norte, ya más estable y donde la extensión de la propiedad servía de base al predominio de las familias nobles, se mostraba más apegado al régimen

tradicional del casamiento por arras, restringiendo la comunidad a las ganancias conyugales» (52).

De todo lo que ha sido expuesto en el presente apartado, con prolijidad que estimo necesaria, creo se pueden obtener como bien fundamentadas las siguientes afirmaciones:

En la mitad sur del territorio portugués (en Extremadura, en Alem-Tejo y en el Algarbe) se hallaba establecida —con anterioridad a las dos Ordenações y desde tiempos muy antiguos— la costumbre, observada libremente por sus gentes, de que se viene tratando en este libro, o sea el régimen de comunidad universal de bienes en el matrimonio. Se trata, pues, de zonas inmediatas a las de la España peninsular en que también regía desde la antigüedad.

Por cierto que la mayoría de los autores citados refieren cómo, en los tiempos primeros, se exigía la cópula o consumación del matrimonio para que se produjesen los efectos propios de la comunicación de bienes (lo que nunca ha sido mencionado como requisito necesario para la aplicación de nuestro Fuero).

Por otra parte, tal costumbre no era de general observancia en aquel reino hasta que las Ordenaciones denominadas Manue-linas (de 1521) le dieron esa extensión. Ello constituye una nueva prueba del error en que incurren algunos autores al afirmar que el Fuero del Baylío acogió una costumbre generalmente observada en Portugal, ya que en la probable fecha en que debió ser dado nuestro Fuero —la cual procuraré puntualizar más adelante— la costumbre no era practicada con tal carácter de generalidad en el país hermano.

(52) *Historia de Direito Portuguez* ("Direitos de familia: Casamento e Regimes de bens"), Coimbra, 1930, págs. 66 y sigs.

CAPITULO III

PROCEDENCIA DE LA COSTUMBRE ORIGINARIA

A) Antigüedad inmemorial

Al comienzo del apartado D) en el Capítulo anterior, quedaron transcritos tres párrafos de las Ordenações Alfonsinas de 1446, en el primero de los cuales, con referencia a la Carta de meetade, se dice: «Costume foi en estos Regnos, longamente usado e julgado.»

Antonio Ayerve de Ayora (53) —citado en el informe que dieron los Fiscales del Real Consejo de Carlos III de España, así como por Gómez Villafranca y Ramírez Jiménez, si bien atribuyendo fechas diferentes a la publicación de la obra anotada— escribió que en el Reino de Portugal y en algunos lugares de Castilla a él limítrofes, «como es la villa de Alburquerque y la Codosera, y otras de aquella comarca, que están pobladas al Fuero de Portugal», no se guardan las leyes del Fuero de Castilla sobre régimen de bienes en el matrimonio, «sino la costumbre y Fuero de Portugal, que todos los bienes que se ganan y adquieren por cualquier título entre el marido y la muger, son comunes: y lo mismo es en la dote de la muger, y en otros cualesquier bienes que el marido y la muger truxeren, o heredaren de sus capitales, todos son comunes, y se han de partir entre el marido y la muger y sus herederos» (estos renglones los inserta el último nombrado, en su trabajo que hemos citado en la veinte).

(53) "Tractatus de partitionibus bonorum inter conjuges, parentes et liberos", folio 1 del Prefacio.

Pedro Rodríguez Campomanes (54), al exponer las dos razones a que atribuye el hecho de que, por lo general, la Religión del Temple entraba con los Prelados del Reino de León a confirmar los privilegios reales, y rara vez con los Prelados de Castilla; puntualiza la segunda en los siguientes términos:

«atento a que la Cabeza de la Orden estaba en la Ciudad de Zamora, o en la de Xeréz de los Cavalleros, que llaman de Badajoz, en la Provincia de Estremadura, parte del Reyno de Leon; y aun por lo mismo, en aquellos confines, aún retienen entre si vulgarmente azia Portugal el nombre de Baylía, con motivo de fuero, que en los Lugares de su comprehension se usa, de que por el contrato del matrimonio se celebra una formal comunicacion, ò sociedad de todos los bienes, calificado en el Reyno de Portugal con ordenacion Real de el» (pág. 37).

«Habiéndose observado en dicha villa de tiempo inmemorial», se dice al comienzo de la Pragmática de Carlos III, poniéndolo en boca del Procurador Síndico de la de Alburquerque.

El Profesor Merêa, en la pág. 106 del volumen II del libro que dejé citado en la nota cincuenta y una, escribe lo siguiente:

«En otras partes de la Península la comunidad universal fue también conocida y practicada, mas mantuvo siempre una posición excepcional.»

«Sin que podamos determinar de cierto a qué época remonta la práctica de este régimen, es de presumir que ya fue conocido anteriormente al siglo XII.» Añade en nota 2 de la misma página: «*Tal vez antes en territorio castellano.*»

Y en la 109: «La comunidad universal no aparece, evidentemente, de golpe, sino como remate de una larga y oscura evolución, cuyos tópicos esenciales ya conocemos en parte, pues son los mismos que explican la formación de otras instituciones ya estudiadas, señaladamente la comunidad de gananciales.»

(54) *Disertaciones históricas del Orden, y Cavalleria de los Templarios, o Resumen historial de sus principios, fundacion, Institutos, progresos, y extincion en el Concilio de Viena, Madrid, año de 1747.*

Borralló Salgado dice en la pág. 54 de su libro: «confesando ingenuamente nuestro desconocimiento de la aparición de esta costumbre en la sociedad familiar portuguesa, no obstante los trabajos de investigación practicados».

Gómez Villafranca se expresa en análogo sentido en el repetido prólogo al libro del mismo Borralló: «Nótese, en fin, que si concedemos que ya en el siglo XIII se acostumbrara en Portugal, aunque no fuese ley, el *Fuero o Carta*, es decir, que si hemos de reconocer *ab origine* del Portugal Reino independiente su *Carta de a metade*, eso obliga a reconocer que esa costumbre, que no sería improvisada por los portugueses separatistas políticos de España, no es peculiar ni privativa de su entonces naciente Estado, sino una costumbre con raigambre más española que portuguesa.»

Juan Beneyto Pérez dejó también escrito: «pero su antigüedad inmemorial bien puede sostenerse por el carácter que la institución de la comunidad hace destacar» (55).

B) Examen y crítica de varias tesis expuestas por la doctrina

a) *Supuesta procedencia de Portugal*

Wenceslao José Carvallo —trabajo mencionado en la nota siete—, además de repetir otros errores que habré de refutar en el lugar oportuno (referentes a la persona que autorizó siguiera la observancia de esta costumbre en Alburquerque), añade que, sin duda, tal Señor lo hizo por plagiar o imitar el fuero común de Portugal.

Exactamente idéntica es la equivocada posición de Boza, que cita las Ordenações portuguesas; añadiendo que el fundador de Alburquerque «la conquistó y reedificó sin duda con portugueses que en calidad de vasallos habían venido con él *al fonsado*» (página 9 del folleto reseñado en la nota ocho). Lo mismo José Fernández, trabajo citado en la doce.

(55) *Instituciones de Derecho histórico español*, 1.ª edic., 1930, vol. I, página 102.

Luis Moutón, en el artículo que menciona la nota trece —después de reconocer los errores tópicos que había expuesto en su también citado Diccionario del Derecho Civil Foral—, incide en esta nueva equivocación: «No es aventurado suponer, a falta de datos para hacer una afirmación categórica, que dado su origen y su proximidad a Portugal, el casamiento *por carta de ametade* tendría en dicha villa —refiérese a Alburquerque— completo des-
 involvimiento hacia principios del siglo XII, o sea en la época de la independencia de aquella Nación, en que parece que la expresada costumbre tuvo su desarrollo inicial en la misma.»

Rafael de Ureña, en el artículo anotado en la catorce, refiriéndose a nuestro Fuero, expresa que «Su origen es portugués; una sencilla aplicación de la *ley de miatade* que ha constituido la base del antiguo derecho matrimonial de la vecina República.» Me permito indicar que esta segunda afirmación tampoco es exacta, sino que, como exponen los autores portugueses cuyas opiniones han quedado transcritas en el apartado D) del Capítulo II del presente libro, el régimen tradicional en aquel país (sobre todo, en su parte septentrional) consistía en el casamiento por arras, que restringía la comunidad a las ganancias conyugales.

Borrallo alude a «la costumbre portuguesa de la fusión de bienes en el régimen matrimonial, o sea la costumbre de contraer matrimonio por *Carta de a metade*», y añade: «habiendo sido llevada esa costumbre a la villa de Alburquerque por Alonso Téllez de Meneses»... «Siguiendo la tradición recogida por el Real Consejo de Castilla, éste y no otro es el origen del *Fuero del Baylío*, explicándose la razón de usarse en Ceuta como lugar conquistado por los portugueses en 1415 e influido por sus leyes y costumbres; y tal vez por la misma causa en Olivenza, incorporada a la Corona de Portugal en tiempos de D. Dionisio, si como creen algunos escritores, a falta de datos ciertos, nunca formó parte esta ciudad del *Bayliato* de Jerez de los Caballeros, a pesar de afirmar que debió su fundación o repoblación a los mismos caballeros religiosos del Temple» (págs. 22 y 23).

Duarte Insúa —en la pág. 608 del suyo— recoge la misma idea al afirmar que el mayor núcleo de las gentes que acudieron

a la llamada defensiva de Don Alfonso Téllez había llegado de Portugal, donde ya era costumbre sujetar a partición los bienes de los cónyuges por partes iguales; por lo que Don Alonso les autorizó para que siguieran rigiéndose por los usos que tenían.

También coincide Miguel Royo Martínez (56): «En Portugal, como hemos visto, fue preferido el régimen de comunidad absoluta de bienes que constituye el "casamiento segundo a costume do reino", y de origen portugués es el régimen análogo del Fuero del Baylío.»

Manuel Ramírez —trabajo que se menciona en la nota veinte— por su parte escribe que: «Esta costumbre de la Carta de ametade, como también se la conoce, estaba extendida entre los siglos XII al XIV por algunos lugares españoles y se conocía bajo la denominación de Fuero del Baylío» (pág. 1002).

Y en la 1016, añade: «Los avatares históricos que la ciudad de Ceuta cuenta en su haber se resisten a admitir una vigencia de la costumbre del Fuero con anterioridad a la época portuguesa.»

«Más acertado nos parece creer que es a partir de este año de 1415, en el que la ciudad es conquistada por el Infante Enrique, el Navegante, para Portugal, y desde el que, a juicio de Borrallo, la ciudad se ve influida "por sus leyes y costumbres", cuando el Fuero del Baylío, con la denominación portuguesa de la Carta a miatade o Ley de miatade, toma carta de naturaleza en la práctica matrimonial de sus habitantes, muchos de los cuales llegaron del mismo Portugal. La práctica se confirmó y popularizó, sin duda, a lo largo de todo el período de posesión portuguesa, que, como es sabido, superó los dos siglos. La costumbre sería respetada cuando, en el año 1640 y con motivo de la separación de los reinos de España y Portugal, la ciudad se pronuncia por Castilla y pasa a integrar su corona. A partir de este instante, la costumbre foral se españolizaría, tomando el nombre, ya extendido en los pueblos extremeños donde estaba vigente, de Fuero del Baylío. Y con esta denominación se la ha conocido y practicado antes y después de la publicación del Código civil.»

(56) *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, págs. 154 y sigs.

Modestamente, opino que no es necesario avanzar hasta el citado año, relativamente próximo, para situar el comienzo de la observancia de la costumbre en dicha ciudad africana. Más adelante intentaré la demostración de que originariamente fue traída a una parte del territorio peninsular por los pueblos germánicos invasores, y como uno de éstos (los vándalos) consta que pasaron al Norte de Africa, donde permanecieron establecidos durante más de un siglo, resulta lógico pensar que, al atravesar las aguas del estrecho, no olvidaron ni perdieron aquélla y sus otras costumbres. La de que se trata llegó y fue observada por ellos, si bien perdióse después en parte del territorio y sólo se conservó en Ceuta y su alfoz (pero esta extinción en una parcela territorial mientras que en otra pudo conservarse, es un tema al que en otro espacio habré de dedicar la atención que merece).

Madrid del Cacho, en su libro citado en la nota veintitrés, refiriéndose a la primera de las zonas peninsulares que señalamos en España, escribe: «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» (pág. 33).

«Probablemente Don Alonso se asentó en Alburquerque, ya definitivamente, recién casado en segundas nupcias con doña Teresa, y por ser la esposa de stirpe real el estatuto matrimonial de "a metade" de ella fue atrayente y postergó el de gananciales a fuero de León correspondiente al marido; Don Alonso extendería luego a sus vasallos el régimen económico matrimonial que él había adoptado y lo incluyó en el Fuero de la villa» (pág. 38).

Sin perjuicio de volver sobre el tema más adelante, bueno será consignar en este lugar que Gómez Villafranca rechaza la equivocada idea: «Como institución jurídica, como ley, el *Fuero del Baylío* es dos o tres siglos anteriores a la *Carta de a metade*» (pág. xx en el prólogo al libro de Borrallo).

Y aun este distinguido Registrador de la propiedad se contradice a sí mismo, en la pág. 35 de su repetidamente mencionado, donde escribe lo siguiente: «En cuanto a la afirmación de que el *Fuero del Baylío* regía en Portugal con el título *Ley de a*

metade cuando se dio a Alburquerque, no puede ser más gratuita, porque nadie puede dar lo que no tiene; y si no aparece esa ley hasta 1446, mal pudo dar origen al *Fuero* ni a cosa alguna, porque le faltaba el ser de su propia existencia.»

Me permito estimar tan errónea la afirmación de que el Fuero del Baylío rigió en Portugal como decir —en sentido contrario— que, mediante él, autorizóse la observancia de la Carta de metade en las zonas españolas que conocemos. Lo cierto es que uno y otra, en sus diversas fechas, aprobaron la normal eficacia en sus respectivos territorios de la costumbre que venía siendo observada entre los habitantes de una extensa zona peninsular, desde tiempos remotos; es decir, con anterioridad al fraccionamiento que en el territorio llegó a producirse a consecuencia de la dominación musulmana y por las independientes acciones reconquistadoras de los soberanos portugueses, leonés y castellano, aún después de haber quedado unidas las dos últimas coronas.

b) *Traída por los Templarios*

El notable historiador Matías Ramón Martínez y Martínez, en la pág. 60 de su libro citado en la nota nueve, refiriéndose a la entonces villa Jerez de los Caballeros, escribe que era capital de bailiato o encomienda de su nombre, la cual en los documentos antiguos se llamaba «la bailía de Xerex»; «y de aquí el que se llame por antonomasia *el fuero del baillo* al que rige en los pueblos antedichos y otros varios de Extremadura, y fue introducido por los mismos Templarios, que lo tomaron de la legislación portuguesa, sin duda porque casi todas las posesiones de la Orden en esta parte de la península estaban comprendidas en el vecino reino de Portugal».

El no menos notable fuerista Borrallo —en sus notorias vacilaciones sobre este punto de la procedencia del Fuero—, después de haber escrito que Alfonso Téllez de Meneses había llevado a Alburquerque la costumbre *Carta de a metade*, continúa: «así como en tiempos de Alfonso IX de León la trajeron los Templarios a Jerez de los Caballeros, Olivenza y Fregenal de la Sierra, cuyos territorios y respectivas demarcaciones debieron de consti-

tuir, bajo la capitalidad de Jerez, un *Bayliato*, del que tomó nombre la costumbre que estudiamos» (págs. 22 y sig. de su libro).

Y en el año de 1972 publicóse en el diario *Hoy*, de Badajoz, un breve trabajo en el que su autor coincidía en esta tesis de atribuir a los Caballeros Templarios la traída de la presente institución foral a la zona que tantas veces hemos mencionado.

Pero ocurre que entre los pueblos que la Orden tuvo bajo su jurisdicción por aquellas latitudes, existen varios que señalaremos en el subapartado a) del apartado B) del siguiente Capítulo, en los que este Fuero no fue observado nunca ni tampoco tiene aplicación actualmente. Se trata de Fregenal, Higuera la Real, Bodonal, Capilla, Almorchón, Alconeta y Caracuel. De ellos, el más importante fue y es el hoy nombrado *Fregenal de la Sierra*; por lo que *merece un especial examen*.

Según refiere Campomanes en las págs. 48 y sig. de su libro citado en la nota cincuenta y cuatro:

«En este mismo año de 1253, en que se formalizó el repartimiento à 6. de Diciembre, concedió el mismo Rey D. Alonso a la Ciudad de Sevilla varios Pueblos, por término, y jurisdicción de ella, entre los que fue uno el Castillo de Valera, por estar cerca de las ruinas, que aun hoy se reconocen de aquella célebre Ciudad, asiento de Silla Episcopal, como refiere la constante tradición, llamado hoy Frexenal, que en lo mas antiguo, antes de los Romanos, se llamó Nertobriga tambien, como prueba Morales en sus Antigüedades, y lo que he visto en un curioso Manuscrito, formado por Patricio de aquella Villa, lleno de singular erudición...

»Posteriormente, en el año 1283, con el motivo de las discordias, que reynaban entre Don Alonso el Sabio, y su hijo Don Sancho el Brabo, por atraer aquel à su Partido à Don Juan Fernandez Cay, Maestre del Templo en Castilla, y à sus Cavalleros, les concedió, y assegurò el dominio de Frexenal, expidiendo para èste efecto su Real Diploma, con fecha de 8. de Marzo del expresado año; en cuya conformidad le poseyeron, aunque reclamandolo la Ciudad de Sevilla, a quien primordialmente se habia do-

nado, hasta el año de 1308, habiendo puesto en la puerta, o fachada de el Castillo las Armas de los Templarios, ...la que parece permanece aún; y es verosímil congetura, que el Castillo fuesse fábrica suya: y en esta misma donacion entró Xerèz de Badajòz, ò de los Cavalleros, de que se hablarà en su lugar, y se hace mencion de Burgos, ò Burguillos, y Alconchel...

»En el año de 1308. con motivo del secuestro general, que en Castilla se executò de los bienes de esta Orden, de que adelante se tratará, tratò la Ciudad de Sevilla de bolver à recobrar la villa de Frexenal, y sus Aldeas, para lo que precedido permiso del Rey Don Fernando IV. juntò la Ciudad gente de Guerra, y se apoderò de ella...»

Los párrafos transcritos sirven para comprobar cómo los Caballeros Templarios tuvieron esta importante villa, por lo menos, desde 1283 hasta la extinción de la Orden; no obstante lo cual, no le impusieron ni se ha observado nunca en ella el Fuero dado —antes o después de haberla adquirido— por un Baylío o Comendador cuyo nombre desconocemos.

Tal hecho pone de manifiesto que tales religiosos o «freyres» no trajeron tal régimen económico-matrimonial, sino que, representados por el que de ellos tenía autoridad en la zona, se limitaron a autorizar o sancionar que *continuase la observancia* de aquella remota costumbre: *No en todos los pueblos que les estaban sometidos*, sino en los que ya tenía aplicación cuando ellos llegaron (en los cuales se había mantenido durante la dominación musulmana), y no la autorizaron porque la considerasen conveniente, sino porque era voluntariamente observada. Es lo mismo que antes había decidido D. Alonso Téllez respecto de Alburquerque y La Codosera, y lo que después dispuso Carlos III con referencia a «la citada villa de Alburquerque, Ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora».

c) *Abolengo celtibérico*

El ilustre Notario Matías Martínez Pereda, en su trabajo anotado en la diecisiete, expone una tesis considerada muy interesante,

cual es la del abolengo celtibérico de este Fuero. En un principio —dice—, le parecía imposible la supervivencia de costumbres celtibéricas, porque no acertaba a explicarse cómo pudiera salvar el doble escollo que para ellas representaron las dominaciones romana y visigótica. Pero añade que, después de un estudio más detenido, le resulta evidente; primero, por el exclusivismo del *jus civile*, y también porque éste actuaba muy lento y pobremente en gran parte del suelo español, por falta de medios de comunicación y transporte y escaso número de ejemplares de la ley escrita.

«La romanización del derecho consuetudinario de los provinciales españoles —copio del trabajo— cuando en el siglo v sobreviene la invasión de los bárbaros, era mucho menor que lo que comúnmente se afirma. Pero es que hasta los que, como Costa y Ureña, singularmente éste, parecen señalar en los últimos tiempos romanos el predominio del *jus civile* sobre el indígena en la vida privada de los provinciales hispánicos, han insistido en que, al sobrevenir la invasión bárbara, al contacto —dicen— del derecho germánico, resurge el derecho celtibérico, que vivía *oprimido* bajo la losa unitaria y absorbente del derecho romano.»

«Si miramos un mapa de la Península, encontramos que hoy todavía podemos ver la comunidad universal de bienes en el matrimonio, vigente en aquellos territorios cuyos pobladores lucharon más enérgicamente contra la dominación romana; es decir, donde habitaron los *menos romanizados*.»

Paulo Merêa —el prestigioso Profesor portugués, en las páginas 3 y sigs. del vol. I de su obra citada en la nota cincuenta y uno— había escrito sobre este punto: «Ya hubo quien afirmó la existencia de una comunidad conyugal entre los celtiberos. En esta parte, no obstante, se debe decir que son más que escasos los elementos de que puede echar mano el estudioso: y no sin testimonios formales, o por lo menos sin serios y poderosos indicios, se puede hacer una afirmación tan atrevida como esa de que nuestra comunidad de bienes entre cónyuges se va a fundar en originarias costumbres peninsulares» (estimo oportuno puntualizar que los dos volúmenes del libro portugués son del año 1913,

mientras que el trabajo de Martínez Pereda publicóse en 1925).

Manuel Torres (57), después de haber escrito en la pág. 404 «cabe, pues, hablar durante la dominación romana de la persistencia del Derecho indígena», añade más adelante que «No es posible reconstruir en la época hispano-romana el Derecho privado nacional, es decir, el Derecho privado de naturaleza indígena, que había de existir bajo las instituciones, sin duda más perfectas, del Derecho privado romano que fueron penetrando en las provincias hispanas. Y no es posible reconstruirlo *por falta de fuentes* y porque sus instituciones fueron siendo paulatinamente oprimidas, aplastadas y sustituidas por los romanos» (pág. 413).

(El resalte con bastardillas es mío.)

Américo Castro, refiriéndose a la España visigoda, escribe: «El pueblo conservó algunas costumbres jurídicas de origen germánico, las cuales subsistieron a pesar de haberlas querido desterrar la misma legislación visigoda, por ser contrarias al espíritu del derecho romano» (pág. 84 de la obra que ha sido citada en la nota tres).

Claudio Sánchez Albornoz (58), con agudeza manifiesta, escribió por su parte: «Y por último en el siglo v, en los oscuros tiempos en que "sin rey ni roque" diversas zonas de la Península quedaron a la intemperie de la anarquía, huérfanas de la autoridad imperial y siempre amenazadas por la próxima llegada o retorno de los bárbaros, los españoles hubieron de volver a vivir horas parejas de las que precedieron al triunfo de la *lex* y de la *pax* romanas y por ende hubieron de recaer en su prístino estilo vital.»

El Catedrático de la hoy Universidad Complutense Manuel Torres López —en sus explicaciones de Cátedra—, refiriéndose a los pueblos peninsulares prerromanos, afirma que el carácter del derecho de estos pueblos es siempre hipotético, popular, consuetudinario y no escrito. No hay unidad cultural ni jurídica. Tam-

(57) "La Península Hispánica, provincia romana", tít. II del t. II de la *Historia de España* publicada por Espasa-Calpe, Madrid, 1935.

(58) *España, un enigma histórico*. Buenos Aires, 1956, t. I, pág. 122.

poco el Derecho prerromano es un derecho propio, pues se influencia de otros pueblos, y no sólo en sus colonias, sino en regiones bien centrales, lejos del Mediterráneo, como en Extremadura y Lusitania (influencia de leyes griegas, costumbres matrimoniales). Como elementos de conocimiento, cita las inscripciones, monedas, arqueología, escritores y la comparación con los derechos de otros pueblos; terminando que es difícil el estudio de este derecho consuetudinario, porque no sabemos a ciencia cierta cuál es el que se transmitió a épocas posteriores.

Después de citar las opiniones de Costa y de Martínez Pereda, Castán Tobefías añade: «Insistimos en que casi todas estas conclusiones no pasan de ser ingeniosas conjeturas ante la imposibilidad de demostrar documentalmente la persistencia y continuidad de las instituciones celtibéricas a través de las culturas posteriores» (obra citada en la nota diecinueve, t. I, vol. I, 10.ª edición, pág. 145).

Afirmándome sobre todo cuanto ha quedado expuesto en el presente subapartado, estimo que no resulta suficientemente justificada la opinión de Martínez Pereda acerca de este punto del origen de la costumbre aprobada por el Fuero. Me doy cuenta de la dificultad que, para robustecerla, entraña la circunstancia antes recogida de que el Derecho de los pueblos peninsulares prerromanos siempre es hipotético, popular, consuetudinario y no escrito.

Mucho podría pesar —admito— en favor de referida tesis la importante idea que más arriba hemos transcrito con palabras de Sánchez Albornoz. Pero falta el conocimiento, directo o indirecto, de lo que sería un fundamento definitivo: La existencia de alguna costumbre igual o análoga, observada por los pueblos peninsulares antes de la llegada de los romanos.

d) Origen franco-borgoñón

Manuel Madrid del Cacho —en las págs. 63 y sigs. de su libro citado en la nota veintitrés— expone una tesis original acerca del origen de la norma especial que es objeto de nuestro estu-

dio; la cual podemos considerar sintetizada en los párrafos siguientes:

«La comunidad universal en Portugal y zona del Baylío tiene el sello franco-borgoñón.»

«En Portugal y en la comarca del Baylío ha surgido transplantada de 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 al reto del contorno.»

«La costumbre de a metade portuguesa y el Fuero del Baylío 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.»

En la pág. 71 establece *una de las premisas* del silogismo en que razona su opinión: «en Portugal y en Castilla desde mediados del siglo XI a mediados del XIII han existido fuertes influencias franco-borgoñonas, representadas por Cluny, por la Casa de Borboña 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 Baylío, el nombre mismo del Fuero y el de la capital de la zona, pregonan su estirpe templaria».

En las págs. 71 a 77, el autor explaya como *otra premisa* la demostración «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».

Y por último —en las 79 y sig.—, enumera cinco conclusiones, de las que copio las tres últimas:

«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.ª Portugal, país de gran predicamento templario, es limí-

trofe al bayliato de Jerez de los Caballeros, donde el Fuero y el nombre de la ciudad nos traen remembranzas templarias.

»5.ª En definitiva, la costumbre de "a metade" portuguesa y el Fuero del Baylío 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 fue enorme en Portugal y que en Jerez de los Caballeros dio apellido al pueblo y nombre al Fuero.»

Permítaseme que —con el más sincero respeto— mantenga mi radical discrepancia frente a esta tesis.

Para ello, copiaré del mismo libro otras afirmaciones que considero fundamentales:

«Es realmente asombroso observar cómo el pueblo vándalo 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» (nota única en la pág. 27).

«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...» (pág. 52).

«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» (pág. 54).

Todas las referencias recogidas por este autor en los varios apartados que contiene la exposición de su primera premisa, sólo podrían resultar decisivas en apoyo de la tesis que impugno si los pueblos germánicos, en su tiempo, se hubiesen quedado estancados en Borgoña y en la Francia del Nordeste, sin salvar el obstáculo pirenaico. Pero como la realidad histórica es que los aludidos vándalos, así como los suevos, alanos y visigodos, también llegaron y, además de guerrear, se establecieron en la Penín-

sula Ibérica (aquéllos, también en el Norte de Africa, donde Ceuta se halla asentada), resulta evidente que tales pueblos trajeron a estas latitudes la misma costumbre de que habían dejado rastro en Francia. Y la trajeron en el siglo V, o sea varios antes de la llegada de esas influencias ciertas mencionadas por el señor Madrid del Cacho.

¿Para qué hay que pensar en los influidos, como portadores de tal costumbre, si sabemos que, mucho antes que ellos, habían llegado y se establecieron en zonas peninsulares y en Ceuta los pueblos influyentes que la habían transmitido a los supuestos portadores de prestado?

C) En defensa de mi propia tesis

Dada la imposibilidad de conocer cuándo comenzó a ser observada la costumbre de que vengo ocupándome, carecemos de un dato que resultaría precioso para determinar su procedencia. Sin embargo, me atrevo a enunciar mi firme creencia de que la tiene puramente germánica. Y en este espacio procuraré exponer, con el debido orden, las autorizadas opiniones ajenas y los hechos en que se fundamenta dicha tesis.

Román Gómez Villafranca, en la pág. XIII de su prólogo al libro de Borralló, copia del folio treinta y tres del expediente a que puso término la Pragmática de Carlos III el concepto que había vertido en su declaración José García Velloura, con las palabras siguientes: «así he oído decir a mis mayores y más ancianos que viene en costumbre tan anticuada que trae origen desde el tiempo de los godos».

Análogamente, García de Gregorio, en el último párrafo de su trabajo citado en la nota cuarenta y seis, escribe que «Este fuero debe tener su origen de los godos, y de las ideas que tenían respecto del matrimonio».

Sabido es que, de los varios pueblos germánicos que invadieron la península ibérica, los godos eran los más romanizados, sin duda, por consecuencia de sus incursiones en los territorios que

ocupaban los romanos y por las relaciones, de toda índole, que tuvieron con éstos. Por ello, me permito interpretar como genérica la expresión «los godos» empleada en los dos párrafos que han sido transcritos, pues creo que sus autores quisieron significar *los germánicos o germanos*.

Francisco Martínez Marina (59) decía en la época de su libro: «Celebrado el matrimonio con todas las solemnidades de derecho, y haciendo vida maridable y viviendo en uno los consortes, comenzaban desde luego a gozar del favor que les dispensaba una ley peculiar de España, por la cual se había establecido desde muy antiguo la legítima comunión de bienes entre marido y mujer, otorgándose a ésta derecho a la mitad de las ganancias, o bienes adquiridos o multiplicados durante el matrimonio; *legislación de que no hallamos vestigio en el cuerpo del derecho romano*, y seguramente trae su origen de las costumbres de los pueblos germánicos conservadas por los godos, cuyas mugeres al principio dexados sus antiguos asientos y moradas, seguían constantemente a sus maridos en paz y en guerra, y así como arrosaban los trabajos y peligros, así era justo que entrasen también a la parte del fruto de aquellos afanes.»

(Me he permitido subrayar las palabras que expresan una idea tópica, admitida como evidente.)

Estimo que no dejará de concedérsele la importancia que merece la compulsa de otro elemento, en extremo importante por mantenido durante ocho centurias en la vida peninsular: «El matrimonio musulmán —escribe el P. José López Ortiz (60)— no produce ningún género de comunidad de bienes o ganancia entre marido y mujer; cada uno de los cónyuges es propietario y administrador de sus bienes, con independencia de los del otro.»

Y en el mismo sentido, el P. Patrocinio García Barriuso (61):

(59) *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla...*, Madrid, MDCCCVIII, número 261, pág. 215.

(60) *Derecho musulmán*, Colección Labor, 1932, pág. 169.

(61) *Derecho matrimonial Islámico y matrimonios de Musulmanes en Marruecos*, Madrid, 1952, pág. 274.

«El matrimonio musulmán no produce género alguno de comunidad de bienes o ganancias entre los esposos, los cuales sólo ponen en común sus personas. Su patrimonio respectivo sigue separado; cada uno lo administra libremente, salvo la excepción que veremos, sin interferencias de uno de los cónyuges respecto del otro. Sólo hay, por tanto, un régimen matrimonial: el de separación absoluta de bienes. La fortuna personal de cada esposo es de su exclusiva propiedad e independiente la administra.»

a) *Autorizadas referencias al Derecho matrimonial germánico*

Federico Puig Peña (62) expone su valiosa opinión en los siguientes términos: «*Insistimos, pues, en el entronque germánico del régimen absoluto de comunidad de bienes*. La influencia de este pueblo se echa de ver en las legislaciones del norte de Europa, que aún hoy día conservan la comunidad universal como *régimen legal* del matrimonio, como sucede en la mayoría de los Estados bálticos y Holanda.»

En otra obra posterior (63) repite y matiza su idea: «El entronque germánico del régimen absoluto de la comunidad es clarísimo, echándose de ver la influencia de este pueblo, no sólo en las legislaciones del Norte de Europa —que aún hoy día conservan la *comunidad universal como régimen legal* del matrimonio, como sucede en los Países Bálticos y Holanda—, sino también en los países lusitanos, probablemente por su proximidad a los territorios españoles sometidos al Fuero del Baylío.»

El Profesor Castán Tobeñas —en la obra que dejamos citada en la nota diecinueve, t. I, Madrid, 1949— escribe: «De todas las legislaciones bárbaras, es la de los visigodos la que más se separa de su primitivo origen germánico.» «No obstante, la legislación escrita de los visigodos, en sus diversas formas, no debió contener todo el Derecho vigente, y un Derecho consuetudinario, más fuerte que el sancionado en la Ley, debió regular numerosas relaciones» (pág. 56).

(62) *Tratado de Derecho civil español*, Madrid, t. II, vol. I, 1947, página 265.

(63) *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, vol. I, Barcelona, 1966, página 144.

«En el Derecho medieval español de los primeros tiempos de la Reconquista se observa la vigencia de las instituciones jurídicas de origen germánico, desconocidas por la *Lex Visigothorum* o contrarias a ella. Puede afirmarse que, durante los primeros siglos de la Reconquista (esto es, hasta los siglos XII y XIII, en que se verifica la llamada recepción del Derecho romano) se acentuó el carácter germánico y el nacional de nuestro Derecho, hasta el punto de quedar casi obscurecido el matiz romano» (obra citada, tomo I, vol. I, 10.^a edición, Madrid, 1962, págs. 147 y sig.).

«Los orígenes de la comunidad se han discutido mucho. La opinión quizá más general —aunque no deje de tener sus contradictores— es la que atribuye al régimen de comunidad de bienes un origen germano, enlazándolo con la antigua compra de la mujer. La comunidad de bienes —dice Viollet— es un árbol cuyas raíces hay que buscar en el Derecho germánico» (la misma, tomo V, vol. I, 7.^a edición, 1954, pág. 167).

Hans Planitz (64), escribe: «La comunidad de administración, que por principio separaba el patrimonio de los cónyuges según a quién pertenecía (por esto llamada también separación de bienes), fue el sistema dominante en la remota Edad Media; sin embargo, prescindiendo de Ostfalia y Suiza, fue siendo desplazado paulatinamente tal sistema por la comunidad de bienes, cuyos orígenes surgieron ya en la época franca en forma de comunidad de ganancias, entre los francos y westfalianos.»

«Esta evolución resultó favorecida por la costumbre de los cónyuges de comunicarse recíprocamente todo su respectivo patrimonio. Partiendo del este y del sur, la comunidad de bienes se fue difundiendo poco a poco, en especial en el norte y en las zonas colonizables del este. En el Derecho de las ciudades, en la Edad Media, el sistema de comunidad de bienes era la forma de régimen matrimonial reglamentada por el ordenamiento jurídico.»

Más adelante —parágrafo 87 (La comunidad de bienes), apar-

(64) *Principios de Derecho privado germánico*, traducción de la 3.^a edición alemana, Casa Editorial Bosch, año 1957, págs. 305 y sigs.

tado I (Edad Media), párrafo 1— añade: «Tan sólo en la comunidad universal de bienes queda fundido, por principio, en un patrimonio común todo el patrimonio aportado de los cónyuges y todo el patrimonio adquirido con posterioridad. En este tipo de comunidad sólo puede haber patrimonio separado en virtud de contrato matrimonial.»

Francisco Bonet Ramón (65) expone ideas importantísimas al respecto:

«parece indudable que fue en alguna de las ramas de stirpe germánica (salios, ripuarios, westfalios, ostfalios, angarios) donde surgió la idea de que eran comunes a marido y mujer las adquisiciones o ganancias realizadas durante el matrimonio.

«La idea de una comunidad de bienes entre esposos se extendió rápidamente por todos los territorios dominados por pueblos germánicos y en los que éstos ejercen una eficaz influencia; pero no en todos los casos tiene la comunidad la misma extensión.»

«La mayoría de los pueblos alemanes —como observan Kipp y Wolf— en el curso de la Edad Media evolucionaron hacia una forma de comunidad de bienes, inspirados en el paralelismo entre la unión íntima de dos vidas y la plena unión patrimonial, conforme al proverbio "Leib an Leib, Gut an Gut". Los patrimonios de ambos cónyuges se unifican, en todo o en parte, incluso "quoad dominium". Los "bienes comunes", de esta suerte unificados, pertenecen a ambos cónyuges en mano común, y al disolverse el matrimonio no se desintegran, conforme a su origen, en bienes del marido y bienes de la mujer, sino que su destino se determina prescindiendo del origen de los objetos singulares.»

«La comunidad absoluta de bienes —como observan Pérez González y Castán— ha tenido también gran importancia histórica en nuestro Derecho. Suponen algunos escritores que fue ya conocida en tiempos primitivos o, cuando menos, en la época visigoda, como Derecho consuetudinario. Lo cierto es que en la

(65) *Compendio de Derecho civil*, t. IV (Derecho de familia), Madrid, 1960, págs. 319 y sigs.

de la Reconquista la encontramos muy generalizada y bajo formas y denominaciones variadísimas.»

Alfonso de Cossío y Corral (66) expone la idea de una copropiedad existente incluso antes de disolverse el matrimonio, que fue abriéndose camino poco a poco, «enormemente facilitada por la riqueza y flexibilidad de formas comunitarias propias del Derecho germánico». Y después de distinguir los pueblos de la región sajona de aquellos otros de los países francos o dominados por las ideas propias de esta raza, añade respecto de estos últimos que «bajo la influencia del principio de la *gesammte Hand* o mancomún germánico, hubieron de llevar a cabo la transformación jurídica que condujo a considerar a los esposos como comuneros, teniendo derechos semejantes sobre una masa general, comprensiva, sin distinción, incluso durante el matrimonio, de todas las aportaciones y adquisiciones».

Por mi propósito de honestidad dialéctica, debo transcribir una opinión discrepante, que exponen José Luis Lacruz y Manuel Albaladejo en reciente libro (67): «En cambio, en documentos otorgados en Italia a partir de la caída del Imperio de Occidente, hay atisbos de un régimen llamado *medietas*, en el que los haberes de la mujer se confundirían con los del marido y éste, a su vez, prometería a aquélla la mitad de sus bienes presentes y futuros; régimen que representa la primera manifestación de la comunidad conyugal, nacido en el campo del Derecho romano vulgar. Simultáneamente, los pueblos germanos, a partir de la época de las invasiones, van aproximándose también a los regímenes comunitarios: los primeros rastros se encuentran en la época de las recopilaciones de Derecho, y por lo que se refiere a España, en la ley recesvindiana *dum cuiuscumque* (*lex visigothorum*, 4, 2, 16; en la versión romanceada del Fuero juzgo, 17), a partir de la cual se establece, como régimen legal, una verdadera comunidad, siquiera muy elemental, todavía, que abarca los bienes adquiridos constante matrimonio a título no lucrativo por los cónyuges y los divide en proporción a los aportaciones de

(66) *La sociedad de gananciales*, Inst. Nac. de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, págs. 10 y sig.

marido y mujer, sin duda por influencia de los principios romanos de la *societas*.»

Y en nota 9 de la misma página, añade: «El origen germánico de los regímenes de comunidad es, desde luego, insostenible. Los textos de CÉSAR y de TÁCITO citados en apoyo de esta tesis describen a la mujer como compañera y colaboradora del marido, pero no prueban la existencia de la comunidad, imposible en la época patriarcal de la familia germana, como lo había sido en la romana.»

b) Situación en los pueblos peninsulares

Según Eduardo de Hinojosa Naveros (68), «La extensión, frecuencia y duración del empleo del Derecho visigodo en cada Estado, y aun en cada región de un mismo Estado, varía mucho, según la importancia y progresos de la recepción del Derecho romano y del canónico y del poder público. Los herederos más inmediatos de la tradición germánica son: León, Castilla y Portugal.»

«Desde la invasión de los árabes, el poder central tuvo que ocuparse, principalmente, en luchar por su existencia; así que las costumbres germánicas no sólo no desaparecen, sino que resultan favorecidas por el género de vida de los cristianos independientes, floreciendo de nuevo con tal vitalidad, que pueden oponerse a los esfuerzos centralizadores y romanistas que les disputan el campo desde el principio del siglo XIII. Ellas fueron la base del Derecho consuetudinario, aplicado en los diplomas y consignado en los Fueros locales y territoriales de la península hasta el siglo XIV...» (pág. 12).

«Encontramos en todos los Estados cristianos de España la comunidad absoluta de bienes como régimen preferido para ordenar los de los esposos, con los nombres de "germanitas, hermandad, hermanamiento, agermanament" y a veces "unitas". La

(67) *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, página 242.

(68) *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, página 12.

extensión con que se usa, difícilmente explicable por haberle tomado unos Estados de otros, conduce a establecer la conclusión de que la comunidad de bienes procede del Derecho consuetudinario visigodo» (págs. 19 y sig.).

Joaquim Pedro de Oliveira Martins (69), por su parte, escribe que «los concejos, a pesar de atravesar sin destruirse toda la época de disolución, perdieron con la sociedad entera la noción del carácter filosófico de las Leyes romanas y de las del Código visigótico, redactado a su imagen y semejanza, adoptando —y no podían eximirse de ello— las costumbres y usos bárbaros de los pueblos germánicos, o bien consagrando los usos y costumbres indígenas, bárbaros también, que la civilización romana no había conseguido borrar del todo».

Manuel Torres y Ramón Prieto Bancés (70) también exponen ideas muy ceñidas y acertadas: «Finalmente, no faltó en el Derecho visigodo escrito, y menos en el consuetudinario a él bajo- puesto, la impronta de instituciones y principios germánicos, que, unidos a los citados elementos, y en algún caso a algún principio probablemente semita, dieron lugar a un peculiar Derecho visigodo con manifiestas singularidades en sus instituciones privadas, penales y procesales» (pág. 231).

«Encontraron las costumbres primitivas una fortificación con los nuevos pueblos que ocuparon la península, porque las costumbres de los invasores, las costumbres germánicas, tenían muchas analogías con las nuestras. No había ninguna Ley visigoda que se opusiera terminantemente al Derecho consuetudinario. Sin embargo, en la época visigótica la costumbre tuvo limitaciones; muchas costumbres eran restos supersticiosos, y la Iglesia combatió duramente las prácticas paganas; y, por otra parte, un fuerte poder central procuró extender todo lo posible la aplicación del *Liber iudiciorum*. Al morir la Monarquía visigoda desaparecen los obstáculos principales que la cohibían, y aunque la

(69) *Historia da Civilização Ibérica*, Lisboa, año 1923, pág. 180.

(70) "Instituciones económicas, sociales y político-administrativas de la península hispánica durante los siglos V, VI y VII", en la *Historia de España* editada por Espasa-Calpe, t. III, año 1940.

Iglesia persiste en combatir muchas de ellas, la costumbre adquiere vida vigorosa durante la Reconquista» (págs. 260 y sig.).

«Esta contraposición entre la costumbre germánica y la Ley visigoda es la nota que mejor caracteriza el Derecho de la época que estamos estudiando. De todos los Códigos germánicos son, en efecto, los godos los más romanizados. Su Derecho consuetudinario, en cambio, está emparentado con el de los germanos del norte o escandinavos —de Dinamarca, Suecia, Noruega e Islandia—, cuyas leyes —Ley de Upland, Ley de Vestrgothia, etc.— pertenecen a la baja Edad Media; parentesco que se explica si se tiene en cuenta que los godos proceden de la Escandinavia. Pero mientras los germanos del norte quedaron libres de la influencia romana, los godos, en sus correrías por Europa, se relacionaron con este y otros elementos extranjeros» (págs. 261 y sig.).

Galo Sánchez (71) escribe: «La principal fuente del Derecho de la España primitiva es la costumbre, frecuentemente respetada por los pueblos extranjeros que lograron imponer en ella su dominación».

Y en otro lugar, añade que «esta contraposición entre la costumbre germánica y la Ley visigoda es la nota que mejor caracteriza al Derecho de la época que hemos de estudiar».

Américo Castro, refiriéndose a la misma España visigoda, afirma que «el pueblo conservó algunas costumbres jurídicas de origen germánico, las cuales subsistieron a pesar de haberlas querido desterrar la misma legislación visigoda, por ser contrarias al espíritu del Derecho romano» (pág. 84 del libro citado en la nota tres).

Menéndez Pidal (72) se produce en los siguientes términos: «La Monarquía asturleonese, entre las demás instituciones del destruido Reino godo, mantenía el Código toledano, el Fuero Juzgo. A él se atenían los jueces del Tribunal Supremo de León, adonde tenían que acudir las apelaciones de todo el Reino; pero

(71) *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1952, págs. 21 y 38.

(72) *Carácter originario de Castilla*, t. 501 de la Colección Austral, Madrid, 1955, págs. 18 y 33.

Castilla llevaba muy mal el tener que peregrinar en alzada a León, porque repugnaba, en general, la legislación del viejo Código, prefiriendo regirse por sus costumbres locales...»; «los jueces castellanos creaban el Derecho, pues dejando a un lado las Leyes escritas, fallaban por propio albedrío siguiendo los usos y prácticas de la tierra».

«Castilla nace sobre antigua población de cántabros, vándulos, austrígonos y otros pueblos, los más tarde romanizados en la península y con menos intensidad, tanto que a algunos de ellos nunca llegó la romanidad y conservan hasta hoy la lengua ibérica...», «el elemento germánico de Castilla debía de estar muy poco influido por el romanismo que dominaba en el Reino visigodo, ya que Cantabria, juntamente con Vasconia, se mostró hostil al Estado godo toledano, y más tarde, ya vimos que la Castilla del siglo X rechazó el Fuero Juzgo y floreció en costumbres germánicas y en poesía épica germánica».

«Esas costumbres de la tierra que Castilla, sintiendo con más fuerza el empuje de su propia personalidad, quería seguir libre y flexiblemente, contrarias al Fuero Juzgo, serían en parte nacidas con las necesidades de la nueva sociedad creada por la reconquista, pero en gran parte serían herencias de primitivas costumbres ibéricas y germánicas.»

«En esta lucha de romanismo y germanismo, o mejor de arcaísmo y renovación, la porción más evolutiva de un pueblo es la que por fuerza ha de dirigir los destinos de la comunidad»: Indudable alusión al papel dirigente que asumió Castilla.

El mismo eminente historiador, en otro libro (73) insiste: «precisamente los castellanos se distinguían de los leoneses en no regirse por el Código visigótico, sino más por el Derecho consuetudinario germánico e hispano-romano».

José María Font Rius (74) apunta una idea que, si bien no pueda considerarse original suya, resulta interesantísima: «Posi-

(73) *La España del Cid*, Buenos Aires, 1939, pág. 149.

(74) «La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho medieval hispánico», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VIII, págs. 189 y sigs.

blemente fue la acción concurrente del germanismo y del cristianismo la que engendraría en los países del medievo europeo la formación de la comunidad de bienes en el matrimonio, con mayor o menor alcance. Por lo que respecta a España, suponía Hinojosa, según advertimos ya, que este régimen sería practicado entre los visigodos, a juzgar por su existencia general en los primeros siglos de la Reconquista. Pero aun en tal caso cabría preguntarse si el pueblo visigodo lo tenía como elemento de su antiguo derecho consuetudinario o si floreció en su seno por influencia de la Iglesia hispana (de sus Padres, escritores, concilios) tan visible en otros aspectos de la vida, costumbres e instituciones del reino hispano visigodo.»

Manuel García Amigo (75), por su parte, expone: «con la derrota de los godos y hasta llegar a las Partidas, se abre un período de la historia jurídica española en que predomina el Derecho localista, como consecuencia de la fragmentación política existente durante todo el tiempo de la Reconquista; es el Derecho de los Fueros locales, de los que cada uno tiene un determinado ámbito de aplicación, siendo generalmente limitados a una ciudad, aunque haya otros de carácter territorial».

c) *Resumen*

Ante la imposibilidad de que pudiera ser de origen romano o musulmán —demostrado también, opino, en el apartado B) incluido en este mismo Capítulo, que no están suficientemente justificadas las procedencias que me he permitido impugnar en el citado—, encuentro motivos razonables para concluir que la costumbre jurídica de que tratamos tuvo un origen germánico no visigótico; aunque matizada a lo largo del tiempo —como evidentemente lo fue, por obra del genio evolutivo y creador de Castilla, y aún también con sus propias peculiaridades dentro del territorio ya portugués—, hasta alcanzar el contenido con que la conocemos en cada uno de los dos países; en los que fue posteriormente autorizada por un Fuero local innominado, por el Fuero

(75) *La cesión de contratos en el Derecho español*, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 216.

del Baylío y por las Ordenações portuguesas (para los ámbitos propios de sus respectivas soberanías).

Había nacido en una zona de la geografía peninsular que comprendía las que hoy se denominan Extremaduras española y portuguesa, en la que sin duda se había establecido un grupo étnico germánico poco romanizado (distinto de los godos).

Después, toda la zona territorial que estamos considerando quedó sumergida, durante siglos, bajo la impetuosa y extensa marea musulmana; cuya mentalidad y costumbres, indudablemente, ejercieron presión —más o menos duradera en el tiempo y con distintos efectos— sobre las gentes que la ocupaban.

D) Conservación de la costumbre, en las zonas peninsulares hasta su autorización foral y en Ceuta hasta la Pragmática

a) Zonas peninsulares

García Gómez, en la Introducción que hemos dejado citada en la nota veintiséis, escribe lo siguiente: «Lo que se supiera o se pensase en la visigótica corte de Toledo sobre la expansión musulmana en el Africa del Norte no lo sabemos. Pero sí podemos calcular, de todos modos, que hubo extraordinaria sorpresa —se refiere a la invasión de la península—, y que esta sorpresa provocó un raro estupor, porque signo del estupor es el silencio, y apenas hay en la Historia silencio más vasto y estremecedor que el que rodea la entrada de los musulmanes en España...» «Nada, en cambio, tenemos, sino una espantosa oquedad sobre lo que de veras fue y lo que en realidad pensaran o hicieran en tan nunca vista coyuntura las infinitas gentes cristianas anegadas por la avenida. Cuando se hace alguna luz no gritan más que algunos cristianos refugiados en los riscos septentrionales, y los árabes que aturden con su sonora algarabía riñendo con aquéllos, o bien entre sí, para desahogar sus odios seculares; pero una inmensa masa histórica se ha volatilizado sin ruido, se ha ahogado en el silencio más espeso, bajo una mar tumultuosa en la que apenas afloran luego los pequeños islotes de las colonias y de los cenobios mozárabes» (págs. XII y sigs.).

Font Ríus, en las págs. 209 y sig. de la conferencia citada en la nota setenta y cuatro, en sentido análogo al anterior ilustre arabista, escribe que «La caída del reino visigodo con la ocupación musulmana de la mayor parte de la Península llevó aparejada una profunda atomización en la vida jurídica. Los núcleos de población cristiana replegados en las comarcas septentrionales y progresivamente extendidos hacia el Sur, viven durante varios siglos en una situación de perfecta autonomía y cuasi independencia en el orden de sus relaciones jurídico-privadas y aun de su organización pública. Desaparecida con sus últimos monarcas la fuerza coactiva de la legislación visigoda, la población hispana acomoda sus prácticas jurídicas al derecho vivido hasta entonces, a la vieja costumbre, con frecuencia distante de la regulación legal, o a las soluciones impuestas por las nuevas circunstancias sociales y económicas —más primarias y cerradas— en que se mueven los grupos de pobladores de las comarcas reconquistadas. La tradición visigoda se mantiene en determinadas zonas y en los círculos elevados, eruditos u oficiales —la corte del rey, las ciudades...—, pero en gran parte del país o es desconocida o tan notoriamente desfigurada que resulta difícil ver allí una aplicación de los principios regulados en el viejo código hispano-visigodo. El resultado de todo ello es la floración multiforme de prácticas y sistemas jurídicos de ámbito reducido (local, comarcal) y de filiación problemática.»

Oliveira Martins, en su libro anotado en la sesenta y nueve, refiriéndose a los musulmanes, escribe:

«Implacables cuando se trataba de someter resistencias que no cedían sino ante la fuerza, fueron benévolos protectores de cuantos reconocían de grado su autoridad. La conquista no fue, ciertamente, una calamidad. Casi sólo en el mediodía, en donde hubo de emplearse la fuerza, la propiedad fue confiscada, y aun así se exceptuaron los distritos de Santarem, Coimbra y algún otro. En la mitad norte de España, pues bien puede decirse que toda se sometió por capitulación, los naturales perdieron los bienes muebles, pero conservaron las tierras, conquistando el derecho de enajenarlas, que antes no tenían. En el propio mediodía, en toda el área de las tierras conquistadas, los siervos continuaron

siéndolo, y como la quinta parte de todos los bienes pertenecían al Estado, sólo cuatro quintas partes de la tierra fueron distribuidas entre los soldados. Los siervos, en las tierras de éstos, pagaban a los dueños cuatro quintos de las cosechas; pero en las del Estado (*Khoms*) pagaban apenas un tercio» (pág. 124).

«Además, los árabes permitían a los vencidos que se rigieran por sus usos y leyes y tuvieran sus condes y jueces nacionales, consintiéndoles también el ejercicio de la religión cristiana, libremente practicada y profesada públicamente; y por este sistema prepararon la formación de una población híbrida que, con el nombre de mozárabes, es uno de los principales fenómenos de esta nueva época de la historia peninsular» (pág. 125).

Menéndez Pidal —al cual hay que acudir frecuentemente, por su profundo conocimiento de la época a que me refiero—, en el libro que se dejó citado en la nota treinta y ocho, incluye los siguientes párrafos:

«la invasión islámica no causó en modo alguno ruptura con el pasado visigótico. Los mozárabes, lo mismo que los cristianos del norte, siguieron viviendo dentro de la cultura visigoda, y casi únicamente dentro de ella, durante cuatro siglos.»

«Los libros doctrinales que unos y otros leían y copiaban con más dedicación eran los de San Isidoro; la historia que escribían se preciaban de ser continuación de la isidoriana, sin tomar modelo nuevo en la superior historiografía árabe; las leyes por las que se regían los mozárabes y los Estados del Norte eran fundamentalmente las de los godos» (pág. 33).

Y en la siguiente, después de mencionar varias costumbres bárbaras, añade: «Estos usos jurídicos germánicos, aunque desconocidos o expresamente contrariados por las fuentes legales del Reino toledano, nadie puede dudar que vivían en el derecho consuetudinario del Reino godo, ignorados, latentes, hasta que pudieron aflorar con pleno vigor en la nueva sociedad creada después de hundida la monarquía de los Concilios.»

Bernard Lewis (en su libro citado en la nota cuarenta y dos) también escribe párrafos muy sustanciosos al respecto:

«Los conquistadores no interferían con la administración interna civil y religiosa de los pueblos conquistados a los que se les concedió el estado legal de *dimmies*, esto es, miembros de las religiones toleradas permitidas por el Corán» (pág. 173).

«Toda la estructura del Estado árabe estaba basada en la suposición de que una minoría de árabes debía gobernar a una mayoría de no musulmanes que pagaban tributos. La igualación económica de los *mawali* habría significado una disminución simultánea de ingresos públicos y de aumentos en los gastos, y esto habría producido un desmoronamiento económico total. La división entre la casta dominante y los *mawali*, aunque coincidió en gran proporción con la limitación racial entre árabe y no árabe, era básicamente económica y social más que nacional» (páginas 89 y sig.).

«Digamos algo respecto a la posición de los *dimmies*, los súbditos no musulmanes del Imperio. El estado legal de que gozaban ha sido muy idealizado por algunos escritores, que han ensalzado la tolerancia indudable de los gobiernos musulmanes en la concesión de igualdad completa. Los *dimmies* eran ciudadanos de segunda clase, que pagaban un tipo más elevado de tributación, sufrían ciertas incapacidades sociales, y en algunas raras ocasiones estaban sometidos a franca persecución. Pero, con todo, su posición era infinitamente superior a la de aquellas comunidades ajenas a la Iglesia establecida en Europa occidental en el mismo período. Gozaban del libre ejercicio de su religión, derechos de propiedad normales, y eran frecuentemente empleados en el servicio del Estado, a menudo en los puestos más elevados» (página 117).

Edward J. Byng (76) —después de mencionar las reformas introducidas por Mahoma en sus primeros decretos, porque los judíos de Medina se negaron a reconocerle como un nuevo profeta— dice: «Pero continuó asignando un estado especial a los "pueblos del Libro", por cuya expresión quería dar a entender a los judíos, cristianos y sabeos. Especificó que no habían de ser forzados a abjurar de su fe, decretando en una *serah* del Corán:

(76) *El mundo de los árabes*, Madrid, 1956, pág. 137.

"Combatid a aquellos a los que se les ha dado el Libro, hasta que humillados *ofrezcan tributo*"» (pág. 137).

Por último, copio de Sánchez Albornoz (77): «después de la conquista de la Península por unos miles de berberiscos y de orientales, en una hora de discordia civil, los millones de peninsulares que, fieles a Cristo o conversos al Islam, siguieron viviendo en Hispania conservaron la herencia temperamental de sus abuelos milenarios. No pudieron dejar de ser lo que eran y como eran en un abrir y cerrar de ojos.»

Sin embargo de la expuesta mentalidad musulmana en la conservación de sus conquistas, como no sería razonable descartar por completo los efectos de su influencia, resulta evidente que ésta —sin destruir y borrar totalmente la costumbre jurídica— tenía que producir y produjo la discontinuidad del territorio aforado, que hemos examinado en los párrafos finales del subapartado a) del apartado B) del Capítulo II.

b) Ceuta

Con referencia especial a esta ciudad y su contorno, Ramírez Jiménez, en la pág. 1016 del *Anuario de Derecho civil* citado en la nota veinte, a continuación del primer inciso que se ha copiado al final del apartado C) del Capítulo II, refiere en extracto los aludidos avatares históricos que le afectaron hasta el año de 1415 y finaliza la exposición de su idea en los siguientes términos: «Que durante todo este período de franca variabilidad hubiera subsistido una anterior costumbre foral de cariz, por demás, ajeno a la cultura dominante, y permaneciese pura a lo largo de todos estos siglos, es, a todas luces, algo inverosímil.»

En el mismo sentido Madrid del Cacho, párrafo tercero de la pág. 46 de su libro citado en la nota veintitrés: «Tradicionalmente sí debió estar sujeta y en realidad lo estuvo, no al Fuero del Baylío, sino a la ley portuguesa de "a metade". Ocupada *ocasionalmente* Ceuta por los vándalos de Genserico —recordemos la

(77) "Algo más sobre lo pre-muslim en la España musulmana", libro *De ayer y de hoy*, edit. Taurus, Madrid, 1958, págs. 17 y sig.

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 período de dominación árabe debió borrar la huella que marcaran aquellos pueblos.»

En el párrafo anterior me he permitido subrayar dos expresiones que estimo desacertadas: La verdad es que no fue ocasional la ocupación de Ceuta por los vándalos, puesto que duró ciento cuatro años, y creo no fue poco el tiempo que la tuvieron los bizantinos, porque fue desde el 533 hasta una fecha que oscila entre 661 (primero del reinado de Mu'awiya, que la conquistó) y 672, en que Wamba ocupó el trono godo de España.

Frente a la opinión en que han coincidido tan distinguidos escritores fueristas, me atrevo a sostener —con la modestia a que me hallo obligado— que la costumbre en cuestión, implantada y observada durante más de cien años por el pueblo vándalo, permaneció viva entre las gentes ceutíes a lo largo del tiempo hasta la Pragmática.

No obstante y durante los ciento cuarenta años de dominación bizantina, por el indudable atractivo que, frente al Derecho romano (portado, más o menos, por las huestes dominadoras), indudablemente formalista y técnico, les ofrecía «la riqueza y flexibilidad de formas comunitarias propia del Derecho germánico», que Cossío pone de relieve en su libro citado en la nota sesenta y seis.

Igualmente a lo largo de la dominación musulmana (más de siete siglos, en sus diversos matices), por esa mentalidad árabe en el mantenimiento de los territorios y pueblos que iban conquistando; la cual, en el subapartado a) precedente, he intentado presentar como indudable y muy significativa a este respecto.

Y en el tiempo del asentamiento portugués, desde 1415 hasta la soberanía de nuestro Felipe II (primeiro de Portugal), año 1581, porque los lusitanos no pudieron chocar ni sentir la necesidad de hacer modificaciones en un régimen económico-matrimonial

que, en lo importante, coincidía con el denominado «Carta de mectade» que les era propio.

En definitiva —desde su llegada con los germánicos—, la costumbre se ha conservado, a lo largo de los seculares avatares históricos respectivos, lo mismo en las zonas peninsulares como en Ceuta y su contorno.

CAPITULO IV

DIVERSAS SANCIONES ESCRITAS DE QUE SE TIENE NOTICIA

Infortunadamente, hasta ahora, no han podido encontrarse los textos originales ni alguna copia auténtica de las primeras autorizaciones escritas que, en España, se dieron a la remota costumbre de que vengo tratando.

Según explica Tomás Muñoz Romero (78), «A los pueblos a quienes se otorgaba fuero, no se les mandaba más que la carta original, de la que creemos no solían sacar copia los pueblos del alfoz, puesto que en ellos no encontramos siquiera un simple traslado. Muchas villas y ciudades han perdido estas cartas, conservando sus disposiciones en las confirmaciones, que de ellas hicieron nuestros reyes posteriormente.»

A) Un fuero local innominado

La zona más septentrional en España —dijimos— está constituida por los términos municipales de Alburquerque y La Codosera, que nunca estuvieron incluidos dentro del territorio a que se extendía la jurisdicción del Baylío o Comendador establecido en la ciudad de Jerez de los Caballeros (solamente en el trabajo de Mahillo que dejé anotado en la veintiuna, he leído que Alburquerque y otras villas cercanas fueron donadas por Fernando III el Santo a la Orden del Temple).

(78) *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra: coordinada y anotada.* Madrid, 1847, Advertencia, pág. 6.

Con respecto a dicha zona, los Fiscales del Real Consejo, en el informe que emitieron en el expediente a que puso término la Pragmática de Carlos III, expusieron que el Alcalde Mayor de Alburquerque afirmaba tenía noticia de que el privilegio o Fuero se observaba en el Reino de Portugal con el título de «Ley de la mitad» y añadieron por su cuenta: «Así es verdad ser generalmente en aquel Reyno el citado Fuero, y se llama de Portugal, por los autores, que tratan de él añadiendo que fue concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su poblador, yerno de Sancho Segundo, Rey de Portugal, adonde pertenecía entonces dicha villa.»

Tales errores fueron recogidos en la Pragmática de Carlos III y han venido repitiéndose —por pereza— posteriormente: En la «Colección de fueros y cartas-pueblas de España» (79) se dice: «Alburquerque, villa de la prov. y part. judic. de Badajoz. Fuero otorgado a esta villa por su fundador Alonso Téllez, yerno de Sancho II, rey de Portugal. Cítase en la ley XII, tít. IV, lib. X de la Novis Recopilación.» Amalio Marichalar y Cayetano Manrique (80) afirman que Alburquerque «tuvo fuero otorgado por su fundador Alonso Téllez, yerno de Sancho II rey de Portugal».

Pascual Madoz, en su libro anotado en la treinta, refiriéndose a esta villa de Alburquerque, escribe: «Según el Padre de Mariana, fue fundada y poblada, en 1188, por Alonso Tello; Mares, en su Fénix Troyana, quiere lo haya sido, en 1220, por Alonso Téllez de Meneses, esposo de doña Teresa Sánchez, hija natural del rey Sancho I de Portugal y de doña María Páez de Ribera; pero en 1166 había sido ya ganada a los almohades por el rey don Fernando II de León.»

El ilustre polígrafo Joaquín Costa, en su libro citado en la nota cuarenta y siete, se equivocó al afirmar que «Alburquerque es fundación portuguesa, y tanto ésta como las demás poblaciones donde rige el Fuero del Bailío, son fronteras de Portugal». En efecto, Duarte Insúa en su documentado libro que hemos anota-

do en la seis, después de aludir al cronicón de San Máximo (que atribuye a los Alanos la fundación de esta villa por los años 430), expone que «Alburquerque existía en la época de la batalla de Zalaca, sin género alguno de duda». Esta hecatombe para Alfonso VI de Castilla tuvo lugar en el año 1086, siendo así que, según quedó puntualizado en el lugar oportuno, la independencia de Portugal no fue reconocida hasta 1143, por Alfonso VII.

Matías Ramón Martínez —en la pág. 60 de su libro citado en la nota nueve—, refiriéndose a un manuscrito histórico de Jerez y a lo dicho por el Consejo de Castilla, añade que don Alfonso Téllez de Meneses «tomó y reedificó la famosa plaza de Alburquerque, y concedió a sus vecinos (que sin duda eran portugueses venidos con él *al fonsado*, en calidad de vasallos) que pudieran regirse por las leyes entonces vigentes en Portugal, entre las cuales figuraba la ya conocida con el nombre de *ley de mitad*» (81).

Lo mismo Florencio Benítez, en el trabajo que ha sido citado en la nota diez; J. Buylla, en el artículo anotado en la once; Galindo de Vera y Rafael de la Escosura y Escosura (82); Luis Moutón Ocampo (83), del que volveré a ocuparme con más detenimiento, y Juan Mahillo en el artículo mencionado en la nota veintiuna.

El repetido Matías Ramón Martínez y Martínez, en su otro importante libro, que ha sido anotado en la dos, refiere: «En esta frontera, entre Alcántara y Badajoz, estaba Alburquerque, que ya en 1171 había sido de la Orden de Santiago y después fue arrebatada por los moros cuando la campaña de 1184. Debía entonces hallarse Alburquerque abandonada, por la vecindad de Alcántara hiciera difícil a los moros su defensa, de suerte que estaba en una situación excepcional en la que ni moros ni cris-

(81) Según el Diccionario de la Real Academia Española, decimonovena edición, Madrid, 1970, Fonsado es «Ejército, hueste»; como Fonsadera es «Servicio personal en la guerra, que se prestaba antiguamente».

(82) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, t. III, 1900, página 516.

(83) *Diccionario de Derecho civil foral compilado y consuetudinario*, Madrid, 1904, t. I, págs. 261 y sigs.

(79) *Real Academia de la Historia*, Madrid, 1852, pág. 8.

(80) *Historia de la Legislación y recitaciones del Derecho civil de España*, 1861, t. II, pág. 199.

tianos la ocupaban. A fines del año 1217, un caballero portugués llamado Don Alfonso Téllez de Meneses, casado con una hija bastarda del rey Don Sancho I de Portugal, ocupó el castillo de Alburquerque, que pobló con sus vasallos, también portugueses, y reparó las murallas y fuertes como buenamente pudo, para resistir las embestidas de los moros de Badajoz. La vecindad de esta ciudad era muy peligrosa para Téllez, que, si bien podía ser socorrido por Alcántara y Portugal, no se libraba de tener que luchar continuamente con los moros» (pág. 273).

Por el año de 1779 se publicaba, anualmente, en Salamanca el *Piscator Salmanticense*. El número cuarto corresponde a Extremadura, del cual he leído una copia inserta en determinada colección (84). En la pág. 176 se reproduce cuanto dice sobre Alburquerque, en los siguientes términos: «La Villa de Alburquerque fue fundada por los antiguos Vectones Celtíveros, Pobladores de esta Tierra 590 años antes del Nacimiento de Cristo. Está plantada por un Collado, tres leguas de la Portuguesa Raya, con fuertes Muros y buen Castillo en la eminencia. Habitanla dos mil Vicenos divididos en dos Parroquias, un Convento de Frayles, y otro de Monjas. Amplificola Don Alonso Téllez de Meneses, corriendo los años de 1220. Es Cabeza de Ducado, cuyo Título dio el Rey D. Enrique Cuarto de Castilla, a su privado Don Beltrán de la Cueva, Conde de Ledesma, y hace por Armas en Escudo una Encina verde.»

Mas en la hora de ahora ya está completamente dilucidado que Don Alonso Téllez no fue poblador o fundador de Alburquerque, ni fue yerno de Sancho II, rey de Portugal, ni dicha ciudad pertenecía a esta nación cuando aquél hubo de repoblarla (pues tal yugo sólo existió, con ocasión de la guerra librada para la sucesión de Carlos II el Hechizado, desde mayo de 1705 hasta que tal Villa fue devuelta a España en el otoño de 1716).

En la nota uno inserta en la pág. 53 de su libro, Lino Duarte Insús escribe: «Este caballero... tenía su Castillo antes que Badajoz saliera de la opresión de los moros, y consta, de una bula, que en 1217 vivía en Alburquerque D. Alonso Téllez y pidió al

(84) *Documentos históricos referentes a Extremadura*, t. I, Badajoz, 1910.

Pontífice Honorio III que mandase al Maestre de Santiago que, cuando tuviese necesidad de auxilio, le socorriese; pues estaba el país tan infestado de los moros, que algún tiempo pasaban él y sus soldados sin pan y sustentándose con carne y agua sola.»

Y en otro lugar hace el siguiente resumen: «Alburquerque fue tomada por D. Fernando II de León en el año 1166. Le defendieron algún tiempo los caballeros de Santiago. Más tarde, en 1184, cayó nuevamente en poder de los árabes, como le ocurrió a Montánchez, Cáceres, Alcántara y Trujillo. Volvió a ser tomada por Alfonso IX, hijo de Fernando II, y habiendo caído nuevamente en poder de los árabes, la conquistó otra vez Fernando III el Santo. Entre las personas principales que acompañaban a Fernando III el Santo, en la conquista de Alburquerque, estaba Don Alonso Téllez de Meneses, pariente del Rey. Alburquerque, sin duda alguna, con la lucha entre árabes y cristianos y con los destrozos que forzosamente tuvo que sufrir, quedó reducida a una miniatura de lo que había sido, y al ser arrojados los árabes por Fernando III, quedó, si no despoblada, poco menos. El Rey hizo merced de su castillo a D. Alonso Téllez, que había de defenderlo de las acometidas de los moros, y al efecto creó un FONSADO. Por la misma época se luchaba denodadamente en Portugal contra los árabes y en ambas partes se les batía hacia el S.» (pág. 607 de su tantas veces citada Historia).

El dicho señor don Alonso fue caballero español, de gran abuelo, hijo primogénito de don Tel Pérez y Señor de Meneses, Palazuelos, Ballesteros y otros lugares. Murió en el año 1230 y yace enterrado en su monasterio de Palazuelos. Casó dos veces: la primera, con doña Elvira (hija de don Rodrigo González Girón y de doña Mayor), tuvo cuatro hijos, y la segunda vez con doña Teresa Sánchez (hija del rey Sancho I de Portugal y de su concubina doña María Páez de Rivera), tuvo tres hijos.

Este repoblador de Alburquerque no pudo ser yerno de Sancho II de Portugal, porque tal rey no tuvo hijos legítimos y... de los otros —escribe Gómez Villafranca—, solamente uno que podía haberle dado nuera, pero no yerno.

Don Alfonso Téllez de Meneses no importó del país hermano

la institución jurídica de que tratamos, sino que limitóse a autorizar la observancia, dentro del territorio que le estaba sometido, de la costumbre que venía aplicándose desde tiempos remotos. Así lo dispuso mediante un *fuero local innominado* que, por lo que ha quedado expuesto, debió de ser dado entre los años de 1217 y 1230.

B) El Fuero del Baylío

En la España peninsular, dentro de las segunda y tercera zonas mencionadas en el apartado B) del Capítulo II, se comprenden veintiséis pueblos, de los cuales solamente diecisiete constituyen Municipios reconocidos como independientes.

a) Los Caballeros Templarios en Hispania

«Comenzó la Orden Militar de los Templarios en Jerusalén —expone Campomanes, primera página de su libro citado en la nota cincuenta y cuatro— cerca del año 1118 a devoción de Hugo de Paganis, Godofredo de Sant-Omer y otros siete compañeros, cuyos nombres se ignoran, los que se consagraron al servicio de Dios en forma de canónigos, e hicieron los votos de religión en manos del Patriarca de Jerusalén. Balduino Segundo, considerando el zelo de estos nueve compañeros, les dio una casa cerca del Templo de Salomón, de donde ellos tomaron el nombre de Templarios, o Cavalleros de la Milicia del Temple.»

La aprobación de este instituto, con reglas y establecimientos distribuidos en setenta y dos capítulos, tuvo lugar pasados nueve años, en el Concilio Trecense, en Francia, convocado por el Papa Honorio II a petición del Patriarca de Jerusalén. Estuvieron presentes el nombrado Hugo de Paganis y otros cinco de sus compañeros, año de 1127.

En cuanto a organización —explica el mismo autor en el prólogo del libro—, sus prelados provinciales se llamaban también maestros, con dependencia del Ultramarino, cabeza de toda la Orden. En España, lo mismo ésta que la del Hospital, tenían

«sus encomiendas, que en la Orden del Temple, y en el antiguo idioma Leonés, que era el que usaban los Templarios en sus despachos, y Cancillería llamaban Bayllas, que es lo mismo que Bayliages; bien que con diferencia, porque los poseedores no se llaman Baylíos, sino Comendadores...».

El Papa Clemente V, con motivo de la captura de los Templarios en Francia, ordenada por su Rey Felipe el Hermoso, y aun para apaciguarle en su pretensión de que el antecesor Pontífice Bonifacio fuera declarado hereje, mandó convocar un Concilio general en Vienne (ciudad situada en los confines de Suiza y Francia, entre Avignon y Estrasburgo), cuya primera sesión se tuvo el 16 de octubre de 1311. Y el autor anteriormente citado —tomándolo de Bernardo Guido, obispo de Lodove— añade: «En el siguiente mes de marzo, miércoles, y no martes, como equivocadamente refiere Pineda, de la semana santa á 22 días de dicho mes, que son 11 de las Kalendas de abril, el Sumo Pontífice, habiendo llamado delante de sí a muchos prelados, y cardenales en privado Consistorio, por vía de providencia, y no de condenación, casó y anuló del todo la Orden de los Templarios, habiendo reservado a su disposición, y a la de la Iglesia, las personas y bienes de la misma Orden» (pág. 114).

En principio, pues, tenemos que encuadrar la aprobación soberana de la costumbre que tratamos, por un Baylío de la Orden del Temple, entre los años 1127 y 1312.

Con respecto a la *llegada de estos Caballeros a Castilla*, el mismo prestigioso autor expone: «No es dubitable que muy a los principios de la consecuencia de aprobarse su instituto en el Concilio Trecense, entró esta religión, no sólo en Aragón y Portugal, pero también en nuestro Reyno de Castilla, y León, en cuyas fronteras estaba más viva y continua la guerra con los reyes moros de Granada, Sevilla y Niebla, que aun se conservaban baxo su tyrano yugo, que en las de los demás reyes de la península de España» (pág. 23).

En otro lugar —concretamente, carilla octava de su prólogo—, escribe: «Por lo tocante a la Orden del Templo, la más antigua donación, de que hay memoria, es la de Calatrava; pero su pri-

mero asiento parece fue en la Estremadura donde poseyeron á Xeréz de los Cavalleros, Valencia del Ventoso, Fregenal, y otros Pueblos, que siendo, como Truxillo, y Santa Cruz, fronteras muy peligrosas, tan expuestas a las invasiones de los Reyes de Sevilla, y Niebla, era dificultosa su defensa, y muy útil el valor de los Cavalleros en ella: su donación se cree fuesse hecha por el Emperador D. Alonso Séptimo, que ya reynaba en el año de 1128, en cuyo tiempo pudo haver tenido principio en España esta Orden.»

En la pág. 13 relata «lo que en Castilla sucedía con los mismos Templarios con la Villa de Calatrava, frontera tan dura de conservar por la inmediación à la Morisma, que haviéndola tenido estos, como queda dicho, desde el año de 1129, como congeturó Garibay, por donación del Emperador Don Alonso Séptimo, temiéndose su conservación por los aparatos de Guerra que oyeron en el año de 1158, acudieron à hacer dexación de esta Villa en manos de Don Sancho el Deseado, que se vio, por ser frontera, en la precisión de crear nueva Milicia para su defensa: principio ilustre de la Cavallería de Calatrava, por Raymundo, Abad de Fitero, como sienta Brandaon, y Mariz».

Análogamente, Fidel Fita (85): Luego del pacto firmado entre los reyes Sancho y Fernando en Sahagún, el 23 de mayo de 1158, «llegaron los freyres del temple que tenían Calatrava, que non la podien retener ante grant poder de moros», se ofreció a defenderla el freyre Diago Blasquez, natural de Bureba, que llegó con un don Remon abbat de fitero y entonces se creó la Orden de Calatrava.

Rodríguez Amaya en su trabajo citado en la nota veintinueve, refiere que «los Templarios consiguieron pocos años más tarde —alude al 1258 de Cristo— la posesión de Jerez y de Fregenal, con los pueblos inmediatos, uniendo sus dominios y rectificando los términos de Alconchel, que se extendieron hasta Guadiana, siguiendo la actual divisoria de los términos de Alconchel y de Olivenza. Así quedaron formando la bailía de Jerez, Alconchel,

(85) "Templarios, Calatravos y Hebreos", en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, t. XIV (1889), págs. 261 y sigs.

Cheles, Higuera de Vargas, Jerez, Villanueva del Fresno, Valencia del Mombuey, Zahinos, Oliva, *Fregenal, Higuera la Real, Bodonat*, Valencia del Ventoso, Atalaya, Valverde de Burguillos y Burguillos» (pág. 403).

Horacio Mota (86) afirma que «Los Templarios, entre otras localidades, poseían Alconchel, Burguillos, Jerez de los Caballeros, Valencia del Ventoso, *Fregenal, Capilla* y el castillo de *Almorchón*».

Volviendo al libro de Campomanes —como es necesario repetir al tratar de esta insigne Orden—, se comprueba que, refiriéndose al historiador Mariana, por el conocimiento que éste tomó en los Archivos de la Santa Iglesia de Toledo, afirma que los Templarios tenían «en Estremadura á la raya de Portugal, Valencia, *Alconeta, Xeréz de Badajóz, Fregenal, o Nertobriga, Capilla y Caracuel*» (pág. 137).

(En los tres párrafos anteriores me he permitido subrayar los nombres de varios pueblos en que, no obstante su sumisión bajo la Orden templaria, nunca tuvo vigor ni actualmente es observado el Fuero del Baylío.)

Y en nota que comienza en la pág. 233 y termina en la sig., el prestigioso autor últimamente nombrado añade: «Por lo que resulta de este Instrumento, y otro Privilegio de un Maestre también del Temple en Castilla; y León, que con fecha de la Era de 1310, año de 1272. se insertó en la Dissertacion III. de esta Obra, se colige, que los Cabildos Generales, o Assambleas, que esta Militar, e insigne Orden celebraba en España, por lo tocante a Castilla, y León, se executaban en la Ciudad de Zamora, donde era preciso tuviesen Convento, y propia habitación...»

No he sabido resistirme al deseo de insertar en este lugar la curiosa noticia que suministra el R. P. Duchesne (87), que fue Maestro de sus Altezas Reales los Señores Infantes de España: Refiere cómo Alfonso, Rey de Aragón y de Navarra, después que

(86) *Revista de Estudios Extremeños*, t. XXV, año 1969, pág. 423: "Las Ordenes militares en Extremadura".

(87) *Compendio de Historia de España*, publicado en Francia en 1741 traducido por el R. P. José Francisco de Isla, t. II, pág. 56, Barcelona.

nabía tomado a Mequinenza y tenía sitiada a Fraga, fue a sus Estados a reclutar nuevas tropas y, al regresar, cayó en una emboscada. «Vendió muy cara su vida, pero al fin la perdió; y abierto su testamento se halló que dexaba en él por sus herederos universales a los Caballeros Templarios...; «pero cada una de las dos Coronas eligió un Rey sin hacer caso del testamento».

b) Localización y probable fecha del Fuero

Román Gómez Villafranca —en su tantas veces mencionado Prólogo al libro de Borrallo— afirma que la denominación con que suele ser conocido el Fuero, cuyo es el objeto del presente libro, es una expresión elíptica que complementa así: «Fuero del Baylío (Don Fulano) de Jerez de los Caballeros Templarios.»

Sigue así la creencia común que atribuye a un Baylío o Comendador desconocido de la nombrada ciudad el otorgamiento del Fuero aprobatorio de la observancia de la costumbre en cuestión, dentro del territorio y varios poblados que, a la sazón, estaban puestos bajo su autoridad. Mas lo cierto es que ni en los archivos de tales pueblos ni en la documentación de la Orden nadie ha podido hallar el original ni copia alguna.

Campomanes en su libro expone que Argote de Molina, con referencia a las citaciones que en el Archivo de Toledo consta haberse hecho a los Caballeros para evacuar la comisión del Papa sobre esta Orden, especifica «que los Templarios, en solo Castilla, tenían 24 Baylías o Encomiendas; entre las cuales cita la de Ventoso» (pág. 139).

«Otra donación, que el mismo Rey Don Fernando IV hizo estando en el Real, sobre Alva de Tormes, á 24 días del mes de mayo, era de 1350, que es año de Christo 1312, á favor de Gonzalo Gómez de Caldelas, su vasallo, al que en retribución de sus buenos servicios dá la Casa del Ventoso, que es en tierra de Xeréz de Badajoz, que fue de la Orden del Temple» (pág. 142).

Y en un Fuero concedido a la villa de Cehegún por don Rodrigo Yáñez, último maestre de las Casas, «que la Orden de la Cavallería del Temple ha en León, é en Castiella, fechado en

Zamora XV días de mayo, era de MCCCXLV años de Chisto 1307 —que se copia en las págs. 232 y sig.—, se cita, entre otros Freyres que fueron presentes, a Fr. Juan Bechao, Comendador de Xeréz, e de Ventoso».

¿Sería un Comendador o Baylío de Ventoso quien dio el Fuero aprobatorio de esta costumbre? ¿Habría que localizar la busca del documento en Valencia del Ventoso?

Por otra parte, en el repetido libro de Campomanes se afirma que «en Portugal es muy verosímil que la Religión de los Templarios entró con igual puntualidad que en los Reynos de Castilla, León, Aragón y Navarra, haciendo asiento en la villa de Thomar, donde tuvo su Sacro Convento en lo antiguo» (pág. 13). Y más adelante, en la diecinueve, concreta que «parece no queda duda que la Orden de los Templarios tuvo su asiento en el Castillo de Thomar, desde luego, y que a lo que puede congeturarse, en el año de 1130, fue su primer ingreso en él».

Ahora bien, teniendo en cuenta la situación geográfica de esta villa en la Extremadura portuguesa —territorios que están inmediatos a los anteriormente demarcados dentro de la España peninsular—, en la que también venía observándose desde tiempo remoto la costumbre de comunicarse los bienes entre los casados, ¿cabría pensar que algún Comendador o Baylío de Thomar diese el Fuero aprobatorio, con anterioridad a las reales Ordenaciones que mencionaré en el momento oportuno, y aun en época anterior al establecimiento de la Orden en Jerez de los Caballeros?

¿Podría ser, por tanto, «Fuero del Baylío (don Fulano) de Thomar»?

No conozco la existencia de indicio alguno sobre el que pudiera fundamentarse una respuesta afirmativa a esta interrogante, pues, de los varios y meticulosos historiadores del Derecho del vecino país que hemos consultado, ninguno insinúa siquiera hipótesis alguna en tal sentido.

Llegando ahora al intento de situar cronológicamente el Fuero del Baylío —si actuamos sobre aquella base de atribuir su otorgamiento a uno que ostentase tal cargo en la Bailía o Encomienda

de Jerez de Badajoz o de los Caballeros—, cúmpleme tratar de conocer la fecha en que esta villa, hoy ciudad, quedó bajo el dominio de los Templarios.

En la copia del *Piscator Salmaticense*, que ha sido citada en el apartado A) del presente capítulo, se dice que «la ciudad de Jerez de los Caballeros fue cimentada por San Fernando Rey de España en 1232, en el sitio donde estaba una Hermita dedicada a San Bartholomé. Dixose a los principios Jerez de Badajoz por estar a ella cercana, hasta que el mismo Rey la dio año 1251 a los Caballeros Templarios que la conservaron hasta su extinción; de donde le provino el cognomento».

Sebastián de Miñano (88) confirma tal donación en los siguientes términos: «Llamóse esta ciudad de los Caballeros por haberla dado el rey San Fernando a los caballeros templarios en recompensa de algunos servicios.»

Pascual Madoz —en la pág. 627 del t. IX (año 1847) de la obra citada en la nota treinta— escribe: «Atribúyese generalmente la fundación de esta c. al rey D. Alonso, fijándola en el año 1229, pero debió ser reedificación de otro pueblo, cuyas memorias han sido oscurecidas por los tiempos: solo se asegura que existía en su lugar una ermita dedicada a San Bartolomé, y también en ruina. La amplificó el rey D. Fernando el Santo en 1232, con gente de Galicia y valle de Jerguez, nombrándola Jerez de Badajoz; y el mismo rey la dio a la orden del Temple, por lo que se apellidó de los *Caballeros*. Por la estinción de esta orden fue incorporada a la Corona. El rey D. Enrique II la cedió al Maestre de Santiago en 1375, por lo que ha pertenecido al territorio de las órdenes con gobernador político del hábito y alc. m. del nombramiento del rey, como gran maestre; estando aún en observancia del mismo origen, el fuero del baylío o mancomunidad de bienes entre marido y mujer, cualquiera que sea quien los aporte al matrimonio.» Me permito interpretar que las palabras «del mismo origen» aluden a la Orden del Temple.

(88) *Diccionario Geográfico-Estadístico de España y Portugal*, t. V, página 101.

Matías Ramón Martínez y Martínez, en las págs. 60, 64 y siguientes del libro citado en la nota nueve, sostiene que existió un privilegio de donación de Jerez a los Templarios, dado por Alfonso IX (lo que dice después su hijo Martínez Pereda) y que el Maestre de la Orden en aquella ocasión se llamaba Don Esteban de Belmonte. Como fundamento, alude a un privilegio fecha 8 de marzo de 1283, del que me ocuparé más adelante.

Moutón y Ocampo (artículo citado en la nota trece) dice que Fernando III, el Santo, amplificó dicha ciudad en 1232, «dándole el nombre de Jerez de Badajoz, y poco más adelante entregó su gobierno a la Orden del Temple, por lo que se denominó desde entonces Jerez de los Caballeros».

Y al final de la segunda columna, en la pág. 696, añade: «En el año 1253, Alfonso X el Sabio otorgó a Jerez de los Caballeros el Fuero Juzgo, y en 1371 aproximadamente, el maestre de Santiago D. Fernando Ozores dio un Fuero a la población, compuesto de 24 capítulos, en los que...

»Nada se habla en este reducido fuero del privilegio del Baylío, por la razón sencillísima de que sólo existiría como costumbre empezada a practicar —¿de dónde habrá salido la noticia de este *comienzo*?— en el territorio; ya que no se comprende ciertamente que teniendo carácter foral anterior, hubiera olvidado el maestre de Santiago citar siquiera la confirmación del mismo, y, caso de que él lo concediera, consignarlo así en uno de los capítulos del fuero que otorgó a la población.»

El dicho fuero dado por el Maestre de Santiago, lo fue en la misma ciudad de Jerez de los Caballeros el 25 de junio de 1371 y, en parte, se transcribe por Bernabé de Chaves (89): El capítulo 7 dice: «E otrosí, a lo que pide el Concejo, que guardemos a esta villa *su fuero, que han*, e sus buenos usos, e buenas costumbres, e franquezas, e libertades, que han: a esto respondemos, que nos place; e *les confirmamos su fuero*, e sus buenos usos, e buenas costumbres, e libertades, e franquezas; que usen, y

(89) «Apuntamiento legal sobre el dominio solar, que por expresas reales donaciones pertenece a la Orden de Santiago en todos sus pueblos...» Es anterior a 1852.

gocen de ellas, según siempre lo usaron, hasta aquí, en la villa, y con su vecindad, y en sus heredades» (f.º 52).

Habida cuenta de que no se conoce otro fuero de Jerez de los Caballeros anterior al transcrito, estimo indudable que esta alusión no puede ser a otro que al del Baylío, aunque no lo nombre.

Por su parte, Gómez Villafranca establece dos afirmaciones: los Templarios, «si existían en Castilla y Navarra desde el año 1128, parece exacto que a esta parte de Extremadura no llegaron hasta después del año 1166», y la ciudad de Jerez de los Caballeros no les sería confiada sino hacia el año 1230.

Martínez Pereda —trabajo anotado en la diecisiete— opina que esta sanción escrita, dada para los pueblos que pertenecieron al Bayliato o Encomienda de la Orden del Temple, debió tener lugar bajo el reinado de Alfonso IX de León, porque este monarca dio los fueros de Cáceres, Mérida y Alcántara. Y Borrallo también lo sitúa en la misma época (pág. 22 de su libro citado en la nota dieciséis).

Parece que tal opinión es muy ceñida, por cuanto el nombrado monarca murió, cuando viajaba hacia Santiago, el 24 de septiembre de 1230.

Boza Vargas —pág. 10 del folleto citado en la nota ocho— afirma que: «Una historia de Jerez de los Caballeros, escrita por Gregorio Fernández Pérez, cuenta que un Baylío o Comendador de dicha Ciudad otorgó a la misma, a Burguillos y otros pueblos de su jurisdicción, el fuero municipal o privilegio de regirse por la *Ley de miatade*, y que por razón de su cargo se le denominó desde entonces *Fuero del Baylío*; pero más bien debió ser porque lo obtuvieron los pueblos todos del Bayliato, aun cuando después sólo persistiese su observancia en los que hoy le disfrutan.»

Y añade que, por no ser tanta la Jurisdicción del Baylío como para legislar en los pueblos de su mando, «la concesión debió ser hecha por el Capítulo General de la Orden, si es que no necesitó ser autorizada por la Corona». Exactamente lo mismo repite José Fernández en el trabajo que cita la nota doce del presente.

Las mismas ideas expone Buylla en el que dejó anotado en la once, y escribe que en los casos de Jerez de los Caballeros y Alburguerque «fue tomado el Fuero de la legislación portuguesa».

Rodríguez Amaya —en su trabajo mencionado en la nota treinta y dos—, después de mencionar los reales privilegios sobre límites de Badajoz (dado por su libertador Alfonso IX, el cual fue confirmado por carta de Alfonso X al Concejo, fecha 31 marzo 1258) y de Sevilla, que el último rey nombrado había otorgado el 6 diciembre 1253, señala que los de aquella llegaban por su límite Sur hasta la corriente del Fraga Muñoz, y después añade:

«Hemos dicho por lo que respecta a Badajoz, porque en el otro lado del Fraga Muñoz se habían producido cambios de gran importancia entre 1253 y 1258, cambios que tuvieron como resultado que Badajoz dejase de confinar con Sevilla y limitase con los Templarios a lo largo de toda su frontera meridional.

«Toda esta zona desde el Fraga Muñoz hasta Valera, en cuyo término se había de levantar Fregenal, y hasta la divisoria de Huelva, entonces Concejo de Sevilla, fue ocupada violentamente por los Templarios, quienes, saliendo de sus castillos de Alconchel, Burguillos y Valencia del Ventoso, se extendieron por Jerez de Badajoz y su término, no parando en su marcha hasta el territorio ocupado por los Hospitalarios en Morón y otros pueblos de la izquierda del Guadiana.»

En junio de 1256 «se otorgó en Mayorga la concordia entre Fray Pedro, obispo de Badajoz, y la Orden del Temple sobre reconocimiento por parte de ésta de la jurisdicción del Obispo de Badajóz sobre los pueblos que la Orden tenía en esta zona y sobre los que pudiera tener en lo futuro. Los pueblos que se mencionan en la concordia son Alconchel, Burguillos y Jerez de Badajoz...».

«Que la ocupación de Jerez y la zona limítrofe fue violenta, constituyendo una verdadera usurpación de los derechos del Concejo de Sevilla, consta en cuanto a Jerez, porque los Templarios nunca tuvieron privilegio ni concesión real, mediante los cuales el rey les hubiere donado este pueblo, hasta el privilegio de 1823...»

Estimo que resultará oportuno traer a este lugar unas líneas escritas por el P. Duchesne en las págs. 105 y sig. del libro y tomo citados en la nota ochenta y siete.

«necesidad en que se halló constituido Fernando —refiérese a El Santo— de ir a tomar posesión del reyno de León, a cuya sucesión le abrió camino la muerte del Rey su padre Alfonso IX, después de cuarenta y dos años de reinado. Había dexado Alfonso de las primeras nupcias dos Infantas herederas de la Corona; y habiendo nacido Fernando del segundo matrimonio, que fue reconocido y declarado por nulo, estaba destituido de todo derecho a la sucesión en aquellos Estados; pero la prudencia y la habilidad de la Reyna Doña Berenguela, su madre, supo manejar este negocio con tanta destreza, que ganó a los principales Señores, y encontró el secreto de quitar a las dos Infantas la Corona, dexándolas contentas. Por este medio *unió para siempre a la Corona de Castilla la de León*, la más antigua que se había formado en España desde la irrupción de los Africanos.» Me permito calendar dicha unión en el año de 1230, finales de septiembre, en que tal muerte tuvo lugar.

El privilegio o Carta real a que alude Esteban Rodríguez Amaya había sido dado por Alfonso el Sabio (hijo de Fernando), en Sevilla, con fecha 8 de marzo de 1283. Está inserto como apéndice en el libro de Campomanes, págs. 228 y sig. Después de mencionar los títulos del Monarca, dice así:

«Porque Gomes García, que se llama Comendador, Thenente-Logar del Maestre, en las Casas que el Temple había en Castilla, e en León, con los Freyres de esta Orden de los Regnos sobredichos, fueron en mío deservicio con Don Sancho, alborozando los Regnos contra mí, è faciéndome guerra de los Castillos, è de los Logares de la Orden: Por la qual razón. la Orden **POR DERECHO HAVIA PERDIDO QUANTO HAVIA EN MIOS REGNOS**, è fincaba en mí por la razon sobredicha, è por el desagradecimiento, que me ficieron, assi como contra su Rey, è contra su Señor natural, de que avie è ovieran lo más de quanto avie. Pero porque Don Juan Fernandez, Thenente-Logar del Maestre Mayor en las Casas que la Cavallería del Temple ha en Castilla, è en Leon, è en Por-

tugal, que en aquella sazón, que se los otros contra mí levantaron, non viniera aon ultra mar. E luego que llegò á mi tierra, se trabajò de me servir quanto pudo, estrañando mucho el mal, è la deslealtad, que contra mí habían fecho. E se vieno para mí á Sevilla, è Don Pay Gomez Barreto, è otros Freyres buenos de Portugal con èl, è me pidieron merced por la Orden del Temple, que non quisiese que perdiese mi merced por los Freyres de Castilla, è de Leon, que contra mí fueron tan errados. E porque el Maestre sobredicho me prometì de venir à mio servicio, assi como à su Rey, è su Señor natural, è facer mio mandado de todos los Castillos, è de todos los Logares de la Orden, que el Maestre ha, è podier cobrar, è haver. E me pidieron merced, que les diesse Xerez-Badajoz, è el Frexenal, tovelo por bien, è dogelos con todos sus Terminos, segun se contiene en el Privilegio, que el Rey Don Alonso mio Abuelo diò a D. Estevan de Belmonte, è à la Orden sobredicha, porque les diò Burgos, è Alconchel, dogelos por juro de heredad para siempre jamás, assi como lo mejor, è mas complidamente ovieron en ningun tiempo, compliendole el Maestre, è sus Freyres, assi como sobredicho es. E demas, les otorgo, è prometo de les confirmar, è de les otorgar luego sus Privilegios, que an de mí, è de los otros Reyes, & de ge los cumplir en todo. E porque esto sea cierto, è non venga en dubda, mandè facer ende esta Carta, scellada con mi Scello colgado.»

El Privilegio dado por «el Rey Don Alonso mio Abuelo» (Alfonso IX), a que se alude en las últimas líneas copiadas, es aquel por el cual —según afirman Martínez Martínez y Martínez Pareda— el nombrado Monarca había hecho donación de Jerez a los Templarios.

Mas ello no es así. Estimo bien claro que mediante el transcrito, Alfonso X otorga o da (mejor, restituye) a dicha Orden «Xerez-Badajoz, è el Frexenal», dos pueblos, que le habían pedido; añadiendo que su abuelo había dado Burgos (hoy Burguillos del Cerro) y Alconchel a la misma. Pero en el documento de ningún modo se dice que Alfonso IX hubiera donado también los primeramente citados.

Por otra parte, la donación hecha por Alfonso el Sabio en 1283

creo no es bastante para concluir —según dice Rodríguez Amaya— que el Temple no tenía otra anterior referente a Jerez de los Caballeros. En realidad, se trataba de una restitución, insisto, que dejaba sin efecto una anterior ocupación real. Pero ésta no había tenido lugar porque la Orden viniese poseyendo sin título dicho pueblo, sino porque —según se dice en el documento copiado— el Comendador que nombra «con los Freyres de esta Orden de los Regnos sobredichos, fueron en mio deservicio con Don Sancho» (lo que debió ocurrir después de la proclamación de éste, frente a su padre, en las Cortes de Valladolid, 1282).

La donación primera pudo haber sido de Fernando el Santo, según dicen los autores precitados, o del mismo Alfonso el Sabio con anterioridad a la sublevación de Don Sancho.

En resumen, parece claro que Jerez de Badajoz —contra lo que algunos afirman— no fue entregada por Alfonso IX de León a los Templarios; lo que Rodríguez Amaya rechaza bien, puesto que tal ciudad estaba incluida dentro de los límites reconocidos a Sevilla en el citado Privilegio de 1253. Son más numerosos los historiadores que nombran a Fernando III como reedificador o repoblador de aquélla, en 1232 —quiere decirse, dos años después de haberse unido a él las dos Coronas de Castilla y de León—; dándola posteriormente («poco más adelante», dice uno, «la dio año 1251» afirma otro) a la Orden del Temple, si bien me permito recordar como fecha límite el año 1252, en que ocurrió su muerte.

Por todo lo expuesto, creo podemos concluir que esta segunda sanción escrita («Fuero del Baylío») de la antigua costumbre que tenemos en estudio debió ser dada entre aquel año 1232 y el conocido 1312, ya que en éste el Temple fue anulado y extinguido.

Se trata de uno de los que Alfonso García Gallo (90) estudia como fueros y privilegios concedidos por el príncipe o el señor a los pueblos. Refiriéndose a ellos, este autor traza los siguientes rasgos:

(90) "Aportación al estudio de los fueros", en *Anuario de historia del Derecho español*, t. XXVI (1956), págs. 387 y sigs.

«Presentan como rasgo común el conceder a una ciudad, villa o lugar, o incluso a un monasterio, determinados privilegios o exenciones, o simplemente, fijar algunos aspectos del Derecho local.»

«En todo caso, el término o distrito que se atribuye a cada lugar o ciudad, y en el que rigen los preceptos del fuero, excede casi siempre de lo que hoy en día es el término de un municipio, pues abarca muy frecuentemente una comarca en la que existen diversos pueblos o aldeas.»

«Estas cartas son concedidas por el rey o un conde que gobierna con cierta independencia y son, sin duda alguna —a diferencia de los fueros agrarios—, documentos de carácter público. Las circunstancias de su concesión son, como en los agrarios, distintas. Unas veces se conceden al reconquistarse, fundarse o repoblarse un lugar, y entonces aparecen designadas como *cartae populationis*.»

Manuel Ramírez es el único que, refiriéndose a Jerez de los Caballeros, dice sobre el punto de que tratamos en el presente apartado: «Cuyo Baylío es posible que autorizara o ratificara los matrimonios celebrados en su dominio, si bien sin llegar a conceder carta especial alguna» (trabajo citado en la nota veinte); aunque no explica las razones en que funda tal aseveración.

C) La "Carta de meetade" portuguesa

Con tal denominación, repito que se aludió a ella por escrito por primera vez, en el libro IV, título XII de las Ordenações Alfonsinas de 1446.

En las Ordenações do Senhor Rey Don Manuel, de 1521, Libro IV, título 7.º, se expresa textualmente: «Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reynos, e Senhorios, se entendem seer feitos por Carta de metade, salvo quando entre as partes outra cousa for acordado e contractado, porque entonce se guardará o que entre elles for concertado» (91).

(91) Tomado de GUILHERME BRAGA DA CRUZ: "Regimes de bens do

Se repitiu el precepto —sin más que substituir la palabra «concertado» por «contratado»— en las Ordenações e Leis do Reino de Portugal, recopiladas por mandado del Rei D. Filippe o primeiro (impresas en el año 1603), Libro IV, título 46.

Con posterioridad —fecha que no he podido comprobar, pero situada entre los años 1640 y 1656, que son los de su reinado—, Juan IV confirmó y estableció nuevas Ordenações (92), de las que copio el Título XLVI (*Como o marido, e mulher são meeiros em seus bens*) del Liv. IV:

«Todos os casamentos feitos em nossos Reynos, e Senhorios se entendem feitos por Carta de amétade; salvo, quando entre as partes outra cousa for acordada, e contratada; porque então se guardará o que entre elles for contratado.

»1 E quando o marido, e mulher forem casados por palavras de presente a porta da Igreja, ou por licença do Prelado fóra della, havendo copula carnal, seráo meeiros em seus bens, e fazenda. E posto que elles queiraô provar, e proven que foraô recebidos por palavras de presente, e que tivéraô copula, se não provarem que foraô recebidos á porta da Igreja, ou fóra della com licença do Prelado, não seráo meeiros.

»2 Outro-si seráo meeiros, provando que estiveraô em casa teúda, e manteuda, ou em casa de seu pay, ou em outra, em publica voz, e fama de marido, e mulher, por tanto tempo, que segundo Direito baste para se presumir Matrimonio antre elles, posto que se não provem as palavras de presente.

»3 E acontecendo que o marido, ou a mulher venhaô a ser condemnados por crime de heresia, porque seus bens sejaô confiscados, queremos que cômuniqueen entre si todos os bens, que tiverem ao tempo do contrato do Matrimonio, e todos os mais, que depois adquirirem, como se ambos fossem Catholicos. O que

casamento. Disposições gerais. Anteproyecto dum capítulo do novo Código civil", en *Boletín do Ministerio da Justiça*, núm. 63 (año 1957), nota 16 en la pág. 31.

(92) *Ordenações e leyes do Reyno de Portugal, confirmadas e estabelecidas pelo Senhor Rey D. Joáo IV, novamente impresas... por mandado do Rey D. Joáo V*, vol. II, Lisboa, 1747.

assi havemos por bem, por se escusarem conluyos, e falsidades, que se poderiaô commetter sobre a prova dos bens, que cada hum delles comsigo trazer.»

En el anterior Código civil portugués, de 1867 (93), la sección V —dentro del cap. I (Del casamiento), del tít. II (De los contratos en particular) del libro II— trataba «Del convenio de los esposos relativo a sus bienes». La subsección I (Disposiciones generales) comenzaba con el artículo 1096: «Es lícito a los esposos estipular, antes de la cerebración del casamiento y dentro de los límites de la Ley, todo lo que ellos aprueben relativo a sus bienes.»

Y añadía el 1098 que «a falta de cualquier acuerdo o convenio, entiéndese que el casamiento es hecho según la costumbre del reino, excepto si fuere contraído con violación de las disposiciones del artículo 1058, números 1.º y 2.º, porque, en ese caso, ha de entenderse que los cónyuges se casan con simple comunión de los adquiridos».

Esto significa que tal cuerpo legal consagraba como supletivo —en la nomenclatura de aquellos autores—, en el orden económico, el casamiento según la costumbre del reino (que es la llamada Carta de meetade).

«El casamiento según la costumbre del reino consiste en la comunión, entre los cónyuges, de todos sus bienes presentes y futuros no exceptuados en la ley» (art. 1108).

«Los bienes de la comunidad serán repartidos entre los cónyuges o sus herederos, con la debida igualdad, colacionando cada uno lo que deba a la masa común» (art. 1123).

Mas en el nuevo Código aprobado por Decreto-ley núm. 47.344, de 25 de noviembre de 1966 (94), que entró en vigor el 1.º de junio de 1967, el sistema es diferente: En su art. 1698, vuelve a consagrar la que denomina «libertad de convenio» a este respecto. Pero en el 1717, primero de la subsección I —dentro de la sección IV (Regímenes de bienes) del capítulo IX (Efectos del ca-

(93) Décimasegunda edición oficial. Lisboa, Imprenta Nacional, año 1927.

(94) Publicado con índice alfabético y remisión, por José Augusto Guimaraes Monteiro, Porto, Editora Lda., 2.ª edición.

samiento en cuanto a las personas y a los bienes de los cónyuges), del título II (Del casamiento) del libro I (Derecho de familia)— dispone que «a falta de convenio antenupcial, o en el caso de caducidad, invalidez o ineficacia del convenio, el casamiento se considera celebrado bajo el régimen de comunión de los adquiridos».

Ello significa que el régimen comunitario de bienes en el matrimonio, de ser el régimen económico supletivo, ha pasado a ser uno de los permitidos, o sea, necesitado de convención expresa antenupcial. En su caso, tal régimen conserva el mismo contenido que en el Código anterior, según resulta de los artículos 1732 y 1730, párrafo primero (éste, por remisión que contiene el 1734).

CAPITULO V

CONFIRMACIONES LEGALES DEL FUERO EN ESPAÑA

Se trata de dos confirmaciones expresas y otra implícita, ambas anteriores a la promulgación del vigente Código civil, que paso a transcribir:

A) Pragmática de Carlos III

«Don Carlos, por la gracia de Dios rey de Castilla, de León, de Aragón, etc., sabed: Que por don Alexandro Gutiérrez Durán, como Procurador Síndico de la Villa de Alburquerque en la provincia de Extremadura, se me representó que habiéndose observado en dicha villa de tiempo inmemorial el *Fuero* nominado del *Baylío*, 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 habían efectuado en dicha villa habían sido conforme al referido *Fuero*, por mitad, sin consideración de lo que cada uno de los casados llevó al matrimonio o hubo durante él, como antes de contraerse no se haya capitulado casar al *Fuero de León*; sobre lo que solamente no se ha dudado, sino es que por regla general se expone la observancia de tal *Fuero* por los autores regnicolas que tratan de particiones, en cuya virtud casando de poca edad, noble, robusta, con un hombre de más edad, no noble, o 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 da 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 equivalente. Y para remedio de todo me pidió me sirviese aprobar la observancia de dicho *Fuero* denominado del Baylío 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 próximo pasado fui servido remitir a mi Consejo el citado recurso para que sobre él me consulte lo conveniente, y visto y examinado en él este asunto, habiéndose tomado informes 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 *Ley de a metade que fue concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho Segundo rey de Portugal*; y que semejantes 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 fue publicada en el mi Consejo y mandado cumplir el 13 de octubre próximo, se

acordó expedir esta del Baylío 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 por 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 mandado.—Siguen más firmas» (95).

B) Novísima Recopilación

La «Novísima Recopilación de las leyes de España dividida en XII libros. En que se reforma la Recopilación publicada por el señor don Felipe II en el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1775: Y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804. Mandada formar por el señor don Carlos IV».

Tomo V, pág. 27:

(95) Tomada del Libro de BORRALLO citado en la nota dieciséis, y compulsada con el texto que transcribe Duarte en el suyo anotado en la seis. Este último dice haberlo tomado del expediente núm. 33, que se conserva en el Archivo Histórico Nacional, Sección de Consejos Suprimidos.

«Ley XII.—D. Carlos III, por resol. á cons. de 15 de Sept., y céd. del Consejo de 20 de Dic. de 1778. Observancia del fuero del Baylío, en quanto à sujetar a partición, como gananciales, los bienes llevados o adquiridos en el matrimonio.

»Aprueba la observancia del fuero denominado del Baylío, *concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II Rey de Portugal*, conforme al qual *todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, o adquieran por qualquiera razón, se comunican y sujetan á partición como gananciales*; y mando, que todos los Tribunales de estos mis reynos se arreglen á él para la decisión de los pleytos 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.»

Según puede verse, la ley XII de la Novísima comprende una alusión al supuesto origen del Fuero, tomada del informe dado al Consejo por los Fiscales, a la vista del expediente instruido; la concreta expresión de la norma jurídica, tal como la había resumido el Procurador Síndico personero de Alburquerque en la representación elevada al Rey, y una indeterminada mención de los pueblos en que habría de ser observada para la decisión de los pleitos que sobre particiones ocurran, con las mismas frases insertas en la parte dispositiva de la pragmática.

(Los tres extremos que se han mencionado han sido impresos con letra bastardilla en la transcripción de los respectivos textos.)

Dos interesantes matices en el ámbito territorial de las dos confirmaciones legales que han sido transcritas:

En el párrafo último del apartado C) del Capítulo II me atreví a ofrecer, para el lugar oportuno, el razonamiento de mi opinión positiva sobre la existencia de fundamentos suficientes para estimar justificada la aplicación del Fuero en la ciudad de Ceuta y su contorno. Puesto que en el Capítulo VI habrá de ser exa-

minado el problema de tal vigencia —en todo el ámbito territorial de aquél, incluida Ceuta con su alfoz— después de la promulgación y entrada en vigor del Código civil, paso a tratar en las presentes líneas del mismo problema referido al tiempo transcurrido desde que fue publicada la Real Pragmática hasta que inicióse la vigencia del cuerpo legal codificado.

Lo mismo en el texto de aquélla como en el de la Ley inserta en la Novísima Recopilación, hemos visto que el ámbito territorial de este Fuero aparece expresado —indeterminadamente— con las siguientes palabras: «la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora».

Considero indudable que Ceuta se comprende evidentemente entre los *pueblos donde el Fuero se había observado hasta la fecha 20 de diciembre de 1778*, que es la de la Pragmática. En efecto, el Rey que la autorizó lo era «de Castilla, de León, de Aragón, etcétera» (dice el ingreso del texto), y por ello las palabras que han sido subrayadas tienen que aludir a pueblos pertenecientes a alguno o algunos de tales reinos. Más, en el Capítulo y apartado que han sido mencionados más arriba figuran copiadas varias líneas de la Carta de Felipe IV expedida en Aranjuez el 30 de abril de 1656, por la que *hizo y constituyó a Ceuta «por propia de estos mis reinos»*, así como «a los hijos de la misma Ciudad de Ceuta, que hoy son, y en adelante fueren perpetuamente... y a cada uno de por sí naturales de estos mis reinos».

El segundo de los matices que deseo esclarecer —en la modesta medida de mis posibilidades— guarda relación con la aplicabilidad del Fuero en los nuevos poblados que, al realizar las tareas incluidas en el Plan de obras, colonización, industrialización y electrificación de las vegas regables del río Guadiana en la provincia de Badajoz (aprobado por Ley de 7 de abril de 1952), han sido creados hasta finales de 1969, cuyos nombres dejé consignados en páginas anteriores, y aún en los que puedan construirse dentro de los términos municipales pertenecientes a los pueblos «donde se ha observado hasta ahora».

En mi opinión, lo mismo la Pragmática que la Ley de la Noví-

sima, al emplear la palabra «pueblos», querían significar pueblos dotados de Concejo propio, con su término o territorio a que se extendía la administración comunal (96).

La vecindad es la que imprime el carácter de persona aforada, según comprobaremos en el lugar oportuno, y no es dudoso que la tienen todas las domiciliadas en poblados o aldeas existentes dentro de los términos municipales en que el Fuero había sido observado hasta la fecha de la repetida Pragmática; por consiguiente, resulta indudable que debe serles de aplicación el dicho Fuero del Baylío.

C) Ley de 11 de octubre de 1820

Su objeto o finalidad fue la supresión de los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y toda clase de vinculaciones. Dispuso en su

«Art. 6.º Así en el caso de los dos precedentes artículos como en el del 2.º, se declara que en las provincias o pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicación en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, quedan sujetos a ella de la propia forma los bienes hasta ahora vinculados, de que como libres puedan disponer los poseedores actuales y que existan bajo su dominio cuando fallezcan» (97).

(96) *El Corregidor en el Municipio español bajo la Monarquía absoluta*, por FERNANDO ALBI, Madrid, 1943, págs. 72 y sigs.

(97) *Colección de Decretos de las Cortes*, t. VI, pág. 145.

CAPITULO VI

SU VIGENCIA ACTUAL

Problema resuelto en sentido positivo

Este de la vigencia del Fuero del Baylío después de la promulgación y entrada en vigor del Código civil, fue examinado detenidamente, sobre todo, en tiempos más inmediatos a mencionados hechos.

En general, cuantos juristas extremeños o foráneos he venido citando a lo largo de las anteriores páginas dan por supuesta tal vigencia, o se pronuncian por la solución afirmativa.

En el mismo sentido deben alinearse las autoridades siguientes: Felipe Sánchez Román (98), Isidro Villarreal (99), Felipe Clemente de Diego (100), Demófilo De Buen (101), Calixto Valverde y Valverde (102), Pedro Arriba Portales (103), los anotadores de Ennecerus, Kipp y Wolff (104), Diego Espín Cánovas (105), Fran-

(98) *Derecho civil español, común y foral, 1898*, t. V, vol. I, pág. 561.

(99) "El Fuero del Baylío", en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Madrid, 1929, t. LXIII, págs. 727 y sigs.

(100) *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1930, t. II, página 385.

(101) *Introducción al estudio del Derecho civil*, Madrid, 1932, pág. 242.

(102) *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid, 1935, t. I, pág. 174.

(103) "Algunas anomalías del Fuero del Baylío y de su aplicación conjunta con instituciones del Código civil", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. XVIII (año 1945), págs. 262 y sigs.

(104) *Tratado de Derecho civil*, t. IV, vol. I, por KIPP y WOLFF, traducción de la 20.ª edic. alemana, comparación y adaptación por PÉREZ GONZÁLEZ, CASTÁN TOBEÑAS y JOSÉ ALGUER, Barcelona, 1947, pág. 410.

(105) *Manual de Derecho civil español*, vol. I, Madrid, 1951, págs. 46 y siguientes.

cisco Bonet Ramón, en las págs. 334 y sigs. de su libro citado en la nota sesenta y cinco, Francisco Fortuny Comaposada (106), José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida (107).

Mantienen una posición dudosa Federico Barrachina, en el libro y tomo citados en la nota quince; Juan Beneyto Pérez (108) y Manuel Batlle Vázquez (109).

Y no faltaron importantes opiniones adversas:

Rafael de Ureña, en su artículo anotado en la catorce, se muestra contrario a la doctrina que considera el Fuero del Baylío como legislación foral consuetudinaria, «toda vez que, según hemos demostrado, el *Derecho civil llamado de Castilla* es equivalente al *Derecho civil común* y, por tanto, la derogación es completa y absoluta de "todos los Cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen aquel Derecho en todas las materias que son objeto del Código". La excepción única está señalada en el artículo 12, donde el legislador debió determinar en forma concreta y precisa las legislaciones y los territorios forales. El no haberlo hecho así constituye una grave falta, y esa indefinición es la única base que puede sustentar las pretensiones de abogados y notarios de la región extremeña, pero siempre tendrá en contra el principio general de la cláusula derogatoria. No se ha producido (o por lo menos lo ignoramos) reclamación oficial alguna. ¿Triunfarán esas pretensiones en la práctica de los Tribunales? Creemos y esperamos que no. Los partidarios de la vigencia del Fuero del Baylío presentan la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 8 de febrero de 1892, pero se trata de un matrimonio celebrado el 12 de diciembre de 1878 y, por lo tanto, de fecha anterior al Código civil, en la cual estaban vigentes en su plenitud las antiguas

(106) *Régimen de bienes en el matrimonio*, Barcelona, 1962, págs. 639 y siguientes.

(107) *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, págs. 244 y sigs.

(108) "Los conflictos interregionales", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1927, págs. 705 y sigs.

(109) "Sobre la determinación del régimen matrimonial de bienes en caso de diversa regionalidad de los esposos", en *Revista de Derecho Privado*, 1932, pág. 255.

disposiciones a que hace referencia. No es probable que el Tribunal Supremo llegue a sancionar esa doctrina.»

Benjamín Escola Manso —ilustre Notario que fue de Badajoz— mantuvo contra la vigencia del Fuero la opinión que, literalmente, transcribe Borrallo en las páginas 184 y sigs. del libro que dejo citado en la nota dieciséis. De tan interesante alegato quiero transcribir el siguiente párrafo fundamental:

«Sea cualquiera el entusiasmo de los fueristas, tendremos que reconocer que el *Fuero del Baylío* no es ni más ni menos que un fuero municipal, igual en su eficacia y en su naturaleza legislativa a todos los demás fueros municipales de Castilla. Algunos soñarán con una cualidad privilegiada para este *Fuero*, sólo porque es el suyo, pero en tanto no se borre la ley XII, título IV, libro X de la *Novísima Recopilación*, no es más que un fuero municipal, aplicable sólo a los *pueblos* donde se usaba, no a *territorio determinado*, pues hay lagunas y soluciones de continuidad enormes entre Alburquerque y Alconchel, por ejemplo, y entre Jerez de los Caballeros y Ceuta; y no existe siquiera una demarcación conocida como asiento y observancia de este *Fuero*. Y si es un fuero municipal de un pueblo de Castilla, sancionado en la *Novísima Recopilación*, que es donde tiene su fuerza legal, ¿cómo puede considerarse subsistente, si el Código ha derogado todos los fueros municipales de Castilla, sin excepción alguna, y ha derogado la *Novísima Recopilación* y todo lo por ella legislado? ¿Qué privilegio tiene el *Fuero del Baylío* y no el de Cuenca, el de Badajoz o cualquiera otro para perdurar después del Código?»

Por último, el Maestro Castán (110), después de expresar la opinión de los impugnadores de la vigencia, decía inclinarse de conformidad con ellos. Pero más recientemente ha razonado en la siguiente forma: «Todavía se pretende hoy considerar territorio foral a Extremadura, en las localidades —como la villa de Alburquerque y la ciudad de Jerez de los Caballeros— en que se aplica el Fuero del Baylío. Mas ¿forma parte este Fuero del *Derecho foral* a que alude, para declararlo vigente, el artículo 12 del Código? Nos parece algo dudoso. Probablemente debe darse

(110) *Derecho civil foral*, 2.ª edic., Madrid, 1932, págs. 188 y sigs.

a la frase *Derecho foral* una significación histórica, aplicándola a aquellas particularidades jurídicas hijas de un antiguo régimen de autonomía político. Dentro de esta interpretación, no todo Derecho consuetudinario ha de ser Derecho foral. Las costumbres y privilegios locales de Castilla —como la que integra el Fuero del Baylío, cuyo reconocimiento en el Derecho anterior al Código procedía de un precepto de la Novísima Recopilación— forman parte, a nuestro juicio, del *Derecho común* derogado por el artículo 1976 del Código civil. En la práctica, sin embargo, va prevaleciendo la opinión favorable a la vigencia de este Fuero» (111).

El tema es muy atractivo, mas estimo que, a estas alturas, no es necesario ni resultaría útil terciar en la polémica de que ha quedado hecha una somera referencia, puesto que, en el orden práctico, ya está juzgado de modo inapelable: Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892 (publicada el 15 de marzo) y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de agosto de 1914 (publicada el 18 de septiembre), 10 de noviembre de 1926 (publicada el 20 de enero siguiente), 11 de agosto de 1939 (112) y 9 de enero de 1946 (*Revista de Derecho Privado*, págs. 38 y sigs.).

Denominación única del Fuero

Duarte Insúa, tras exponer la opinión —que hemos recogido en páginas anteriores— de que la costumbre originaria había sido traída a Alburquerque por el núcleo de portugueses que habían llegado para incorporarse a su *Fonsado*, añade: «sin que por entonces, ni aún muchos años después, se le diera nombre de ninguna clase, viniendo a ser solamente un fuero o privilegio puramente local. Muchos años después fue cuando se llamó Fuero del Baylío, sin duda porque concedido al bayliato de Jerez de los Caballeros, que era de una mucho mayor extensión y además

(111) Obra citada en la nota diecinueve, t. I, vol. I de la 10.ª edición, año 1962, pág. 221.

(112) *Repertorio alfabético de la Jurisprudencia Hipotecaria*, por ODÓN LORAQUE E IBÁÑEZ, t. II, Andújar, 1935, núms. 219 y 1.897, y el Apéndice, año 1942, núm. 295.

comprendía muchos pueblos, ya no era una rara excepción y ya no podía llamarse Fuero de Jerez, ni Fuero de Alburquerque, ni Fuero de ninguna parte, sino Fuero del Baylío, que comprendía la mayor extensión territorial de todas las en que el Fuero regía» (*Historia de Alburquerque*, pág. 608).

El hecho es que este régimen económico matrimonial comunitario se denomina *Fuero del Baylío*, no sólo en las tres zonas peninsulares en que rige y en Ceuta, pero también por todos los Notarios, Registradores de la Propiedad y tratadistas, antiguos y modernos, que de él se han ocupado, y ello a pesar de la diversidad de sanciones —más o menos remotas— que autorizaron la observancia y han quedado expuestas en los dos Capítulos precedentes.

Ahora bien, por mi parte, no he conocido referencia alguna de que en Alburquerque (antes de Don Alonso Téllez), o en los pueblos que componen las segunda y tercera zonas (en tiempos anteriores al en que quedaron sometidos al dominio de los Templarios), ni en Ceuta en tiempos pretéritos a la Pragmática de Carlos III; no he conocido, repito, que tal régimen especial fuera designado con determinado nombre.

En la instancia elevada a dicho Monarca por el Personero del Común de la Villa de Alburquerque —a la que hacen referencia los Fiscales del Real Consejo y la misma Pragmática— se expresa «Fuero nominado del Baylío»; en la declaración del Alcalde Mayor y Gobernador interino de Jerez de los Caballeros (25 de febrero de 1778) se menciona «Fuero del Bailío», y en la del Alcalde Mayor de Alburquerque (21 de marzo de 1778) se dice «Fuero llamado del Vailío». Por último, también puede comprobarse cómo en la parte dispositiva de aquella Real Cédula (20 de diciembre de 1778) se dice «apruebo la observancia del Fuero denominado del Baylío... en la citada Villa de Alburquerque, Ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora». Lo mismo la Ley incluida en la Novísima Recopilación.

Esto último quiere decir que la expresada única denominación con que el Fuero es conocido en todos los territorios donde rige tuvo doble consagración legal, así como —posteriormente— fue acogida por el Tribunal Supremo de Justicia y por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

CAPITULO VII

CONTENIDO Y EFECTOS DEL FUERO

Al comienzo del Capítulo IV lamentábamos cómo «hasta ahora no han podido encontrarse los textos originales ni alguna copia auténtica de las primeras autorizaciones escritas que, en España, se dieron a la remota costumbre» de que venimos tratando.

Por ello, hemos de atenernos a las primeras referencias oficiales de su contenido:

En la declaración del Alcalde Mayor y Gobernador interino de la Ciudad de Jerez de los Caballeros (25 febrero 1778) se dice: «Reducido a que por el Contrato matrimonial, así como se comunican los cuerpos de los Contrayentes, igualmente se comunican los vienes; y por disolucion del matrimonio por muerte de alguno, se parten igualmente los vienes ya sean traídos al matrimonio por ambos, o por cualquier de los dos o adquiridos durante él; igualmente los Herederos del defunto y el Cónyuge supértese a eszepcion de lo vinculado.»

La declaración del Alcalde Mayor de Alburquerque (21 marzo 1778) dice: «Assi como luego se contrae el matrimonio conforme a dicho Fuero se comunican los bienes y cada uno de los cónyuges adquiere dominio en la mitad de todos indistintamente y de montón»; esta referencia es del mayor interés, aparte del que le da su fecha, porque el aludido Alcalde propugnaba en su declaración el no mantenimiento del Fuero.

Y en el informe de los Fiscales (30 julio 1778) —igualmente copiado en el libro de Duarte Insúa citado en la nota seis— se reseña el Fuero como «reducido en sustancia según lo definen y

explican los testigos a que todos los bienes (excepto los vinculados) que cualquiera de los cónyuges llevase al matrimonio, sean muebles o raíces, llegado el caso de disolverse el matrimonio por causa de muerte u otra se dividen por iguales partes entre el superviviente y herederos del difunto, cargándole sólo la mitad de deuda que el caudal tenga saluo si al tiempo de contraer se contratase o pactare a otro fuero».

Resumen conciso de las tres referencias son las palabras insertas en la Pragmática: «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.» En la Novísima se repiten estas mismas, sin otra alteración que la consistente en decir «por cualquier razón» donde el primero de los textos aludidos había expresado «por cualquier causa».

Matías Ramón Martínez y Martínez —en la pág. 171 de su libro citado en la nota nueve—, al hacer referencia de los artículos publicados en 1880, en el Boletín del Colegio Notarial de Cáceres, por los Notarios de Fregenal de la Sierra (en cuyo distrito hipotecario hay tres pueblos en que rige el Fuero), don Wenceslao José Carvallo y don Juan José Méndez, sintetiza así sus opiniones discrepantes: «Mientras el señor Carvallo entiende que los bienes se comunican como gananciales y se parten del mismo modo, el señor Méndez sostiene que se comunican durante el matrimonio y se parten después de éste como gananciales.»

Ello pone de manifiesto cómo en el expresado año —desde el que casi ha transcurrido un siglo— apuntóse ya en la doctrina el planteamiento de dos posiciones discrepantes, que paso a personalizar.

A) Comunicación y comunidad de bienes, desde el casamiento

Eugenio García de Gregorio, en el trabajo que dejé citado en la nota cuarenta y seis, expuso su opinión en los siguientes términos: «En virtud de este fuero todos los bienes que los casados aportan al matrimonio o adquieren por cualquier título, se comunican y sujetan a partición como gananciales.»

Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán (113) dijeron análogamente: «Se comunican todos los bienes que los casados llevan al matrimonio y los que adquieren por cualquier título.»

La opinión mantenida por Wenceslao José Carvallo en el año de 1880, resumida después por el señor Martínez y Martínez en los términos que han sido copiados en uno de los párrafos precedentes, creo pone de manifiesto la clara evolución producida en la mente del primero, ya que en su artículo publicado con fecha 4 diciembre 1879 (que dejé anotado en la siete) había expresado que el Fuero «consiste en la comunicación entre los dos cónyuges de todos los bienes aportados al matrimonio al tiempo de su celebración, por cualquier concepto que lo fueren, así como los demás adquiridos después a título singular, universal, oneroso y lucrativo».

El director de «La Reforma Legislativa», don Rafael de la Escosura y Escosura —que es uno de los autores de la importante obra anotada en la ochenta y dos—, en contestación a consulta del Registrador de Olivenza, publicó en fecha 10 abril 1888 un interesante informe, del que copio el párrafo siguiente:

«Al hablar el *Fuero* de que los bienes se sujetan a partición como gananciales, indica claramente que es sólo para los efectos de la disolución del matrimonio, en cuyo momento deberán equipararse a aquéllos; pero, hasta que ese caso llegue, todos los bienes que los casados lleven al matrimonio o adquieran por cualquier razón (dice el *Fuero*) se comunican, es decir, se hacen de uno y de otro, o sea de la sociedad conyugal, en la que tanto el marido como la mujer tienen iguales derechos, porque donde la ley no distingue, no debemos distinguir» (libro de Borrallo, página 134).

La misma opinión Florencio Benítez, en el trabajo citado en la nota diez.

Luis Moutón, en el libro que determina la ochenta y tres,

(113) *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Madrid, 10.^a edición, 1871, t. I, pág. 498, nota.

después de igual coincidencia, añade: «Se formula por los contrayentes en un documento privado que rara vez se eleva a escritura pública, y se ajustan al convenio en todo caso estrictamente. No admiten más regla de conducta en los bienes matrimoniales que la estipulación pactada» (Me permito poner de manifiesto el error que se contiene en las líneas copiadas, porque el régimen especial del Fuero del Baylío rige siempre entre los aforados, sin necesidad de pacto, salvo estipulación en contrario).

Análogamente se pronuncian Teófilo Borralló Salgado, en las páginas 71 y siguientes de su repetido libro; Felipe Clemente de Diego, en el que dejé citado mediante la nota cien, y Manuel Ramírez Jiménez, en el trabajo mencionado en la veinte.

B) División de todos los bienes, a la disolución del matrimonio

Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre (114) citan el Fuero del Baylío como excepción a la conservación por cada cónyuge del dominio de los bienes que llevó al matrimonio. En los pueblos en que aquél está vigente —escriben—, «se comunican por mitad entre los cónyuges los bienes que se encuentran a la muerte de cualquiera de ellos, reputándose todos gananciales, aun cuando uno de los dos no llevase al matrimonio cosa alguna, todo lo cual tiene lugar si no hubiera intervenido pacto en contrario».

Amalio Marichalar y Cayetano Manrique —obra citada en la nota ochenta— concuerdan con la opinión anterior, puesto que sólo aluden a la partición como gananciales de «todos los bienes que los casados aportasen al matrimonio o adquiriesen por cualquier razón».

Juan Boza dice que «el Tribunal Supremo de Justicia ha formado jurisprudencia en la materia interpretando rectamente el sentido de él» —se refiere al Fuero de que nos ocupamos (página 26 del folleto citado en la nota ocho).

(114) *Febrero, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, etc.*, Madrid, 1842, t. I, pág. 74.

En el mismo sentido, Isidro Villarreal (115): «En la fecha de disolución del matrimonio, y no antes, los bienes llevados al matrimonio o adquiridos por cualquier razón se comunican y sujetan a partición como gananciales, mezclándose en una comunidad que, como efecto legal, produce la confusión de derechos, habiendo desaparecido el derecho de los partícipes a cosas determinadas y concretas por un derecho proindiviso o de cuota.»

(Apostilla, insignificante como mía: ¡Nace la comunidad en la fecha de disolución del matrimonio, que es cuando se extingue!)

Juan Mahillo Santos se pronuncia en sentido análogo, en la página 167 de su trabajo citado en la nota veintiuno: «En resumen de todo lo expuesto podemos decir que el Fuero de Baylío establece una comunidad universal de bienes de la sociedad conyugal, en virtud de la cual los bienes que haya en ésta a su disolución se liquidan y reparten como gananciales.»

C) Posición del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado

El Tribunal Supremo había aludido al Fuero del Baylío en su sentencia de 30 de junio de 1869 (116), considerando primero, para decir que «no es posible confundirlo con el llamado de Vicedo o Eviceo que se supone vigente en la villa de Laredo...».

Después del Código civil, pronunció otra el 8 de febrero de 1892 (117), que debe ser considerada clave para el entendimiento del mismo. Copio de ella sus tres considerandos:

«que la observancia mandada guardar por la ley 12, título 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación del Fuero del Baylío en la

(115) «El Fuero del Baylío», en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Madrid, t. LXIII, 1929, págs. 747 y sigs.

(116) *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. XX, págs. 196 y sigs.

(117) *Colección Legislativa de España*, Segunda Serie, Parte tercera, Jurisprudencia civil, vol. I de 1896, págs. 143 y sigs.

villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos en que era costumbre, no consistió, según los términos de la citada ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos a partición como gananciales, o sea 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.»

«que esta inteligencia de la observancia citada es, además, conforme al principio de que el libre uso de la propiedad no debe entenderse limitado, sino por las disposiciones expresas de las leyes o por los pactos particulares y a la interpretación estricta de los fueros y costumbres contrarios al derecho común.»

«que no favorece al recurrente la prescripción reglamentaria del artículo 130 para la ejecución de la Ley Hipotecaria, que se limita a ordenar, como correspondía a sus fines, que se inscriban como propios de ambos cónyuges los bienes que, con arreglo a fueros o costumbres, pertenezcan a comunidad conyugal, y no determina qué bienes son los que tienen tal concepto, lo cual es propio de la ley civil sustantiva.»

Hay otra sentencia en la que también se menciona el Fuero, la de 28 de enero de 1896 (118).

Respecto de ésta, escribió Martínez Pereda en el trabajo citado en la nota diecisiete: «Me asalta la duda de si el Supremo aprovechaba con ello la primera ocasión (ni antes ni después se le volvió a presentar) para desvirtuar la desafortunada doctrina de la sentencia de 8 de febrero de 1892.»

Manuel Ramírez se expresa en términos análogos: «Pero es que esta inicial comunicación no sólo está latente en el capítulo I, libro II, título II del Código civil portugués, que, a lo largo de su articulado, desarrolla la antigua Ley "de a metade",

(118) *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 79, primera parte, págs. 143 y sigs.

sino que, acaso sin quererlo, está también manifestada en otra sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 28 de enero de 1896» (pág. 1014 del trabajo anotado en la veinte).

Y lo mismo Madrid del Cacho: «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 Baylío, produce la comunicación *ipso facto* entre los cónyuges de todos sus bienes presentes y futuros". Con lo cual, aun a riesgo de vulnerar la Historia, estableciendo una paternidad del Fuero del Baylío sobre la ley portuguesa, que no existe, se enmienda la doctrina anterior y se señala la sana dirección jurisprudencial» (pág. 118 del libro que se menciona en la nota veintitrés).

No existió la pretendida rectificación. Los conceptos recogidos en la sentencia son éstos:

«... y deduciendo de estos hechos como fundamentos de derecho que en los puntos donde se halla en observancia el Fuero llamado de Baylío, como acontece en Portugal 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» ... «que el Código civil portugués, en el art. 1108, siguiendo lo establecido en el Fuero del Baylío o de Alburquerque, declara que el matrimonio en aquel país, conforme a las costumbres del reino, produce la comunicación entre los cónyuges de todos sus bienes presentes y futuros no exceptuados por la ley, siendo necesario para que no exista esa comunicación, según el artículo 1125 del mismo Código, que los esposos manifiesten al casarse que desean la separación de bienes...»

Pero lo copiado se expresa en el primero de sus Resultados, en el que *el Tribunal Supremo* no hablaba por sí mismo, sino que *refería lo que había sostenido el actor* en su demanda inicial del litigio.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Re-

solución de 19 de agosto de 1914 —cuya publicación quedó anotada en la ciento doce—, coincide con la doctrina del Tribunal Supremo (segunda de las sentencias mencionadas), diciendo en los considerandos 1.º y 3.º:

«que según lo declarado por el Tribunal Supremo en la expresada sentencia, la observancia del Fuero del Baylío en los pueblos en que es costumbre, *no consiste en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos a partición como gananciales al disolverse la sociedad conyugal* en los que excedan de las particulares aportaciones de los cónyuges, por lo que los sometidos a dicho Fuero pueden disponer libremente durante el matrimonio de los bienes de su particular patrimonio.»

«que de no admitirse dicha doctrina, ocurriría que en los pueblos donde rige el citado Fuero no sería factible en muchos casos hacer efectivas en los bienes de los reos de delitos las responsabilidades pecuniarias que las leyes establecen, como sucedería de admitirse la teoría de que por el matrimonio salían los bienes del patrimonio de sus dueños y pasaban, desde luego, a ser de la comunidad conyugal.»

De la Resolución fecha 10 de noviembre de 1926 (también anotada en la ciento doce del presente libro) paso a copiar los considerandos 2.º al 5.º inclusive:

«que todas las cuestiones que puedan surgir para la determinación de las personas a quienes alcanza la aplicación de los efectos del Fuero del Baylío han de resolverse en armonía con lo ordenado por los artículos 9.º, 10 y 11 del Código civil, los cuales son de aplicación a las personas, actos y bienes de los españoles en provincias o territorios de diferente legislación civil, según el artículo 14 del mismo Código.»

«que el referido Fuero es una institución foral vigente en ciertas localidades del Reino, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12, pues se trata de un régimen jurídico consuetudinario conyugal que no ha sufrido alteración por la publicación del repetido Código.»

«que si el asunto a que se refiere este recurso no presenta dificultad alguna, cuando se trata de dos aforados que se casan en lugar donde rige el Fuero o que, aun siendo ambos aforados, contraen matrimonio en localidad donde no rija, así como en el caso de ser el marido aforado y su consorte estar sometida al derecho común (siempre que el acto se realice en lugar donde rige el Fuero), pues en todas estas situaciones debe regir la ley de origen, que es la del referido Fuero, con arreglo al criterio legal estatutario 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 caso presente, porque aquí las opiniones se dividen entre los tratadistas, apreciando unos que la ley aplicable es la del marido, por seguir la mujer casada la condición del mismo, con arreglo al párrafo 3.º del artículo 15 del Código civil, mientras otros estiman que debe someterse el régimen económico conyugal al derecho común, en perfecta armonía 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 el lugar en que no rige el Fuero se evidencia el que la voluntad presunta de los contrayentes ha sido someter el orden económico matrimonial a los preceptos del derecho común y no a las prescripciones del Fuero*.»

También copio de la Resolución de 11 de agosto de 1939 (igualmente anotada en el mismo lugar que las anteriores) lo siguiente: «... la institución jurídica conocida por Fuero de Baylío produce, según la jurisprudencia, la comunicación de todos los bienes existentes *en el momento de la disolución del matrimonio* y su división y adjudicación entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, a virtud del acto jurídico particional, y en tal supuesto, inscrita la finca gravada a favor de la hipotecante por los títulos que se refieren, ostentó por esta causa su derecho sobre la misma hasta el fallecimiento del marido, *determinándose entonces el nacimiento de la comunidad foral*, que, a su vez, *ha de*

extinguirse cuando se fijen los derechos de los interesados en la misma y se hagan las correspondientes adjudicaciones en pago.»

Y transcribo, por último, el quinto considerando de la Resolución de 9 de enero de 1946: «Porque aún en hipótesis desestimatoria de la exclusión hecha en el testamento discutido por el causante, respecto de la mujer del llamado en primer lugar y de su familia, que *en una población donde se supone la vigencia del Fuero del Baylío tiene importancia la calificación del Registrador*, ha de cubrir todas las consecuencias de esta cesión de derecho hereditario sobre las fincas concretas.»

(Son mños los subrayados en la transcripción de las Resoluciones.)

a) *Críticas formuladas por la doctrina de los autores*

Abstracción hecha de la segunda Resolución citada —que resuelve otro problema distinto (y más adelante veremos cómo lo hace con poco acierto)—, está claro que la llamada jurisprudencia hipotecaria ha seguido fielmente, hasta ahora, al Tribunal Supremo, que en la sentencia clave de 1892 proclamó la que podemos considerar como una interpretación restrictiva del Fuero.

Es una realidad indudable el gran número de críticas desfavorables que ha merecido de los autores patrios:

Daniel Berjano Escobar (119) afirma que el Fuero, tal como hoy se entiende por los Tribunales, resulta una institución híbrida y casi fósil, convirtiendo el régimen conyugal en derecho fúnebre o sucesorio, cuya vigencia y eficacia no comienza hasta que el consorcio se concluye por muerte de uno de los cónyuges.

José Fernández, en el trabajo citado en la nota doce, escribe: «No es acertada la interpretación. Al hablar la ley de matrimonio, de casados y de que los bienes se comunican, revela que principia el Fuero a producir sus efectos desde la celebración del matri-

(119) Nota de la Redacción de la *Revista de Extremadura*, a continuación del trabajo citado en la diez del presente libro.

monio; según se entiende en la práctica y opinan la mayoría de los autores que se ocupan de esta materia.»

Federico Barrachina —pág. 241 de la obra y tomo citados en la nota quince— hace referencia al testimonio de Abogados del Colegio de Badajoz, según los cuales, la interpretación dada por el Tribunal Supremo es contraria al uso o práctica, y añade que, si se prueba la existencia de esos usos y costumbres, el dicho Alto Tribunal no está en lo cierto.

Martínez Pereda, en el trabajo anotado en la diecisiete, hizo de la repetida sentencia una crítica muy dura, pues llega a decir que las afirmaciones vertidas en el primero de los considerandos «son: A) Históricamente falsas; B) Doctrinalmente inadmisibles; C) Prácticamente inicuas».

También José María Manresa y Navarro (120) opina que «El Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de febrero de 1892, lo admite, aunque sostiene el criterio, poco compatible con el mismo fuero del Baylío, de que éste consiste en comunicar y sujetar a partición como gananciales todos los bienes de los cónyuges "al disolverse el matrimonio", pudiendo, durante el mismo, disponer cada uno de los bienes de su patrimonio».

Los anotadores de Kipp y Wolff —obra y tomo citados en la nota ciento cuatro, pág. 411— escriben: «El momento en que la comunidad de bienes ha de entrar en vigor ha sido muy discutido en la doctrina con relación a algunos derechos forales»... Refiriéndose después al Fuero del Baylío, extractan las declaraciones contenidas en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 1892 y en la Resolución de 1914 antes citada, añadiendo: «mas no creemos que esta interpretación esté de acuerdo con los antecedentes de la práctica extremeña, ni con el texto de la ley recopilada (que habla de que los bienes se *comunican*), ni mucho menos con la naturaleza de la comunidad de bienes, que es un régimen establecido por y para el matrimonio, y por ende para que se observe durante el mismo».

(120) *Comentarios al Código civil español*, Madrid, t. I, año 1943, página 193, nota.

El Profesor Castán Tobeñas escribe al efecto: «Esta interpretación que ha prevalecido no es quizá la más aceptable, desde el punto de vista histórico y racional. El sentido de la legislación portuguesa y el de la práctica extremeña anterior a la sentencia del Supremo de 8 de febrero de 1892 eran contrarios a esa facultad del marido de enajenar sin consentimiento de la mujer, que es, además, poco conforme con la naturaleza de la comunidad universal de bienes y muy ocasionada en la práctica a abusos y perjuicios graves» (págs. 444 y sig. de la obra y tomo citados en la nota diecinueve).

Francisco Bonet —obra y tomo que se anotan en la sesenta y cinco— opina en análogo sentido: «Esta interpretación —como observa Castán— no está de acuerdo con los antecedentes de la práctica extremeña, ni con el texto de la ley recopilada (que habla de que los bienes se comunican), ni mucho menos con la naturaleza de la comunidad de bienes, que es un régimen establecido por y para el matrimonio, y, por ende, para que se observe durante el mismo. Ni siquiera en Derecho común, y con respecto a la comunidad legal de gananciales, puede ponerse en duda que la sociedad empieza el día de la celebración del matrimonio» (art. 1393).

«El sentido de la legislación portuguesa y el de la práctica extremeña anterior a la sentencia de 8 de febrero de 1892 eran contrarios a que durante el consorcio el marido pudiese enajenar sin consentimiento de la mujer, que es muy ocasionada en la práctica a abusos y perjuicios graves.»

Refiriéndose al mismo criterio del Alto Tribunal, escribe Salvador Minguijón Adrián: «Esta segunda opinión podría, a nuestro juicio, hacer ilusoria la participación de la mujer en los bienes del marido, si éste dispusiera de ellos sin su consentimiento» (121).

Francisco Fortuny opina que «el sentido de la legislación portuguesa y el de la práctica extremeña anterior a la sentencia del Supremo de 8 de febrero de 1892 eran contrarios a esa facultad

del marido de enajenar sin consentimiento de la mujer, que es, además, poco conforme con la naturaleza de la comunidad universal de bienes y muy ocasionada en la práctica a abusos y perjuicios graves» (libro citado en la nota ciento seis).

(Por las anteriores transcripciones puede comprobarse cómo hay párrafos que se copian sucesivamente de uno a otros autores.)

Madrid del Cacho —pág. 116 del libro anotado en la veintitrés—, refiriéndose y glosando a Martínez Pereda, escribe que el último de sus argumentos «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».

Y en la 119 añade: «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 Baylío, sólo 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 Baylío*, 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 Baylío, 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.»

Me he permitido transcribir con letra bastardilla la expresión literal de una idea de la que me atrevo a discrepar, porque, en mi sentir, no puede ser válidamente pedida la aplicación analó-

(121) "Fuero del Baylío", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. X, Barcelona, 1960.

gica entre instituciones forales que son diferentes, aunque presenten algunas facetas comparables.

Sin embargo, es de justicia hacer patente en este lugar que todo el contenido del último libro a que me he referido es tan interesante y tanto ha estudiado su autor este Fuero, que inserta en las páginas 135 y siguientes —como capítulo VIII de la segunda parte (Problemática del Fuero del Baylío)— «Un proyecto de normación legal del Fuero del Baylío», compuesto de dos títulos: El primero, rotulado «Ambito de aplicación del Fuero del Baylío», artículos 1 a 3, y el segundo que trata «Del régimen de bienes en el matrimonio y de la comunidad foral», con los artículos 4 a 10 inclusive.

«Hay que complementar —había sostenido en la pág. 99— 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 Baylío, porque no hay razón que autorice esta irritante desigualdad, cuando este fuero rige en una extensión doble al 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.»

La transcripción de estas líneas no significa mi asentimiento.

Por último, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, en la página 244 del libro citado en la nota ciento siete, escriben: «Sin razón alguna de peso, la S. 8 febrero 1892 interpreta el Fuero en el sentido de que, hasta la disolución del matrimonio, no se sujetan a partición los bienes, de donde concluye que constante matrimonio funcionan tales bienes bajo el régimen de la comunidad de gananciales del C. c.» A continuación, se muestran conformes con la censura que de tal doctrina hicieron Borrallo, Castán y Bonet.

b) *Mi propia opinión*

Estimo indudable que hasta hoy no se ha producido una doctrina jurisprudencial o legal propiamente dicha, que haya deter-

minado el verdadero contenido y alcance de esta norma especial de derecho económico-matrimonial.

Algo apuntaba en tal sentido Martínez Pereda en su repetido trabajo. Mas conviene puntualizar sobre este punto, apoyándome en autoridades reconocidas.

Federico de Castro —obra y tomo citados en la nota cuarenta y cuatro, pág. 563— enumera cuatro reglas como necesarias para perfilar el concepto estricto de doctrina jurisprudencial a efectos de casación. De ellas, creo son más relevantes las dos primeras:

«Ha de estar contenida en sentencias del Tribunal Supremo y de Sala que resuelva sobre Derecho sustantivo.»

«Una sola sentencia no constituye jurisprudencia; es preciso que se den repetidos, reiterados, constantes e idénticos fallos o, al menos, más de una sentencia.» Y en nota al pie de página cita la de 11 de diciembre de 1953, según la cual, una sola sentencia «no tiene más valor que el de un antecedente que, por la autoridad del Tribunal que la pronuncia, debe ser tenido en cuenta al resolver cuestiones semejantes o análogas».

Enrique Lalaguna (122), al examinar «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo como "Doctrina legal" a efectos del recurso de casación», concreta y enumera varias proposiciones; de éstas, la segunda: «La doctrina legal ha de estar contenida, a los fines del artículo 1692, núm. 1, de la Ley Procesal, en decisiones reiteradas e idénticas, por lo que una sola sentencia no forma doctrina legal útil a los efectos de la casación.» En las correspondientes notas, cita varias sentencias terminantes (1.º febrero y 20 noviembre 1958, 28 noviembre 1960 y 19 diciembre 1962, entre otras).

Así, la solitaria sentencia de 8 de febrero de 1892 sólo vale como un antecedente, que debe ser tenido muy en cuenta. Quiere esto decir que las autorizadas opiniones adversas antes recogidas y la mía —modestísima— no combaten, en este punto, la doctrina jurisprudencial (inexistente todavía), sino un antecedente respetable.

(122) *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, pág. 58.

Para estimarlo equivocado, he tomado en consideración los siguientes elementos de juicio:

1.º La expresión literal empleada en la Pragmática de 1778 y en la Ley 12 de la Novísima Recopilación: «Todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieren por cualquier razón, se comunican y sujetan a partición como gananciales.»

Son dos efectos, expresados sucesivamente, unidos por la copulativa «y».

Uno —el primero— es que los bienes «se comunican», y el segundo que «se sujetan a partición como gananciales». No solamente es importante la expresión en el texto de los dos efectos, sino su situación sucesiva y el orden en que lo están.

El Diccionario que dejé mencionado en la nota ochenta y uno dice que Comunicación es «Acción y efecto de comunicar o comunicarse», y Comunicar es «Hacer a otro participe de lo que uno tiene». (El resalte en bastardilla es mío.)

Si el momento en que ha de operarse la comunicación se sitúa en el de disolución del matrimonio —o sea, en el de hacer la partición de los bienes, como entendieron de consuno el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado—, el primitivo dueño o el adquirente de los bienes durante el matrimonio no haría participe de los mismos *al otro* cónyuge, sino (sobre todo, en el supuesto de disolución por fallecimiento) a sus herederos; con lo que el Fuero quedaría desvirtuado al no influir en la disposición de los bienes comunitarios durante el matrimonio; ciertamente, no se habrían comunicado de uno a otro consorte los bienes de la comunidad económico-matrimonial.

Antes de tener en cuenta tal evento de la disolución de la sociedad conyugal, es obligado pensar en la comunicación absoluta de todos los bienes desde la fecha misma de celebración del matrimonio (recuérdese que en el territorio español aforado jamás hablóse del requisito de la cópula o consumación); con las consecuencias que habrán de ser expuestas más adelante.

2.º La opinión común y la práctica constante entre los afora-

dos, expresada en el informe del Alcalde Mayor de Alburquerque, copiado al principio del presente Capítulo y muy importante porque se manifiesta como adversario de la persistencia del Fuero, así como por los Notarios y Registradores de la propiedad actuantes en aquellos territorios; singularmente, la de Rafael de la Escosura —fecha en 1888 y que ha quedado transcrita en el apartado A) del presente Capítulo—, con la transcendencia de que el ilustre jurista era a la sazón Subdirector General de los Registros; las de los historiadores de la comarca, y la de los tratadistas del Derecho más eximios, cuyas opiniones han quedado copiadas en páginas precedentes.

A mayor abundamiento y sobre la base establecida de que el Fuero del Baylío y la Carta de a metade se limitaron, cada uno por su parte, a autorizar la continuación de la observancia de una misma costumbre, que se hallaba arraigada en determinado territorio —con mucha anterioridad a la época en que éste quedó fraccionado bajo soberanos independientes—, considero importante transcribir la antigua referencia que hizo Francisco A. Sousa (123) al Derecho del Reino Lusitano:

«Por el Derecho del Reino Lusitano, en el mismo instante en el que el marido contrae matrimonio con una mujer, todos los bienes, tanto anteriores al matrimonio como los adquiridos mientras dure el matrimonio, son comunes entre ellos, a no ser que de otro modo fuera estipulado entre ellos o las partes contrayentes, porque esto todavía se observará. Y para que dichos bienes se hagan comunes entre ellos a partes iguales la ley requiere que dicho matrimonio se haga por palabra de presente ante la Iglesia o con la licencia de un prelado, y que además se siga cópula carnal, o por lo menos que prueben cohabitar juntamente, bien en casa separada, bien en casa del padre de uno de ellos, o que se haga voz pública y fama, que entre ellos hubiera un contrato matrimonial por un tiempo determinado, que según el Derecho sea suficiente para la demostración del mismo...» (Quarta pars, Caput VI, Artfculus 5, núm. 27).

(123) *Varie repetitionis ad L. foeminae, ff. de regulis iur. et ad actionum instit. de actionibus; comentario ad Tit. Digest. de pactis.—Antuerpiae, 1618.*

¿Cómo podría ser considerado este Fuero, concreción de un sistema de comunidad absoluta y universal de bienes entre los cónyuges, si resulta mutilado y recortado hasta el extremo que expresaron de consuno la sentencia y las resoluciones contempladas?

Puede ser objeto de censura desfavorable la norma especial de que se trata, hasta el extremo de propugnar su derogación: Tal hacía en su folleto Juan Boza; Buylla escribió que «debía estimarse su abolición hasta por los mismos pueblos en él interesados, para contribuir con esta medida a la unificación legislativa nacional» (trabajo citado en la nota once), e incluso Borrallo dice que no vacilaría en inmolar esta institución de sus antepasados, para no entorpecer la noble aspiración de cuantos se dedican y consagran a procurar, en el derecho constituido, que desaparezcan las diferencias de región a región (pág. 246 de su libro).

Pero estimo indudable que, mientras el Fuero esté considerado como vigente, debe mantenerse en todo su contenido y propios efectos.

(Es claro que la abundante impugnación de que se deja hecha referencia y también la mía deben entenderse igualmente referidas al criterio seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cuanto este Centro ha venido reiterando la misma doctrina restrictiva establecida por el Alto Tribunal de Justicia.)

CAPITULO VIII

APLICACION PRACTICA DE LA NORMA FORAL

Supuesto que el Fuero del Baylío consagra un régimen de comunidad universal de bienes en la sociedad conyugal, no es necesario hacer consideraciones especiales acerca de la aplicabilidad de la norma en que consiste, según la diversa naturaleza de los pertenecientes a los cónyuges, bien adquiridos por cada uno de ellos con anterioridad o bien después del casamiento: Se trata, pues, de los bienes de todas clases y cualesquiera derechos de orden patrimonial, sin atender a las fechas de adquisición ni a su procedencia; todos *se comunican* desde el momento de las nupcias, y cuando llegue la disolución *deberán ser partidos por mitad* (entre el supérstite y los herederos del fallecido, o entre cónyuges si es otra la causa de disolución).

Porque es anterior a la Real Pragmática de Carlos III (año de 1778), parece oportuno repetir en este lugar palabras referentes al Fuero insertas en el libro de Campomanes publicado en 1747: «por el contrato del matrimonio se celebra una formal comunicación, o sociedad de todos los bienes».

Y también me permito elegir por acertada —entre cuanto escribieron los que han tratado de esta especial norma civil— la síntesis hecha por Fernández Díaz en el trabajo citado en la nota doce del presente estudio: «Tal comunidad tiene unidad de objeto (cada una de las cosas existentes en el caudal) —mejor es universalidad de objetos—, pluralidad de sujetos (los cónyuges), y proindivisión. En ella, por ser legal, no pueden los esposos pedir la división mientras dure el vínculo matrimonial.»

A) Opiniones de los fueristas clásicos

Acaso no resulte completamente ocioso tomar en consideración las opiniones expuestas por los estudiosos que primeramente se ocuparon de esta norma foral, en orden a su aplicación práctica.

JUAN BOZA —en las págs. 33 y sigs. del folleto citado en la nota ocho— consagra el capítulo VII a la «Eficacia jurídica del Fuero del Baylío en relación a los cónyuges y a los bienes sitos en territorio no aforado». Y después de exponer algunas consideraciones acerca de las tres clases de estatutos que los jurisconsultos reconocen y el derecho sanciona como base para la aplicación de las distintas legislaciones, así como a las disposiciones del Código civil, concreta su opinión al contemplar diferentes supuestos:

«Si casan dos individuos nacidos en pueblo de Fuero, en este mismo o en otro en que también rija, claro es que como las leyes relativas a los derechos y deberes de familia obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero, según el artículo 9.º del Código civil; y esta doctrina es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios de diferente legislación civil, conforme al artículo 14 del mismo Código, la Sociedad conyugal constituida se rige por las prescripciones de dicho Fuero, puesto que así también lo autoriza la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de casación civil de 27 de noviembre de 1868, al establecer que la ley personal de cada individuo es la del país a que pertenece, la cual le sigue adonde quiera que se traslade, regulando sus derechos personales, su capacidad de transmitir por testamento y abintestato y el régimen de su matrimonio o familia.

«Si estos dos mismos individuos, nacidos en pueblos de Fuero, casan en otro de los sujetos a la legislación común, por la misma doctrina expuesta en el párrafo precedente, la sociedad legal constituida se regula por la disposición especial del Fuero; porque nacidos los consortes en un lugar foral, no pueden perder su

legal y originaria naturaleza, ni, por consiguiente, la ley personal que a ésta acompaña, por la accidental circunstancia de haberse casado en otro punto.

»Si en una localidad donde rige el Fuero casa un individuo aforado con otro nacido en territorio del derecho común, a la sociedad matrimonial formada es aplicable la disposición del Fuero, puesto que si bien la distinta naturaleza de los cónyuges neutraliza los efectos del estatuto personal, dado el concepto de contrato que el matrimonio reviste, el lugar de su celebración le imprime carácter a los efectos de gozar del Fuero, según la doctrina del estatuto formal y la máxima de derecho *locus regit actum*.

»Y últimamente, si en punto donde no rige el Fuero casa un individuo aforado con otro nacido en territorio del derecho común, la sociedad legal constituida se rige por las disposiciones del Código civil, conforme a la doctrina antes expuesta, en perfecta armonía con el aforismo de derecho *locus regit actum*, supuesto que a ello tampoco obsta lo determinado en casos dados por el artículo 15 de aquel cuerpo de derecho.

»Pero cuando los naturales de provincias o territorios forales residieren por espacio de diez años en provincias o territorios de derecho común, a menos de que antes de terminar este plazo los interesados manifiesten su voluntad en contrario; o residieren dos años, siempre que los interesados manifiesten ser ésta su voluntad, se gana vecindad por los contrayentes y deja de aplicarse a la sociedad conyugal contraída las prescripciones del Fuero del Baylío, rigiéndose por el derecho civil común a tenor de lo dispuesto por el artículo 15 del Código.

»En la aplicación del Fuero ha surgido también la duda de si los bienes sitos en pueblos donde no se observa y que los casados a él llevan al matrimonio o adquieren durante el mismo por cualquier causa, se comunican igualmente y sujetan a partición como los gananciales.

»La práctica constante, en perfecto acuerdo con la equidad y suspendiendo en parte los efectos del estatuto real, tiene resuelto

que a ellos también se extiende la eficacia jurídica del Fuero del Baylío.»

J. BUYLLA, en el trabajo citado en la nota once, se pronuncia en los términos siguientes: «Haciendo aplicación de la doctrina de los estatutos y disposiciones del Código civil, se tienen resueltas las cuestiones que pueden suscitarse para la determinación de las personas a quienes alcanzan los efectos del Fuero del Baylío:

»1.º La sociedad conyugal constituida se rige por las prescripciones de dicho Fuero, autorizando también esto la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

»2.º Cuando se casan dos individuos nacidos en pueblo de Fuero, en otro sometido a la legislación común, se rigen por la ley especial del Fuero.

»3.º Cuando el matrimonio se verifica en una localidad donde rige el Fuero, y uno de los cónyuges es aforado y otro nacido en territorio común, tiene aplicación la máxima: *locus regit actum*.

»4.º Cuando se verifica el matrimonio en lugar donde no rige el Fuero, aunque uno de los dos individuos sea aforado, tiene aplicación la máxima ya indicada.

»Y 5.º Cuando los naturales del territorio foral ganasen vecindad en otro punto no aforado, se rigen por la ley común.»

JOSÉ FERNÁNDEZ, en el trabajo que dejé anotado en la doce, también enumera varias disposiciones del Fuero —dice—, nacidas de la práctica consuetudinaria y de modificaciones ocasionadas por las leyes:

«1.º Los bienes aportados al matrimonio por ambos cónyuges se comunican durante su sociedad conyugal y a su tiempo se someten a partición como si fuesen gananciales, o sea por mitad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro.

»2.º La sola razón de contraer matrimonio en los pueblos regidos por el Fuero obliga a seguir las disposiciones de éste, sea cualquiera el punto donde los cónyuges tengan su residencia y

sus bienes de fortuna; a no ser que antes de contraer matrimonio hayan otorgado escritura de renuncia al fuero, obligándose a lo que resuelve el derecho común.

»3.º Los matrimonios contraídos por poder deberá entenderse que están sometidos al Fuero si se ratifican en los pueblos donde éste se halla vigente.

»4.º La enajenación y gravamen de los bienes del matrimonio sujeto al fuero no pueden llevarse a efecto sin la concurrencia y consentimiento del marido y de la mujer, personalmente o por apoderamiento.

»5.º Las ventajas del fuero no aprovechan a los cónyuges con relación a sus bienes, en perjuicio de tercero, si en el Registro de la propiedad correspondiente no hacen constar, en forma, la cualidad de comunes de referidos bienes.»

TEÓFILO BORRALLO, en su importante libro que identifico en la nota dieciséis, dedicaba el capítulo XI a la exposición de «Su aplicación respecto a las personas y bienes de los casados» (páginas 161 y sigs.).

Empezaba por analizar la conclusión formulada por Matías Ramón Martínez, resumen —dice—, condensación y síntesis de las aspiraciones de los fueristas: «La sola razón de contraer matrimonio en los países regidos por el Fuero obliga a seguir las disposiciones de éste, sea cualquiera el punto donde los cónyuges tengan su residencia y sus bienes de fortuna, a no ser que, antes de contraer matrimonio, hayan otorgado la competente escritura de renuncia al Fuero, obligándose a lo que resuelve el Derecho común.»

«Contra esta opinión de los fueristas acérrimos, aunque tenga a su favor la práctica tradicional —opina el señor Borrallo—, están las teorías más modernas de los tratadistas del Derecho internacional privado y la misma doctrina de los estatutos que invocan, traducida en preceptos que consignan los Códigos de todas las naciones» (pág. 168).

«Es, pues, la ley del marido o, mejor dicho, la ley de la so-

ciudad conyugal la que habrá de considerarse competente para regir los bienes de los casados y para suplir la omisión de las capitulaciones matrimoniales en todos los casos en que, pudiendo contratar, no contrataron, prescindiendo de la ley del lugar donde el matrimonio se haya celebrado, porque en nada afecta a su soberanía la aplicación de una ley extraña que sólo tiene por objeto determinar las relaciones económicas y puramente privadas de la familia» (pág. 177).

Y como resumen de su muy detenido estudio, concreta las que denomina fórmulas prácticas siguientes:

«1.ª Casándose dos aforados en territorio donde rija el *Fuero*, a él se halla sometida la sociedad legal con relación a sus bienes, sean éstos de la clase que fueren y cualquiera el sitio en donde radiquen. Esto mismo ocurrirá si sólo el cónyuge varón fuere aforado, y

»2.ª Casándose dos personas no aforadas o sometidas a la ley común, aunque sus bienes radiquen en territorio aforado y el matrimonio allí se celebre, no queda la sociedad conyugal regida por el *Fuero del Baylío*. Esto también ocurrirá, aunque la mujer sea la aforada y los bienes de uno y otro cónyuge radiquen en territorio aforado» (págs. 180 y sig.).

MARTÍNEZ PEREDA —trabajo identificado en la nota diecisiete— formula una afirmación de principio: «Para que un matrimonio esté sometido al *Fuero*, y los bienes todos de sus cónyuges caigan dentro de la comunidad universal que establece, no interesa para nada ni la situación de tales bienes, ni su carácter o naturaleza de muebles o inmuebles, ni el lugar donde se celebró el matrimonio, sino el *estatuto personal*, o sea la vecindad foral de los cónyuges, que tal y como lo define el artículo 15 del Código, han de tener ganada éstos en cualquiera de los diecinueve pueblos aforados. Mas la duda se produce en el caso de que no sean así aforados "los dos" y sí solamente el marido. ¿Se puede dar valor absorbente al *estatuto personal* de éste, según a primera vista parece desprenderse del artículo 15? Entendemos evidente la negativa...» «En tales casos la ley impone el régimen que *presume querido* por la voluntad de ambos cónyuges *antes del matrimo-*

nio, toda vez que pudieron pactar otro distinto por sí mismos; mas por lo mismo que la ley no hace sino presumir esa voluntad, no puede imponer la comunidad del *Fuero del Baylío* a mujer no aforada que casó sin capitulaciones con marido aforado, sino que el matrimonio debe regirse por la comunidad relativa de los gananciales, como presunción la más racional de la voluntad concorde de ambos cónyuges antes de contraer matrimonio.»

(Más adelante habré de razonar mi radical discrepancia.)

B) Diversos supuestos en relación con el territorio aforado. Vecindad civil

Dado que el *Fuero del Baylío* constituye una norma especial que en determinadas zonas territoriales debe ser aplicado, con preferencia al Derecho civil común, tal realidad comporta la coexistencia cronológica de regímenes diferentes para la regulación de los bienes matrimoniales.

Lasala Samper (124) concreta en tales situaciones dos tipos de problemas: En la fase de formación o establecimiento del convenio o régimen matrimonial, conflicto de leyes simple o inmóvil. En la fase de aplicación y eficacia, conflicto móvil, complejo conflicto intertemporal y conflicto internacional.

En la actividad encaminada a la busca de soluciones para los de una y otra naturaleza, estamos obligados a seguir las directrices que se hallan marcadas en el Título Preliminar del Código civil. Este título deberá ser redactado de nuevo —en el mismo número de artículos que el actual contiene y dentro de un plazo que aún no está agotado—, según dispuso la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973. Pero creo que tal situación no dificultará mi trabajo porque, según comprobaremos oportunamente, las bases relacionadas con los temas a tratar no contienen modificación de los artículos aplicables vigentes en la actualidad.

(124) "La norma española de conflicto sobre régimen legal de bienes del matrimonio", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. IV, año 1951, página 40.

La disposición general está contenida en el artículo 14 del citado Cuerpo legal: «Conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 9.º, 10 y 11, respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero, y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil.»

Modesto Falcón (125) critica que para resolver los conflictos entre la legislación general española y una regional deban aplicarse, según el artículo que se ha transcrito, las reglas establecidas para la solución de los que surjan entre aquella y una legislación extranjera: El principio aplicable «a nuestro entender, no puede ser otro más que el principio de la vecindad, puesto que la vecindad es lo único que separa a unos de otros españoles, sometiéndolos a leyes civiles de distinto origen».

La base 7.º de la ley anteriormente citada, en su apartado 3 dispone sobre este particular lo que sigue: «Respetando el sistema vigente en materia de normas de conflicto, se aplicarán criterios análogos a los establecidos para el ámbito internacional, con las salvedades que su especial naturaleza impone y sin perjuicio de las especificaciones que algunas instituciones requieran.»

a) Casamiento entre dos personas aforadas

Lo mismo si se casan en territorio donde rija el Fuero como si lo hicieren en el que se halla sometido al Derecho común, no se ha dudado al opinar que su régimen económico matrimonial quedará regulado por aquella norma especial, cualquiera sea la situación de los bienes inmuebles y derechos reales que a los contrayentes pertenecieran con anterioridad o adquiriesen durante el matrimonio; claro es que salvo pacto previo en contrario («como antes de contraerse no se haya capitulado casar al Fuero de León», decía el Procurador Síndico de la Villa de Albuquerque en su representación elevada al Rey Carlos III).

(125) "Conflictos civiles de Derecho interregional", en *Revista de los Tribunales*, 1891, págs. 257 y sigs.

«La sujeción, tanto al derecho civil común como a uno especial o foral, se determinará por la vecindad civil, especificando las normas reguladoras de la adquisición, conservación y pérdida de aquella, en régimen de igualdad y sin introducir más alteraciones en la actual normativa que las que aconseje una mayor precisión técnica y sistemática» (apartado 2 de la misma base 7.º de la Ley de 1973).

El criterio cuya expresión ha sido subrayada obliga a transcribir aquí el número 3.º del párrafo primero y los posteriores párrafos del artículo 15 del Código civil:

«3.º A los que, procediendo de provincias o territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros sujetos al Derecho común.

»Para los efectos de este artículo se ganará vecindad: por la residencia de diez años en provincias o territorios de Derecho común, a no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario, o por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésta su voluntad. Una y otra manifestación deberán hacerse ante el Juez Municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro Civil.

»En todo caso, la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre, y, a falta de éste, la de su madre.

»Las disposiciones de este artículo son de recíproca aplicación a las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil.»

(Los subrayados son míos.)

Vicente Luis Simó Santonja (126) escribe que «Vecindad civil es el término arbitrario elegido por el legislador para denominar la condición de la persona que, respecto a las relaciones jurídicas del estatuto personal, determina, respectivamente, la aplicación del régimen de las disposiciones especiales del Código civil y la de cada uno de los regímenes forales».

(126) "Problemática conceptual en el Derecho interregional español", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 208, año 1960, págs. 73 y siguientes.

Más adelante, refiere la reforma que se hizo del primitivo texto del mismo artículo 15 —siendo Ministro de Justicia Don José Canalejas— y añade: «Gracias a esta reforma se ha logrado una regulación más completa y detallada del modo de perder y adquirir la llamada vecindad civil y, sobre todo, se ha impuesto una regulación uniforme, terminando con las disposiciones peculiares de los regímenes forales.»

En relación con el mismo artículo sustantivo, ha escrito Angel Díaz Benito: «Con la ley en la mano no es posible negar que el número 3.º del mismo artículo, en relación con el párrafo final del mismo, ha establecido la reciprocidad total, absoluta y completa. Y si por residencia los forales o aforados se someten y se les ha de aplicar el derecho común, a los nacidos en territorios sujetos a él y en que ese derecho impera, cuando residen diez años en provincias o territorios aforados, hay que reconocerles derecho al fuero, y la pérdida de ese derecho de origen, salvo su manifestación contraria, antes de expirar el término legal» (127).

Federico de Castro se plantea el problema de la posible *recuperación de la vecindad civil* —en la página 475 del tomo II, volumen I, de la obra citada en mi nota cuarenta y cuatro y en su nota 2 de la misma—, resolviéndolo en los siguientes términos: «A diferencia de lo que ocurre respecto a la nacionalidad, que admite la recuperación como medio especial y privilegiado de adquirir la nacionalidad, el artículo 15 desconoce la recuperación de la vecindad.» «Los supuestos de adquisición de vecindad establecidos por el artículo 15 no cabe ampliarlos; la eliminación de la recuperación se explica por no existir el interés de facilitar la vuelta a la Patria (todas las legislaciones determinadas por la vecindad son igualmente nacionales) y, en cambio, por desconfiar de los cambios bruscos de vecindad.»

Al comienzo del presente subapartado, escribimos «cualquiera sea la situación de los bienes inmuebles y derechos reales que a los contrayentes pertenecieran con anterioridad o adquiriesen

(127) "Un punto de Derecho interprovincial", en *Gaceta del Notariado Español*, año 1909, pág. 185.

durante el matrimonio». En efecto, me atrevo a sostener que la circunstancia de que algunos se hallen situados en territorio no sometido a este Fuero no puede obstaculizar la producción del resultado positivo expuesto en tal lugar.

La fuente de que nacieron la duda y la discusión consiguiente está en el párrafo primero del artículo 10 del Código civil: Los bienes muebles están sujetos a la Ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles, a las Leyes del país en que están sitos (*lex rei sitae*).

Sobre la misma materia, el apartado 1 de la Base 5.ª de la citada Ley de 1973 dice que «En la regulación de la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes muebles e inmuebles, así como de las formas de su publicidad, se establecerá un criterio unitario basado en el principio de la aplicación de la ley del lugar donde se hallen...»

Mi tesis se asienta sobre el principio de «unidad de Estatuto».

Es cierto que el artículo 1325 —referente a otro supuesto— en su final contiene una salvedad que expresa en los siguientes términos: «todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles».

J. M. Trías de Bes (128) opina que la frase transcrita del artículo 1325 no podría oponerse al sistema fundamental español sobre normas de conflicto, «donde se proclama de un modo terminante el principio de la personalidad de las leyes. Además, el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de enero de 1896, ha interpretado el precepto en el sentido de que las relaciones entre cónyuges, aunque afecten a bienes inmuebles, han de regularse por la ley nacional del marido...».

Y más adelante termina: «Aclarado el alcance de la limitación del artículo 1325 del Código, puede concluirse, pues, que por lo que respecta a la ley territorial, la excepción afecta únicamente a lo que constituye estrictamente el régimen inmobiliario, a saber: las acciones que producen los derechos sobre los bienes,

(128) *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1940, págs. 97 y sig.

dominio, posesión, servidumbres legales, efectos y formas de la inscripción, naturaleza de los bienes, limitaciones, garantías y seguridades, etc.»

Mahillo Santos, en su trabajo citado en la nota veintiuna, al condensar —dice— la doctrina de aplicación de la ley en el espacio y por lo que se refiere a los efectos económicos del matrimonio, establece como tercero el siguiente principio: «El régimen de bienes ha de ser unitario y no fraccionado, pues así se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1896.»

Y Lasala Samper —trabajo que anoté en la ciento veinticuatro— también se produce en términos análogos: La salvedad que en su final expresa el 1325 se ha visto por algunos la admisión del principio «realista» contrario a la idea de «unidad de estatuto».

La Jurisprudencia ha adaptado la interpretación del aludido último inciso al *principio de «unidad»*, lo que es de acuerdo con los más autorizados tratadistas —Sánchez de Bustamante, Trías de Bes, Lasala Llanas y Pérez y Alguer—; no hay más remedio que interpretarlo en armonía con el sistema de personalidad de las leyes, adoptado como fundamental por nuestro Código y por su Ley de Bases, con cuyo sistema repugna esa interpretación territorialista, contraria a la «unidad» de estatuto.

b) *Casamiento de varón aforado con mujer sometida al Derecho común*

En mi opinión, es indudable que el régimen económico del matrimonio debe ser regulado por el Fuero, lo mismo si la ceremonia de creación del vínculo tiene lugar en alguna de las zonas en que rige la norma especial que si es celebrada en pueblo no aforado, y cualquiera fuere la situación de los bienes; también salvo estipulación en contrario.

Sin embargo, creo que es necesario considerar separadamente cada uno de los dos supuestos indicados, en orden al lugar del casamiento:

1.º *Cuando el vínculo es creado en lugar sometido al Fuero,*

la conclusión positiva escrita más arriba no ha sido impugnada. Y es claro que, como fundamentación, le son aplicables las razones que paso a exponer en el siguiente número.

2.º *Vínculo contraído en sitio donde el Fuero no rige.*

Gonzalo Fernández de Córdoba, refiriéndose a este tema, escribe: «Cuando las capitulaciones matrimoniales no se declaren expresamente sometidas a una ley, se considerará que lo están a la del domicilio del marido, que es fija y conocida al tiempo de su celebración y que merece preferencia sobre la de la mujer, por la representación y autoridad que ostenta el marido en la familia» (129).

Mahillo hace referencia a una consulta publicada en «El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados Municipales» (130). La he leído despacio y no entiendo por qué invoca el artículo 10 del Código —debe querer decir su párrafo segundo—, porque el problema de sucesión planteado no es autónomo, sino consecuencia de la aplicación del derecho de familia, que debe determinarse según el artículo 9.º, en relación con el 14 y sin olvidar el 15.

José María Lasala Samper (131) coincide con el primeramente citado: «Puede resumirse la regla española del conflicto de leyes en el sentido de que el régimen de bienes de los casados sin contrato se determina por ley personal nacional del marido en la fecha de la celebración del matrimonio, que es, en definitiva, la norma de escuela italiana de *efecto legal*, consagrada por la Convención de La Haya de 17 de julio de 1905, no ratificada por España.»

El texto de su artículo 2.º es como sigue: «A falta de contrato, los efectos del matrimonio sobre los bienes de los cónyuges, tanto inmuebles como muebles, se rigen por la Ley nacional del marido

(129) «El Derecho interregional», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 106, año 1905, págs. 34, 142, 213 y 323, y t. 107, páginas 5 y sigs.

(130) Año de 1934, 24 febrero, pág. 72, Sec. de Consultas.

(131) «El régimen económico legal del matrimonio en el Derecho interregional», en *Rev. citada* en la nota ciento veintinueve, t. 191, año 1952, páginas 139 y sigs.

al momento de la celebración del matrimonio. El cambio de nacionalidad de los cónyuges o de uno de ellos no ejercerá influencia sobre el régimen de bienes.»

Castán Toboñas: «No cabe duda de que la organización patrimonial de la familia está regida, como apuntan doctos tratadistas, por la ley de la vecindad del marido en el momento de casarse, según se desprende analógicamente del artículo 1325. Aunque después varíe su ley personal, este cambio no produce influjo alguno, ya que podría perjudicar derechos adquiridos y prestarse al fraude» (obra citada en la nota diecinueve, t. I, vol. I, 10.ª edición, año 1962, pág. 513).

Manuel Ramírez —trabajo citado en la nota veinte—, después de examinar hasta cinco supuestos distintos referentes a la posibilidad de sometimiento al Fuero, escribe lo siguiente: «La remisión, aun en la simple, pero siempre provechosa base de la analogía, viene, a nuestro entender, a confirmar la tendencia del Código a someter en todo a la mujer casada al "status" o condición del marido en conflictos internacionales y forales que, en definitiva, son muy parejos a los primeros.»

Y Madrid del Cacho, en el libro mencionado en la nota veintitrés, se expresa en los siguientes términos: «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.ª, que mandó a los redactores del 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» (pág. 101).

«Consecuente con estos principios, la solución del Código es clara, tanto para los matrimonios celebrados en el extranjero (artículo 1325), como para los celebrados en España (art. 14, en relación con el 9): están sometidos a la ley nacional o foral del marido en la fecha de su celebración» (pág. 103).

• *Resolución dictada por la Dirección General el 10 de noviembre de 1926. Crítica.*

Dentro del apartado C) del Capítulo precedente, fueron copiados los varios considerandos en que se fundamenta la citada. En ella —de conformidad con la tesis que, en tiempos ya lejanos, habían sostenido Boza y Buylla— se termina expresando que «existe el poderoso fundamento de que al verificarse el matrimonio en el lugar en que no rige el Fuero se evidencia el que la voluntad presunta de los contrayentes ha sido someter el orden económico matrimonial a los preceptos del derecho común y no a las prescripciones del Fuero».

A continuación, me limitaré a transcribir las críticas de los autores, con las que me muestro conforme.

Manuel Batlle expone lo siguiente: «El error principal de la resolución de 1926 radica en el punto inicial de su razonamiento, en estimar que en nuestro sistema legal no hay solución para el caso propuesto. Ciertamente, ésta no se encuentra en ninguno de los artículos del título preliminar del Código, pero es que tampoco son éstos los únicos artículos que hay que estimar aplicables a todas las regiones; el artículo 12 dice bien claro que el Código civil regirá como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de las regiones forales, de aquí la consecuencia: es así que las legislaciones forales no contienen ninguna regla acerca de este caso concreto, luego el artículo 1325 es de común aplicación» (trabajo citado en la nota ciento nueve).

Considero que es interesante añadir el contenido literal del artículo del Código mencionado en la última línea del texto: «Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjero o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen del derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido respecto de los bienes inmuebles.»

J. M. Trías de Bes —en las págs. 15 y siguiente de su libro citado en la nota ciento veintiocho—, después de transcribir unidos los considerandos 4.º y 5.º de la Resolución, escribe lo si-

guiente: «Esta doctrina es inadmisibile: a) porque está en abierta contradicción con el Código civil y en particular con el precepto del párrafo 3.º del artículo 15, según el cual "en tal caso la mujer seguirá la condición del marido"; b) es inexacto que exista discrepancia de opiniones acerca de la ley que debe regir las relaciones patrimoniales familiares, cuando la ley personal del marido no coincide con la ley del lugar de celebración del matrimonio, y c) el alcance de la regla o aforismo, como se dice en la resolución, *locus regit actum*, es bien claro y preciso, a saber: se refiere sólo a las formas o solemnidades externas, y no a la esencia y a los efectos del acto o contrato.

»No acertamos a comprender cómo ha podido dictarse en la Dirección General de los Registros semejante resolución; la explicación acaso tenga que buscarse en la tendencia seguida por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros en negar la aplicación de las leyes llamadas forales, sustituyéndola con los preceptos del Código civil.»

Los anotadores de la obra y volumen que han sido citados en la nota ciento cuatro escriben: «En el derecho interregional el régimen de bienes del matrimonio se rige igualmente por la ley personal, como claramente se infiere del repetido art. 9.º en relación con el 14 del C. c.» ... «la Res. de 10 noviembre 1926 se orienta, a propósito del Fuero del Baylío, en principios abiertamente contrarios a los indicados, proclamando que... (la extracta). Bien se advierte que esta doctrina es inadmisibile, pues el alcance de la regla *locus regit actum* está tradicionalmente concretado a las formas o solemnidades externas de los actos, y es arbitrario suponer que el lugar de celebración del matrimonio induce voluntad de aceptar un régimen de bienes distinto al de la ley personal del marido, que es, según doctrina científica casi unánime en nuestros días, la que debe determinar el régimen legal del matrimonio en cuanto a los bienes» (pág. 497 y sig.).

José María Manresa —tomo y página citados en la nota ciento veinte— razona por su parte: «La resolución de 10 de noviembre de 1926 también declara expresamente que el Fuero del Baylío es una institución foral, vigente en ciertas localidades, de acuerdo

con lo dispuesto en este artículo 12, ya que se trata de un régimen jurídico consuetudinario conyugal que no ha sufrido alteración por la publicación del Código; no obstante, y en abierta contradicción con los principios que rigen el estatuto personal, al que indudablemente debe someterse lo relativo al régimen matrimonial de bienes, se afirmaba en esta última resolución que cuando el marido es aforado y la mujer pertenece a región donde rige el derecho común, y el matrimonio se contrajo en lugar donde no rige el Fuero, es más ajustada al espíritu del derecho la opinión de los que creen que debe someterse el régimen económico conyugal al derecho común, en armonía con el aforismo *locus regit actum*.»

Quintus Mucius Scaévola (132) añade: «Esta doctrina ha sido criticada muy duramente por la doctrina civilística patria con toda razón, ya que está en contradicción con las normas fundamentales positivas que regulan la materia de colisión, respecto a las leyes sobre el matrimonio, como parte integrante del estado, condición y capacidad civil de las personas, que se regula por el Estatuto *personal* y en modo alguno por el *formal*, como pretende la resolución aludida.»

José María de Lasala Samper (133) coincide con los anteriores: «Claro es que la extraña posición de este acuerdo de la Dirección General no se volvió, afortunadamente, a repetir y que mereció las críticas de todos los autores, desde diversos puntos de vista.»

Mahillo —trabajo citado en la veintiuna— razona como sigue: «Por todo ello resulta errónea la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 16 de noviembre de 1926. Inexplicablemente excluye la aplicación del Fuero del Baylío a un matrimonio entre varón sujeto al Fuero y mujer sujeta al Derecho común, contraído el mismo en territorio de derecho común. Fundamenta dicho organismo su resolución en el principio *locus regit actum* y en la presunción de que, al contraer el matrimonio en territorio de derecho común, se ha querido someter

(132) *Comentarios al Código civil*, t. I, 6.ª edic. (año 1949), pág. 379.

(133) *El régimen matrimonial de bienes*, Barcelona, 1954, pág. 79.

el mismo a dicho derecho. Para impugnar esta doctrina basta con apoyarnos en la misma resolución, que dice: "No presenta dificultad alguna cuando se trata de dos aforados... o cuando, siendo aforados, contraen matrimonio en localidad donde no rige." En este segundo supuesto parece que la Dirección no estima que el salir a contraer matrimonio a una localidad no sujeta al Fuero de Baylío indique "voluntad presunta de someterse al derecho común", y sí se revela esa voluntad cuando el marido es aforado y la mujer no. Claramente se observa principios distintos aplicables a cada caso. Parece ser que la Dirección General hace depender la aplicación del Fuero de la vecindad de ambos contratantes o de la vecindad del marido juntamente con el lugar de celebración del matrimonio.»

Con todo respeto, expreso mi opinión de que resultan confusos estos últimos razonamientos impugnatorios.

Castán Tobefías dice: «Por nuestra parte entendemos, frente a esta doctrina —la cual ha sido muy censurada—, que la regla *locus regit actum* sólo ha de regir la forma del contrato matrimonial, y que el lugar de celebración del matrimonio no induce voluntad de aceptar un régimen de bienes distinto al de la ley personal del marido, que es la que debe determinar el régimen legal del matrimonio en cuanto a los bienes, tanto a virtud de una doctrina científica, casi unánime en nuestros días, como por la doctrina legal que se desprende del principio general del artículo 9.º del Código y de la regla especial, que es un desenvolvimiento de dicho principio, contenida en el artículo 1325, y que parece susceptible, por ello, de aplicación analógica al orden interregional» (obra citada en la nota diecinueve, t. I, vol. I, 10.ª edición, año 1962, pág. 515).

En la misma línea impugnatoria, Madrid del Cacho invoca la conclusión definitiva segunda del Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza, que —dice— ha sido el fermento de todo el movimiento de compilación foral en marcha; según la cual, «el régimen económico del matrimonio quedará 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».

Y añade, por su parte: «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 Baylío, independientemente del lugar de su celebración, los matrimonios en que los dos contratantes o sólo el marido sean aforados» (libro citado en la nota veintitrés, págs. 107 y sig.).

c) *Casamiento de varón sometido al Derecho común, con mujer aforada*

«En todo caso —dispone el párrafo anteúltimo del artículo 15 del Código civil—, la mujer seguirá la condición del marido...»

Con este firmísimo apoyo legal (que, por virtud del apartado 2 de la base 7.ª anteriormente citada, no habrá de sufrir alteraciones en el nuevo Título Preliminar articulado), me permito sostener que en el supuesto previsto en este subapartado el régimen económico aplicable al matrimonio será el regulado en el Derecho común. Esta conclusión tendrá validez, salvo pacto en contrario que examinaremos más adelante; cualesquiera sean el lugar donde el vínculo se contraiga y la situación de los bienes de los cónyuges.

No tengo conocimiento de opinión alguna distinta sobre el particular.

d) *Casamiento en territorio aforado de dos personas sometidas al Derecho común*

En este lugar podemos considerar reproducidos el fundamento y la conclusión expuestos en el precedente subapartado.

No dejo de tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 11 de aquel cuerpo legal («Las formas y solemnidades de los contratos —incluso del que versa "sobre bienes con ocasión del matrimonio", añadido—, testamentos y demás instrumentos públicos se rigen por las leyes del país en que se otorguen»); pero tampoco el escueto contenido del Fuero del

Baylío, que en ningún modo establece formas y solemnidades especiales para la celebración del matrimonio.

Y por otra parte, Trías de Bes, en las págs. 29 y sig. de su libro citado en la nota ciento veintiocho, al sintetizar el sistema de normas de conflicto contenido en el Código civil, escribe: «Según el artículo 9: "las leyes relativas a los *derechos y deberes de familia* o al estado, condición o capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en el extranjero". Establece, como puede notarse, una parte del contenido del estatuto personal clásico, o sea el régimen de estado y capacidad de las personas y el régimen familiar, adoptando como ley personal la *lex patriae*.» En el presente supuesto, el Derecho civil común a que los cónyuges estaban sometidos en el momento de creación del vínculo matrimonial.

e) *Aplicabilidad del Fuero por pacto voluntario previo*

Juan Mahillo Santos, bajo la rúbrica «El Fuero del Baylío aplicable a matrimonios no sujetos» —apartado VII de su trabajo citado en la nota veintiuna—, escribe en términos absolutos:

«En virtud de la libertad de convención que señala el artículo 1315 del Código civil, pueden voluntariamente los cónyuges sujetos al derecho común someterse al Fuero del Baylío mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales con arreglo al artículo 1321.

»Esta aplicación convencional permanecería inalterable a los cambios de residencia, nacionalidad o ciudadanía por la prohibición de modificar las capitulaciones matrimoniales una vez celebradas las nupcias.»

Modestamente, apoyándome en el mismo Cuerpo legal común, me permito discrepar; porque el texto del artículo 1317 no podría ser más terminante: «Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, *determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los*

fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código.»

(El subrayado es mío.)

Según Trías de Bes, «Este precepto es en realidad una redundancia impertinente. Una redundancia porque, después de haber establecido el legislador el principio de la ley personal, quedaba ya excluida la sumisión de los cónyuges a una ley determinada. Calificamos, además, de impertinente el precepto; el texto es una copia impremeditada de unos artículos del Código francés y del Código italiano, y en estos cuerpos legales se comprende semejante disposición porque consagraron una uniformidad legislativa absoluta, y el legislador, temeroso de que se produjera la variedad legislativa, estableció dicha prohibición; pero en España no se concibe, teniendo la coexistencia de las legislaciones civiles diversas, su consagración en el mismo Código civil (art. 12).» Páginas 93 y sig. del libro mencionado en la nota ciento veintiocho.

Sea lo que fuere, tal prohibición legal no deja lugar a dudas. Si bien —como escribe el Profesor Bonet, en su Código civil comentado— «lo que se prohíbe es sólo la referencia pura y simple a los fueros y costumbres forales, pudiendo llegar al mismo resultado reproduciendo en las capitulaciones las disposiciones de que se trate, acto al que se reconoce plena validez».

Estimo procedente añadir que el artículo 1315 invocado por Mahillo faculta a los que han de unirse en matrimonio para otorgar capitulaciones «sin otras limitaciones que las señaladas en este Código». Y añade en el siguiente que «no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes...». Esta limitación especial reproduce para las capitulaciones matrimoniales la genérica contenida en el 1255, y ambas nos llevan de la mano a la redundante —pero estimo que no ociosa— contenida en el copiado 1317.

C) Inmutabilidad del régimen económico-matrimonial

En el presente apartado hemos de examinar problemas que pueden plantearse en la fase de aplicación o eficacia, o sea de los llamados conflictos móviles, que pueden obedecer al hecho de que cambie la vecindad civil de un matrimonio determinado, bien estuviere aforado o bien sometido al Derecho común.

Sobre este trascendental problema —no infrecuente, sobre todo en esta época en que tantas migraciones se producen dentro de la Nación—, Lasala Samper, en el libro citado por nota ciento treinta y tres, págs. 204, 5 y 6, escribe:

«el panorama de nuestro derecho positivo puede decirse que contiene, en su espíritu y directrices fundamentales, elementos suficientes para poder demostrar que la solución de nuestro *conflicto móvil* en favor del principio de "inmutabilidad" del régimen legal de bienes de los casados sin contrato se halla latente y es la más conforme con los principios e ideas que inspiraron a los redactores de nuestro Código civil.»

«Si venimos al sistema nacional de Derecho Internacional e Interregional Privado, la simple lectura del texto del art. 9.º de nuestro Código civil nos conduciría, por sí sola, a una solución completamente contraria al principio de permanencia que indagamos. En el Título Preliminar de dicho Código no aparece ninguna otra norma o principio general de conflicto de leyes que directamente aluda al caso del régimen matrimonial de bienes.

»Y la norma especial incompleta del art. 1325 del mismo Cuerpo legal no puede satisfacernos tampoco, porque, aparte su particularísima y deficiente redacción técnica, así como su inconsecuencia de trato para el problema de conexión con ordenamientos nacionales civiles de diversidad legislativa interior, según ya se demostró más arriba, es lo cierto que conforme a la técnica que también hemos dejado expuesta, no puede estimarse dicho artículo 1325 como refiriéndose a otra cosa que no sea el conflicto normal u ordinario de Derecho Internacional Privado, sim-

plemente integrado por el problema de determinar la Ley internacionalmente competente para regir el "establecimiento" del régimen legal del español o española que se casan con extranjera o extranjero, sin capitulaciones, en país extranjero...»

En otro lugar afirma que «El llamado "Código Bustamante de 1928", en su artículo 188, matizado por la especial concepción del Orden Público internacional en que sus redactores se inspiraron, dispone que "Es de orden público internacional la regla que prohíbe concluir capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio o modificar o alterar el régimen de bienes en caso de cambio de nacionalidad o de domicilio con posterioridad a la celebración del matrimonio"» (pág. 179).

Mahillo Santos, por su parte, escribe: «El régimen de bienes ha de ser inmutable, porque así palpita en el citado artículo 1325 y porque de otra forma bastaría cambiar de nacionalidad para mudar el régimen económico del matrimonio, y muchas veces bastaría con mudar de vecindad, violando el espíritu de los artículos 1315 y 1319 del Código civil, que prohíbe hacer o modificar capitulaciones después de celebrado el matrimonio, ante el temor fundado de las presiones maritales sobre la mujer» (trabajo citado en la nota veintiuna, pág. 168).

Y Luis Puig Ferriol (134): «Sabido es que las escasas y deficientes normas que contiene el Código civil referente a los conflictos legislativos no se establece previsión alguna a este respecto —cambio de vecindad civil—, pero no obstante este vacío entienden unánimemente los autores que el Derecho español recoge la tesis de la inmutabilidad del régimen matrimonial no obstante los cambios de vecindad civil...» En el trabajo se citan las sentencias del Tribunal Supremo fechas 29 de octubre de 1955 y 18 de noviembre de 1964.

Me permito añadir que la reiteración en dos resoluciones forma doctrina legal, cuya expresión copio del considerando primero de la primeramente citada: «que dicho testador y causante de la

(134) "Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal", en *Anuario de Derecho civil*, 1966, págs. 247 y sigs.

herencia no cambió su condición civil ni modificó su estatuto personal de origen, regido por la legislación común, al adquirir la vecindad en territorio Foral, *en aquellos actos constituidos con anterioridad*, de los cuales se derivan derechos para otras partes ya reconocidos, que tienen y deben ser respetados y por ello no puede influir en el régimen económico familiar, dado que por el vínculo matrimonial los cónyuges de modo respectivo obtienen derechos y contraen obligaciones, sin serles permitido que uno de ellos varíe el que exista concertado, pues de no ser así, la rectificación originaría, además de un perjuicio, un posible acto de despojo para el otro contrayente...».

Por último, como nuevo elemento que refuerza la tesis, paso a copiar el segundo párrafo del apartado 1 de la Base 4.^a de la repetida Ley de 1973: «Las relaciones patrimoniales, a falta de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de los cónyuges, se registrarán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges conforme a la nueva ley nacional común.»

D) Efectos del Fuero en relación con los bienes de la comunidad

a) *Inmediatos a la celebración del casamiento.*

Registros públicos

Hace ahora más de una década, José Luis Lacruz Berdejo (135) estudió, con acierto que en él es habitual, los reflejos que los diversos regímenes matrimoniales deben tener en los Registros públicos oficiales. Sin que en el trabajo figure alguna particular referencia al Fuero que es objeto de la investigación recogida en este libro, considero indudable que a la situación especial que la vigencia del Fuero comporta le serán aplicables las ideas del nombrado Profesor.

(135) «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963, págs. 593 y sigs.

En su opinión, «El Reg. de la prop., en sí, es inepto para publicar los regímenes matrimoniales, pues se halla referido a los derechos concretos sobre inmuebles, y no a las normas hipotéticas que rigen la asociación de unos cónyuges. Sólo cuando la consecuencia del régimen matrimonial adoptado sea un cambio en la titularidad de tales bienes podrán los capítulos inscribirse o anotarse en el folio correspondiente a cada uno de los inmuebles afectados por ellos. Pero lo que realmente se hace constar en el Registro, entonces, no es el régimen económico del matrimonio, sino el cambio de condición de los bienes, cambio que, al parecer, debe declararse por nota marginal (cfr. art. 92 Rh).»

En el apartado IV estudia la «indicación» en el Registro civil, buscando el sentido de los textos: Artículo 77 de la Ley, complementado por los 264 y 265 del Reglamento correspondiente (de 8 junio 1957 y 14 noviembre 1958, éste con muy numerosas modificaciones por Decreto de 22 mayo 1969).

«El artículo 77 produce, de momento, cierta perplejidad.

»En particular, el Reglamento, a mi modo de ver con pleno acierto, interpreta y aclara el artículo 77 en forma que no deja lugar a dudas sobre su significado. Cualquier modificación del régimen económico del matrimonio, *sea inicial o sobrevenida*, debe constar en el Registro civil, si se quiere que tenga efecto contra tercero, mediante la llamada "indicación", que es, simplemente, una inscripción con valor de publicidad y no de medio específico de prueba.»

(El subrayado es mío.)

Según mi creencia, una vez que, mediante la celebración de las nupcias, haya quedado constituida una sociedad conyugal sometida al Fuero, la comunicación de todos los bienes que —desde tal momento— se produce debe tener su reflejo en los libros del Registro de la propiedad.

En efecto, el párrafo último del número 1.^o del artículo 168 de la vigente ley hipotecaria —cuyo texto se ha mantenido invariable y con el mismo número que tenía en la de 21 de diciembre de 1869— dispone que: «Se establece hipoteca legal...: Por cua-

lesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado a sus maridos con la misma solemnidad.»

Este precepto de la antigua ley tenía su complemento en el párrafo primero del artículo 181, cuyo texto repite literalmente el párrafo de igual número del artículo 177 de la vigente: «Entiéndese por bienes aportados al matrimonio, para los efectos del párrafo último del número 1.º del artículo 168, aquellos que bajo cualquier concepto, con arreglo a fueros o costumbres locales, traiga la mujer a la sociedad conyugal, siempre que se entreguen al marido, por escritura pública y bajo fe de Notario, para que los administre, bien sea con estimación que cause venta, o bien con la obligación de conservarlos y devolverlos a la disolución del matrimonio.»

Ello aparecía desenvuelto en el 130 del Reglamento de 29 de octubre de 1870; reproducido en el 218 del siguiente, de 6 de agosto de 1915 —que solamente alteró la frase «se inscribirán» del párrafo primero por la expresión «podrán inscribirse»—, y en el 92 del vigente de 14 de febrero de 1947, que es idéntico al citado del anterior y no ha sido alterado por la reforma de 17 de marzo de 1959:

«Los bienes que con arreglo a fueros y costumbres pertenecieren a la comunidad conyugal, podrán inscribirse como propios de ambos cónyuges.

«Si estuvieren inscritos a favor tan sólo de uno de ellos, podrá hacerse constar aquella circunstancia por medio de una nota marginal.»

Quien dice estas referencias que, al sostener la opinión expuesta al comienzo del presente apartado, me apoyo en los comentarios que escribieron Galindo y Escosura, sobre los primitivos textos legal y reglamentario, en la pag. 517 de la obra y tomo citados en la nota ochenta y dos:

«En los pueblos donde rija ese Fuero han de inscribirse los bienes que los cónyuges aporten a la sociedad, como propios de ambos; y si lo estuviesen a favor sólo de uno de ellos, se hará

constar aquella circunstancia por medio de una nota marginal, como dispone el art. 130 del Reglamento.

«No presenta dificultades esta disposición cuando los bienes son inmuebles, pero cuando son muebles, ¿cómo garantiza el marido la parte indivisa que pertenece a la mujer en todos y en cada uno de ellos?

«Parécenos que la única solución práctica es, que tasándose todos los del marido, y considerando que los retiene o recibe él como dote inestimada, se aprecien, con el único objeto de que se fije la suma que debe asegurar la hipoteca, para el caso de que no existan los bienes al tiempo de la disolución del matrimonio, con arreglo a lo dispuesto en el art. 177; y hecho así, constituye hipoteca sólo por la mitad del valor que representen, puesto que la otra mitad le pertenece como suya, en virtud de la comunión de bienes que se verifica por el matrimonio.»

Los prestigiosos anotadores de la obra y volumen citados en la 104, por su parte, opinan que «El carácter común de los bienes se puede hacer constar, durante el matrimonio, en el Registro de la propiedad, conforme al art. 218 del Regl. Hip.» Me permito señalar la maestría con que los juristas aludidos emplean las palabras «se puede», por cuanto bien sabemos que en nuestro sistema hipotecario es voluntario el acceso al Registro.

Angel Sanz Fernández (136), después de exponer el sistema que había establecido la Ley de 1861 —modificado en cuanto al derecho real de hipoteca por el artículo 1875 del Código civil—, escribe: «Este sistema se ha mantenido sin modificación hasta el presente, y ha sido incluso respetado por las leyes de 1944 y 1946. Puede, por consiguiente, afirmarse que en nuestro sistema hipotecario la inscripción es voluntaria, teniendo únicamente carácter necesario en la hipoteca.»

Madrid del Cacho escribe: «Al continuar a nombre de cada uno de los cónyuges los bienes aportados por él el matrimonio, que ya no son propios, sino comunitarios, el Registro deviene

(136) *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1947, páginas 267 y sigs.

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» (pág. 125 del libro identificado en la nota veintitrés).

Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida —libro citado en la nota ciento siete— se limitan a decir que «Según la doctrina, es aplicable a este caso el art. 92 del R. h.», cuyo precepto copian.

b) *Con posterioridad al casamiento, hasta la extinción de la comunidad*

1.º *Adquisición y administración.*

Ninguna dificultad, sustantiva o registral, podrán producir las adquisiciones de bienes que hagan los cónyuges, individual o conjuntamente, por cualquiera clase de título, después de casados. Aunque sí es conveniente hagan constar en él su sometimiento al régimen del Fuero, con objeto de que ello quede reflejado en los libros del Registro según ha quedado expuesto.

Es claro que en este lugar deben quedar incluidas las adquisiciones que hayan de perfeccionarse mediante cualesquiera clase de actos o contratos, intervivos (menos la permuta) y por causa de muerte. Por cuanto la permuta implica la salida del patrimonio de un bien, a cambio del adquirido, estimo que procede examinarla entre las enajenaciones de que trataré en el número 3.º

Al contrario que el marido, la mujer necesita licencia de aquél para efectuar sus adquisiciones, dada la conocida limitación de su capacidad de obrar (art. 61 del C. civ.), que la norma foral no puede alterar.

La administración corresponde en principio al marido, por cuanto el Fuero nada dispuso acerca de este punto y, por ello, queda en pie el párrafo primero del artículo 59 del mismo Código: «El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el artículo 1384» (claro que esta limitación carece de efectividad en los matrimonios sometidos al Fuero del Baylío, porque en tal régimen no pueden existir bienes parafernales, como tampoco

capital del marido). Como refuerzo del precepto que ha sido transcrito, parece oportuno mencionar los artículos 1357 y 1412.

Por último, debo hacerme cargo de una importante circunstancia: Al adquirir bienes por sí solo, el cónyuge varón tiene que disponer, del mismo modo, de dinero efectivo existente en el patrimonio, entregándolo como precio a la parte vendedora; o sea que un dinero integrado en el haber comunitario sale de éste por la sola voluntad del cónyuge varón.

Sin embargo —aun con el peligro que ello comporta—, no encuentro razones válidas para sostener que aquellas adquisiciones maritales no son meros actos de administración, acertados y convenientes, o desacertados (incluso aunque las adquisiciones sean hechas por precio tan excesivo que encubran una simulación relativa, planeada y llevada a la práctica para disponer torcidamente de dinero efectivo existente en el patrimonio).

El remedio que puede presentarse como necesario en tales casos ha de ser el mismo mecanismo ofrecido por el Código civil, en los párrafos segundo y tercero del artículo 1413, reformado por Ley de 24 de abril de 1958. Son éstos de tan suma importancia, que no me resisto al deseo de transcribirlos:

«Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

»En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados.»

El Profesor Bonet, en su edición comentada de dicho cuerpo legal, se expresa en los siguientes términos:

«El ap. 2.º del art. 1413 establece la posibilidad de que la sociedad de gananciales sea protegida, a instancia fundada de la

mujer, de los *actos dispositivos que el marido pueda efectuar válidamente por sí solo.*

»De la dicción legal se desprende que no es necesario que se haya causado un daño, sino que basta el mero riesgo, aunque éste debe ser grave y derivarse de actos ya realizados. Además, el plural empleado por la Ley indica que un solo acto desacertado tampoco da lugar a esta medida protectora, sino que es precisa una cierta continuidad o habitualidad en la desacertada gestión marital.

»Una consecuencia del carácter íntimo de las relaciones matrimoniales y del principio de interpretación restrictiva que obliga a hacerlo literalmente en este caso, es que la mujer, y nadie más que ella, puede provocar la adopción de medidas precautorias en el caso de la mala administración.»

La aplicabilidad, constante el régimen comunitario foral, del mecanismo de defensa que hemos contemplado, creo es indiscutible; por las mismas ideas de protección a la cónyuge que, teniendo limitada por ley su capacidad de obrar dentro del matrimonio, movieron en el citado año de 1958 la voluntad del Órgano legislativo.

2.º *Responsabilidades que se pueden hacer efectivas sobre este patrimonio.*

En el primer momento, fluye de la pluma el más simple enunciado no discutible: Todas las que hayan sido contraídas en interés o beneficio de la comunidad, así como las que graven los bienes y derechos de todas clases que integran su patrimonio. Y de sus propios términos aparece bien claro que el enunciado ilumina tiempo posterior a la creación del vínculo matrimonial.

Pero sabemos que, por aplicación del Fuero, se hacen comunes todos los bienes aportados por los cónyuges, y hemos de sostener que —como justa contrapartida— también se comunican las deudas anteriores que ambos tenían pendientes, pasando a ser cargo de la comunidad; ejecutables sobre su patrimonio.

La razón de tal cambio en el sujeto pasivo de aquéllas (dele-

gación de los deudores) descansa en el artículo 1911 del Código civil: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.»

Si al ser contraído el matrimonio en estos casos no se operase válidamente la delegación que ha sido apuntada, la creación de tal vínculo resultaría un medio destructor de la garantía patrimonial que el 1911 hace implícita en toda clase de obligaciones; puesto que, por la confusión producida entre los dos patrimonios pretéritos individuales, no quedaría posibilidad posterior de discriminarlos, por haber devenido inoperantes al efecto las procedencias o respectivos títulos de adquisición.

En la pág. 433 de la obra y volumen mencionados en la nota ciento cuatro, sus anotadores escriben: «El problema de la responsabilidad por las deudas de los cónyuges en el régimen de la comunidad universal de bienes, dentro del derecho español, ofrece dificultades graves, no sólo por la falta completa de disposiciones acerca de dicho sistema económico-matrimonial, sino además porque no podrá suplirse en este punto la laguna de la ley con las reglas relativas a la sociedad de gananciales. El principio que lógicamente habrá de regir será el de que, no habiendo, salvo casos muy excepcionales, patrimonio exclusivo de los cónyuges, la comunidad será universal, tanto del lado pasivo como del activo, y por ende serán carga de ella todas las deudas que legalmente contraigan marido y mujer y las que hayan contraído antes del matrimonio. De otro modo, el matrimonio podría ser un medio de burlar los derechos de los acreedores.»

Y en igual sentido Lacruz y Sancho, en la pág. 243 del libro citado en la nota ciento siete: «El ingreso de todos los bienes parece que implica la comunicación de todas las deudas, incluso las antematrimoniales de ambos cónyuges, pese a lo dispuesto por el art. 1410 C. c., el cual se funda precisamente en el opuesto principio de la conservación del patrimonio antenupcial. Lo mismo se diga de las legales y delictuales. Sin embargo, en la relación interna cabe pensar que las deudas delictuales, en cuanto suponen un medio de arruinar al matrimonio y un perjuicio que ocasiona culposamente el delincuente, deben estar a cargo suyo, salvo si

el delito o el cuasi delito se cometieron sin oposición del otro cónyuge y al servicio de los intereses comunes.»

3.º *Enajenaciones, voluntarias o forzosas.*

Al ocuparme, primeramente, de las voluntarias me refiero a las que tienen por objeto toda clase de bienes o derechos (excepto al dinero efectivo, por lo que ha quedado razonado en el número 1.º) que se pretende salgan del patrimonio comunitario, mediante cualesquiera clase de contratos, típicos o atípicos, incluso el de permuta; pues en los de esta naturaleza, lo que a efectos de nuestra investigación sucede es que los sujetos aforados enajenan bienes comunes, aunque coetáneamente reciben otro u otros como contraprestación, en lugar de la totalidad o parte del valor de aquéllos en dinero.

Aunque las palabras «los sujetos aforados» anticipan el camino que habrá de seguir mi modesta opinión acerca del particular, me complacerá retroceder al punto en que tal ruta comienza.

En el conjunto de la doctrina se advierte cómo aquél aparece escindido en dos grupos diferenciados:

De un lado, W. José Carvalho (trabajo citado en la nota siete) sostiene que puede disponer por sí solo el marido, como haría si los bienes fuesen gananciales. En esta opinión le ha seguido Boza (folleto anotado en la ocho). Así es la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado —sentencia y resoluciones que han sido comentadas en el lugar correspondiente—.

Y a su vez, Luis Moutón —página 698, segunda columna, del trabajo que dejé anotado en la trece del presente— expone que durante el matrimonio pueden «disponer de sus bienes particulares cada uno de los esposos sin ninguna dificultad».

En otro grupo más numeroso pueden situarse: La Redacción del *Boletín Oficial del Colegio Notarial de Cáceres*, que insertó una opinión razonada en el número del 15 de febrero de 1880: «Estima más segura —dice— la exigencia del Registrador de aquel

partido, de que concurran las mujeres de quien procedan los bienes a los contratos que sobre ellos celebren sus maridos» (137).

De igual modo dicen Matías Ramón Martínez y Martínez (libro citado en la nota nueve, págs. 173 y sigs.), José Fernández Díaz (conclusión 4.ª en el apartado IV del trabajo que menciono en la doce), Teófilo Borralló Salgado (pág. 123 del libro anotado en la dieciséis) y Matías Martínez Pereda en su trabajo identificado en la nota diecisiete.

El maestro Castán concluye que la facultad del marido de enajenar sin consentimiento de la mujer es «poco conforme con la naturaleza de la comunidad de bienes y muy ocasionada en la práctica a abusos y perjuicios graves».

En la misma línea que el venerado Profesor español discurren las consideraciones de Bonet, Fortuny y Madrid del Cacho —párrafos transcritos en el subapartado a) del apartado C) del Capítulo VII del presente libro—.

Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida concretan la siguiente tesis: «En cuanto a la disposición, el silencio del Fuego hubiera debido suplirse igualmente con el Código (contra lo que cree una parte de la doctrina), facultando al marido en la medida del artículo 1413 para enajenar. Pero esa aplicación supletoria del Código está eliminada por la existencia, al parecer bien comprobada, de la costumbre, acorde con el Derecho portugués, según el cual las disposiciones han de realizarse conjuntamente por marido y mujer; ésta, y no otra, es la razón por la que las enajenaciones individuales que no constituyan acto de mera administración del marido o ejercicio, por la mujer, de su potestad doméstica, son inválidas» (págs. 245 y sig. del libro citado en la nota ciento siete).

Yo veo claro como la luz que la de este segundo grupo es la opinión precedente, no sólo con respecto a los inmuebles o establecimientos mercantiles —así lo exige para los pertenecientes a la sociedad de gananciales el artículo 1413 del Código civil, en

(137) Reproducida en la *Gaceta de Registradores y Notarios*, año XIX, número 901, 11 marzo 1880, págs. 291 y sigs.

su redacción reformada por la mencionada y trascendental ley de 24 de abril de 1958—, sino refiriéndome a los de cualquier clase, naturaleza y origen; así como a los derechos.

Y acaso no resulte ocioso examinar aquí, brevemente, el problema de conocer si en cuanto a los bienes de matrimonios aforados será o no de aplicación el remedio que el propio artículo sustantivo común arbitra para resolver los casos de discrepancia entre los cónyuges; puesto que conocemos que tal situación no se halla prevista en el Fuero.

Se puede afirmar de antemano que no es procedente la aplicación directa del precepto, porque éste forma parte de la Sección que en el mencionado cuerpo legal trata «De la administración de la sociedad de gananciales», y es sabido que el régimen económico matrimonial consagrado en el Fuero del Baylío excluye, para los sometidos al mismo, la aplicación del tácito regulado por el Derecho común.

Es cierto que el segundo de los efectos que atribuye al Fuero la Pragmática de 1778 es que los bienes se «sujetan a partición como gananciales»; es decir, a la manera o según el modo aplicable a los gananciales; pero no dice que los bienes se conviertan y hayan de ser considerados gananciales a todos los efectos antes de la disolución del matrimonio, que es cuando la partición ha de ser realizada.

Referida la frase entrecomillada al momento de la partición, no debe tener trascendencia en el tiempo constante el matrimonio. Durante éste —desde el momento de las nupcias, en que los bienes «se comunican» o hacen comunes—, han de ser gravados y enajenados como tales bienes comunes, o sea, con la conformidad y concurrencia de ambos cónyuges. Y si entre ellos se produce discrepancia acerca de la procedencia de alguna decisión enajenadora, habrán de acudir al Juez, *por analogía* de lo que —para su caso— dispone el artículo 398 y de lo que, para el suyo, ordena el 1413 del Código civil.

Estimo que —por las mismas razones que a ella condujeron— la conclusión obtenida es también válida para los *gravámenes* y

transacciones sobre los bienes comunes, puesto que estos negocios jurídicos están equiparados con los de enajenación, en el artículo 1713 del Código civil, como actos «de riguroso dominio».

Ahora pasemos a reflexionar sobre el *supuesto de enajenación forzosa* de tales bienes o derechos pertenecientes a la comunidad y aun al aseguramiento preventivo judicial, para hacer efectivas responsabilidades exigibles a los dos o a cualquiera de los cónyuges partícipes en el acervo comunitario.

Es el caso que dio lugar a la Resolución de la Dirección General de los Registros de 19 de agosto de 1914, citada más arriba. Según ésta, debía ser anotado en finca adquirida e inscrita a nombre del marido el embargo decretado en causa seguida contra el mismo, no obstante la nota marginal expresiva de que, por su casamiento con arreglo al Fuero, había quedado perteneciendo a la sociedad conyugal. Y aducía como razón que la representación de tal sociedad correspondería siempre al marido «como administrador legal de la misma».

Pienso que la decisión es correcta, pero lo es por otras razones distintas de la expresada por el Centro directivo: Son las expuestas en el precedente número 2.º

Madrid del Cacho escribe a este respecto: «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 efectucción en el instante en que se produzca la disolución de la comunidad.»

«Claro que esto sólo 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 juris-

dicción 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 (*sic*) 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 en 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 excepcionar 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» (págs. 126 y sigs. del libro anotado en la veintitrés).

Por mi parte, encuentro muy confuso y no suficientemente desenvuelto el mencionado arbitrio del fondo de garantía —porque no se dice ni podemos advertir con qué recursos habría de constituirse ni el destino concreto asegurado.

Yo creo que lo mismo las deudas particulares de cada cónyuge como las producidas en interés y para la sociedad conyugal pueden ser aseguradas mediante embargo y ejecutadas, en su momento, sobre cualquiera de los bienes que el vínculo matrimonial había comunicado, transformándolos en comunes.

Ahora bien, el Decreto de 17 de marzo de 1959 sobre Reforma del Reglamento Hipotecario —anteriormente aprobado por disposición de igual rango, de 14 de febrero de 1947— modificó el párrafo primero del artículo 144, que ha quedado redactado en los siguientes términos:

«Cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales y antes de su disolución se decreta embargo sobre bienes per-

tenecientes a esa sociedad, se extenderá la anotación sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer o del marido o de ambos indistintamente, que hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio, y no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges y haya sido dirigida la demanda contra ambos. Llegado el caso de enajenación de estos bienes, se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1433 del Código en relación con el 96 de este Reglamento.»

El prestigioso hipotecarista Ramón de la Rica y Arenal comenta el significado y aplicación de la reforma (138). Pero en toda su exposición lo hace contemplando los inmuebles gananciales, y así, al relacionar los requisitos que estima son necesarios para la aplicación del texto reglamentario, distingue con la letra *d*) el que dice: «Que el matrimonio deudor se rija por el régimen de la sociedad de gananciales.»

Ni siquiera se plantea el supuesto referente a la ejecución de bienes que pertenecen a la comunidad universal y absoluta autorizada por el Fuero del Baylío. Del mismo modo que en su obra precedente sobre la materia (139) no había comentado el artículo 92, porque era el 218 del anterior Reglamento, no modificado.

Me permito opinar, pues, que en dicho supuesto es obligada la interpelación judicial a los dos cónyuges aforados, por aplicación, fundada en motivos de analogía, del modificado artículo 144 reglamentario.

4.º Partición.

En este lugar hemos llegado a contemplar el segundo de los efectos que el Fuero del Baylío debe producir según la expresión legal de su contenido (recogida en la Pragmática de Carlos III y

(138) *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, págs. 121 y sigs.

(139) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, dos tomos, 1948 y 1949; en el II, sobre "Modificaciones", figura la tabla indicadora de los artículos comentados, págs. 575 y sigs.

en la Ley 12 de la Novísima Recopilación): todos los bienes se «sujetan a partición como gananciales».

En las págs. 442 y 475 de la obra y volumen citados en la referencia ciento cuatro, sus prestigiosos anotadores escribieron que «Termina sin duda la comunidad general de bienes por las mismas causas que producen la extinción de la sociedad de gananciales».

«Se extingue la sociedad de gananciales: a) Por ministerio de la ley, en los casos de disolución del matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges (cf. art. 1417, ap. 1.º, en relación con el art. 52), a los que se equiparan los de declaración de fallecimiento del causante (cf. art. 196, redactado de nuevo por la ley de 8 septiembre 1939) y en los de declaración de nulidad del matrimonio (cf. art. 1417, ap. 1.º y 2.º). b) A petición de alguno de los cónyuges, cuando se solicita la separación de bienes por causa de interdicción civil, ausencia o divorcio (cf. arts. 1417, apartado 3.º, y 1433, ap. 1.º).»

Alfonso de Cossío y Corral —pág. 241 del libro citado en la nota sesenta y seis— enumera, exactamente, las mismas causas.

Mostrándome conforme totalmente, paso a examinar en forma somera el contenido de la Sección séptima (De la liquidación de la sociedad de gananciales) del Capítulo V, del Título III, del Libro Cuarto del Código; que comprende los artículos 1418 a 1431 inclusive. Indicación esquemática, repito, porque intentarla de otro modo estaría fuera de lugar.

De los citados, deberán ser tenidos en cuenta para efectuar las operaciones de partición las primeras frases del primero, los 1419 y 1420 y el 1428 en parte; todos referentes a la formación del inventario. La Sección quinta, Capítulo V, Título III del Libro III trata «Del beneficio de inventario y del derecho de deliberar». De ella interesa al respecto que tratemos de lo dispuesto en el artículo 1017, que —dice Bonet en su Código civil comentado— se refiere a los plazos legales, «no hallándose reguladas las formalidades con que (el inventario) ha de practicarse, por lo que podrá adoptar la forma notarial o la judicial, aplicando por analo-

gía los trámites que para el juicio de testamentaría prescribe la L. de Enjuiciamiento Civil».

Esta remisión, que estimo por demás atinada, nos lleva al contenido de la Sección Segunda, Título X del Libro II de la aludida, y, concretamente, a los artículos 1063 y sigs.

Si volvemos a la Sección que en el Código sustantivo trata de la liquidación de la sociedad de gananciales, considero que también deberán aplicarse —al efectuar la partición de bienes de la comunidad foral— los artículos 1426, 1427 y 1430; del mismo modo que estimo inoperantes todos los demás.

También juzgo evidente que las dichas operaciones particionales (por mitad) deben comprender tanto los bienes y derechos —comunicados entre los cónyuges, según sabemos, al quedar constituido el vínculo matrimonial— como las deudas que, en el momento de la disolución, pendieran a cargo de la comunidad foral.

Dada la equiparación doctrinal —que, en otro lugar, ha sido señalada— entre la comunidad matrimonial de bienes y la sociedad de gananciales, a efectos de estudio en los diversos supuestos de disolución, creo que no resultará ocioso poner de relieve la discriminación realizada por los anotadores del Volumen de Kipp y Wolff, mencionando tres de ellos como operantes «Por ministerio de la ley» (muerte, declaración de fallecimiento del ausente y declaración de nulidad), así como los que precisan petición de alguno de los cónyuges, que son los tres expresados en el artículo 1433 (interdicción civil, ausencia y divorcio).

Refiriéndose a los tres últimos, el Profesor Bonet, en su Código civil comentado, dice: «a petición del cónyuge que no haya incurrido en la causa que la origina, para el cual tiene carácter potestativo solicitarla».

Ahora bien, bajo su rúbrica («De los efectos de la nulidad del matrimonio y los de separación personal de los cónyuges»), artículos 67 al 74, la Sección quinta del Capítulo I, del Título IV del Libro Primero del Código civil común, regula los que deben producirse en el *supuesto tercero del primer grupo* y los que, a

petición del cónyuge no culpable, se ocasionan en el también tercero del segundo grupo.

No se olvide que los efectos de la ejecutoria de separación personal —enumerados en el artículo 73— tienen su complemento en la separación de bienes, de que trata el Capítulo VI del Título III, del Libro Cuarto (arts. 1432 y sigs.).

En mi modesta opinión, los preceptos de aquella Sección quinta y los incluidos en el Capítulo últimamente citado tienen aplicación con respecto a los matrimonios aforados: Sencillamente, por el limitadísimo contenido del Fuero, que es obligado suplir.

Consideración especial del artículo 72.

«La sentencia firme de nulidad producirá respecto de los bienes del matrimonio los mismos efectos que la disolución por muerte, pero el cónyuge que hubiera obrado de mala fe no tendrá derecho a los gananciales.

»Si la mala fe se extendiera a ambos, quedará compensada.»

(Las tres primeras son palabras nuevas introducidas por la Ley de 24 de abril de 1958, en lugar de «La ejecutoria», con las que el artículo comenzaba antes de tal reforma.)

Las últimas frases del párrafo primero se corresponden con el párrafo segundo del 1417 —primer artículo contenido en la Sección que trata «De la disolución de la sociedad de gananciales»—, que dice: «El cónyuge que por su mala fe hubiere sido causa de la nulidad, no tendrá parte en los bienes gananciales.»

Puesto que el régimen económico de los matrimonios aforados es —por esencia— una situación diferente de la que el artículo 1315, en su segundo párrafo, denomina «sociedad legal de gananciales», es natural que las últimas palabras del que es primero en el 72 («no tendrá derecho a los gananciales») determinen perplejidad en el estudioso, porque en aquel régimen no puede haber gananciales propiamente dichos.

En otro lugar de este libro quedó explicado cómo el segundo de los efectos que produce el Fuero —unido al primero («se co-

munican») mediante la copulativa «y»—, al decir «se sujetan a partición como gananciales», no expresa que los bienes se hacen o se transforman en gananciales, sino que se parten o dividen como si fueran gananciales, o sea a la manera como se parten los gananciales; es decir, por mitad (art. 1426).

También sabemos que, en el régimen del Fuero, todos los bienes de cualquier clase y los derechos (pasados, presentes y futuros) se comunican e integran en un patrimonio común; pero éste, sin que pueda producir gananciales propiamente dichos, es un conjunto susceptible de incremento o disminución durante el matrimonio.

Centrada así la cuestión, quiero decir pensando en incremento y no en gananciales, procuraré dilucidar los diversos supuestos de aplicación del artículo 72 anteriormente transcrito:

a') El párrafo primero dispone: «La sentencia firme de nulidad producirá, respecto de los bienes del matrimonio, los mismos efectos que la disolución por muerte.» Y su complemento, «El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo» (primer párrafo del 69, que en su tercero añade: «La buena fe se presume si no consta lo contrario»).

Por consiguiente, plena aplicación de la norma foral, o sea, división entre los cónyuges, por mitad, de todos los bienes comunes con sus incrementos o pérdidas.

b') Termina el citado párrafo del 72: «el cónyuge que hubiera obrado de mala fe no tendrá derecho a los gananciales.» Este precepto se corresponde con el párrafo segundo del 69: «Si ha intervenido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.» Y también con el del mismo orden en el 1417: «El cónyuge que por su mala fe hubiera sido causa de la nulidad, no tendrá parte en los bienes gananciales.»

Quintus Mucius Scaevola, en su obra citada en la nota ciento treinta y dos (t. II, pág. 521), comenta: «juzgamos que el Código debió disponer, clara y terminantemente, que, declarado nulo, por

mala fe de uno de los cónyuges, un matrimonio contraído bajo régimen económico libre, recayeran en beneficio del cónyuge inocente todas las utilidades obtenidas por el culpable, por razón del régimen capitulado; y así, pues, estimamos que habrá de interpretarse el precepto comentado».

En el régimen del Fuero creo que también es clara la consecuencia de aplicación de los preceptos del Derecho común que han sido transcritos, como pertinentes en tal caso, para llenar la laguna o vacío que aquél presenta: Declarado nulo el matrimonio aforado, se deshace la comunicación de todos los bienes que —desde la fecha de creación del vínculo— se había producido, y cada uno de los cónyuges recupera los que le eran propios. Por otra parte, todos los adquiridos que tengan el concepto de incremento de aquel haber comunitario deberán pasar a aquel que, al casarse, no hubiera procedido con mala fe.

c') «Si la mala fe se extendiera a ambos —dice en su párrafo segundo el artículo 72—, quedará compensada.»

En principio parece que este lacónico precepto significa que, por compensación, la mala fe queda extinguida y ninguno de los cónyuges pierde el derecho a los gananciales. Así opinó Manresa al comentar el artículo 1417 en su importante obra citada en la nota ciento veinte (t. IX, año 1904): «y por lo tanto, no habrá lugar a que ninguno de ellos pierda en los gananciales su participación».

Pero —como era de esperar— no dejó de advertir la objeción inevitable, por lo que más adelante escribe: «ya hemos dicho que, con arreglo al art. 72, queda compensada, aunque esta declaración no está muy en armonía con lo dispuesto en el último párrafo del art. 69».

El precepto últimamente citado dice que «Si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos».

Me permito añadir que éste, sin duda, se orienta hacia dos fines igualmente loables: Los actos o negocios jurídicos que se

realizan cuando los intervinientes obedecen a impulsos torticeros, no deben producirles efectos civiles favorables.

Y por otra parte —según escribe Manresa en la obra últimamente citada, t. I, año 1903, pág. 340—, «cerrado ya el período de apasionada discusión, hay términos posibles para deducir con serenidad y frialdad de ánimo que la disposición final del artículo borra el estigma que manchaba a seres inocentes, salvando a éstos de las consecuencias de actos que no ejecutaron».

Así, en los matrimonios sometidos al Fuero del Baylío, la aplicación del párrafo segundo del artículo 72, en relación con el último del 69, debe producir las siguientes consecuencias: Cada uno de los cónyuges sujetos de la sentencia firme de nulidad recupera los bienes que le eran propios. Los posibles incrementos producidos corresponderán a los hijos del matrimonio, por partes iguales entre éstos. Y las pérdidas o deudas existentes al tiempo de la disolución del vínculo deberán ser distribuidas entre aquéllos por mitad, en concepto de sanción condigna a su mala fe.

Supuesto del artículo 51.

Queda por examinar *una excepción* que, para el caso que contempla, *echa por tierra las conclusiones* elaboradas como pertinentes en los tres supuestos examinados en relación con las disposiciones del 72 y sus concordantes.

Dispone el artículo 51: «No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente.»

Bien claramente se comprueba que el 51 se produce en contradicción con el 69, el 72 y el párrafo segundo del 1417, puesto que en estos tres se reconocen ciertos efectos civiles a los matrimonios nulos, mientras que el citado en primer lugar los rechaza para el supuesto que contempla («cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente»).

En mi opinión, la solución del problema no ofrece ninguna duda que sea válida: La norma especial para el supuesto concreto debe prevalecer sobre las normas generales que contienen los otros artículos citados.

Enrique Lalaguna dedicó un trabajo extenso y muy notable (140) al esclarecimiento de la discrepancia que se advierte entre los artículos 51 y 69 anteriormente mencionados. Al mismo pertenecen los siguientes párrafos:

«Veamos ahora en qué sentido es excepcional el artículo 51 respecto al 69. Liga éste efectos civiles al matrimonio —canónico o civil— declarado nulo (causa de nulidad relevante para la aplicación de este precepto es, como se ha indicado, el impedimento de vínculo). El artículo 51, con expresión enérgica y sin hacer referencia a la nulidad, los niega en un supuesto especial: matrimonio legítimo anterior» (pág. 387).

«En el orden de la exégesis hemos llegado por distintos caminos a la conclusión de que el artículo 51 en su genuino significado responde a la necesidad de regular una situación jurídica de doble matrimonio (primero civil y segundo canónico) provocada por una contraposición de principios del sistema codificado. Mientras este conflicto sea posible, está justificada la presencia de tal norma en el Código civil» (pág. 400).

«Para la situación de primer matrimonio civil y segundo canónico, supuesto que ambos sean válidos —el primero conforme a la ley civil y el segundo conforme a la ley eclesiástica—, rige el artículo 51, en relación con los artículos 75 y 76 del C. c. El segundo matrimonio, válido ante la ley canónica, lo será también ante la ley civil (art. 75), si bien conforme a ésta y en tanto subsista el vínculo previo será relativamente ineficaz» (pág. 427).

«El matrimonio canónico no gozará de momento de plenos efectos civiles, pero sí, al menos, de los que no sean incompatibles con la eficacia de la primera unión. Por otra parte, esa limitación desaparecerá una vez disuelto el vínculo civil» (página 428).

El citado trabajo se complementa con otro del mismo autor (141), en el que —comentando la sentencia dictada por el

(140) "El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio", en *Anuario de Derecho civil*, año 1961.

(141) "Ineficacia civil de matrimonio por vínculo precedente", en *Anuario de Derecho civil*, 1963, págs. 527 y sigs.

Alto Tribunal en 29 de mayo de 1962— insiste y refuerza su posición:

«Con la reforma del Código en 1958, se reconduce el régimen de las situaciones de doble matrimonio —con las rectificaciones y precisiones técnicas oportunas— a su antiguo cauce. En los últimos estudios sobre el tema se conviene en admitir que los artículos 69 y 51 cubren hoy situaciones diferentes: el primero, los supuestos de doble matrimonio en que media impedimento de vínculo; el segundo, el supuesto de bigamia legal, donde el impedimento del vínculo no actúa (no existe prácticamente)» (página 539).

«La sanción del artículo 51 tiene el carácter temporal propio de la ineficacia en sentido estricto. El segundo matrimonio, válido civilmente por fuerza del artículo 75 C. c., contiene una virtual eficacia, presta a manifestarse —a actualizarse— en cuanto el vínculo previo —cuya eficacia plena y actual se trata de proteger— desaparezca» (pág. 547).

El Profesor Bonet Ramón, en su *Código civil comentado* (142), atribuye al artículo 51 el mismo significado: «Los codificadores se plantearon el problema que podría presentarse a consecuencia de haber atribuido igual eficacia civil a las dos formas matrimoniales por ellos establecidas.»

«En realidad, el peligro sólo se daba para el supuesto de que, contraído matrimonio civil, se intentara por uno de los cónyuges contraer posteriormente otro canónico con tercera persona.»

«Mantenido el viejo texto del art. 51, después de la reciente reforma del art. 42, no hay posibilidad legal de reconocer efectos civiles al segundo matrimonio canónico.»

Solicitando el perdón que tanto necesita mi modestia, considero ciertamente artificiosa la construcción ingeniada por el señor Lalaguna:

En primer lugar —cualesquiera fuesen las motivaciones determinantes de la redacción dada a la Base correspondiente y al

(142) Aguilar, S. A. de Ediciones, Madrid, 1962.

artículo 51, así como las discrepancias puestas de manifiesto en la discusión de una y otro—, ahí está el texto promulgado y vigente, que no sufrió alteración después del Concordato de 27 de agosto del año 1953 ni por la Ley de 24 de abril de 1958; sin que sea válido limitar su aplicación, ya que menciona «el matrimonio canónico o civil» (refiriéndose al segundo contraído), cuando cualquiera de los cónyuges «estuviese ya casado válidamente», lo que quiere decir canónica o civilmente.

Por otra parte, los términos categóricos del mismo texto creo que no permiten señalar carácter temporal a la sanción que expresan, ni tampoco puedo estar conforme con la atribución de validez civil virtual al segundo matrimonio, cuando éste es canónico; porque el genérico artículo 75 cede ante la excepción del supuesto de bigamia, contemplado por el repetido 51.

Cierto que el artículo 69 contiene normas de carácter general y la del 51 constituye una excepción prevalente.

El Maestro Castán —en su obra tantas veces citada, t. V, volumen I, pág. 711—, después de recordar que el Código civil recoge la institución del matrimonio putativo en el artículo 69, se muestra conforme con la opinión de Fuenmayor (el cual entiende que la condición de inexistente que tiene el matrimonio contraído a pesar del vínculo conyugal anterior es incompatible con la aplicación de los beneficios del matrimonio putativo) y añade:

«Tiene esta solución en su apoyo no sólo el texto literal del artículo 51, que declara, en términos categóricos, que el matrimonio canónico o civil *no producirá efectos civiles* cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente, sino también la consideración de las graves consecuencias a que conduciría la solución contraria, obligando a suponer dos vínculos eficaces y subsistentes mientras no fuere anulado el último por sentencia firme y a conceder a esta segunda unión unos efectos que perjudicarían los derechos del cónyuge verdadero y de los hijos del bigamo.»

En resumen, el artículo 51 es un precepto excepcional, apli-

cable a los cuatro supuestos de bigamia; que excluye las normas contenidas en los artículos 69, 72 y 1417, y cuyos efectos son definitivos: En los supuestos de dos matrimonios civiles sucesivos y de matrimonio canónico seguido de otro civil entre los mismos cónyuges, es posible obtener de los Organos de la Justicia estatal la declaración de nulidad de los segundos vínculos y la no derivación de efectos civiles nacidos de éstos. Y lo mismo en el de casamiento civil seguido de otro canónico como en el de dos canónicos sucesivos —aunque no sea posible que la Justicia del Estado declare la nulidad de los segundos vínculos—, sí puede obtenerse de la misma la declaración de ineficacia civil del segundo casamiento canónico en ambos casos.

Ahora parece oportuno que nos hagamos cargo de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo sobre este particular:

En la sentencia de 19 de enero de 1926, mencionando el artículo 51 de que estamos tratando, declaró que «el mismo, dados los términos de su redacción y al referirse exclusivamente a los efectos civiles, no exige, para que los Tribunales de este orden y jurisdicción puedan hacer la declaración que de su texto se desprende, que previamente se haya declarado la nulidad del matrimonio a que se refiere, sino que basta que ante ellos se acredite el hecho de estar casada legítimamente cualquiera de las personas que aparecieran contrayendo el segundo matrimonio».

La de 29 de mayo de 1962 reitera la misma doctrina; añade que en estos casos la invalidez que corresponde al segundo matrimonio «es forzoso incluirla en el supuesto de nulidad radical que la Ley prevé, por cuanto ésta impide los normales efectos queridos por los contrayentes», y termina declarando «Que a esta consecuencia no se opone la apreciación hecha por el Tribunal "a quo" de la buena fe a favor de la demandante, tanto por ser una derivación de preceptos que al no ser aceptados, no deben regir en la cuestión debatida, cuanto porque no puede, en verdad, ser por ella amparada, ya que si bien es cierto que, en general, la buena fe es una cuestión de hecho y corresponde valorarla a la Sala de instancia, envuelve, en ocasiones, como en el caso actual, un significado jurídico —sentencias de 10 de abril de 1956

y 24 de abril de 1962— que permite ser modificada, como se dijo en la de 26 de junio de 1912, cuando se demuestre que a ella se ha llegado con infracción de ley o de doctrina.»

Esta doctrina legal se ha quebrado en la más reciente sentencia de 7 de marzo de 1972; la cual, por estimar en su primera el recurso de casación a que se refiere, contiene una segunda sentencia, cuyo anteúltimo considerando proclama: «Que a esta conclusión —alude a la del considerando precedente, según el cual, la sanción de nulidad «resulta inoperante a los efectos del régimen especial del matrimonio putativo del art. 69»— no puede ser un obstáculo la norma contenida en el art. 51 del C. civ., pues con la fórmula que encierra no se altera, en el terreno estrictamente civil, la genérica sanción de nulidad del art. 101 porque al término "ser nulo" que éste emplea no se puede atribuir otro significado que el de "no producir efectos civiles" que se utiliza en aquél; sino que simplemente se reitera a los exclusivos fines de la coexistencia en nuestro Derecho de las dos clases de matrimonio que mantiene el art. 42 después de la reforma llevada a cabo en 1958, tratando de evitar dudas interpretativas y sobre todo posibles infracciones, *sin que pueda significar la introducción de un tipo especial de ineficacia más grave que los demás*, ni habiendo base jurídica alguna para deducir que en este caso el matrimonio nulo se convierte en inexistente.»

(El subrayado es mío.)

CAPITULO IX

COMPATIBILIDAD DE APLICACION DEL FUERO CON DETERMINADAS DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL

En el capítulo último de este libro —tan modesto como entrañable— no habré de enfrentarme con la aplicabilidad, obvia en términos generales, a los matrimonios aforados, del Derecho civil común en todo lo que no sea regulación de las relaciones económicas de los cónyuges: Es mucho más limitado el objeto que ahora pretendemos esclarecer. Se trata de la posibilidad de aplicación de disposiciones que, de algún modo, puedan relacionarse con la disolución comunitaria, cuando ésta se produce con motivo del fallecimiento de uno de los consortes sometidos al Fuero del Baylío.

El tema ya fue objeto de preocupación en los fueristas clásicos, algunos de los cuales se manifestaron sobre el particular:

Florencio Benítez —trabajo mencionado en la nota diez— se hace cargo de esta cuestión, diciendo que el Fuero no es obstáculo para lo establecido sobre la cuota vidual por los artículos 807 y 834 del Código civil; porque ésta es una cuestión secundaria al mismo, el cual termina con la liquidación de la sociedad conyugal, y una vez determinado el haber de cada cónyuge, en nada se opone a los nuevos derechos establecidos después mutuamente en su favor.

Teófilo Borrallo dedica el capítulo X de su libro anotado en la dieciséis al estudio de la «Compatibilidad con otras disposiciones legales», siendo la primera y más importante —dice— la

que se refiere al usufructo vidual, establecido en el Código civil con un carácter y una amplitud que antes no tenía. Después de hacer alusión a las opiniones de algunos, sin mencionarles, añade:

«Que los derechos legitimarios del cónyuge *supérstite*, reconocidos por 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*, que son extraños a sus previsiones y compatibles con sus efectos» (pág. 140).

Refiriéndose a las reservas, escribe «que la mitad adquirida como gananciales por el cónyuge pobre a la disolución del matrimonio, constituye para él un capital propio en plena propiedad y absoluto dominio, sin limitación de clase ni obligación de reservarlo en ningún caso» (pág. 145).

Examina después los efectos civiles de la nulidad del matrimonio y del divorcio respecto de los bienes de los aforados, concluyendo «que el Derecho civil común habrá de aplicarse en todos los casos, bien porque el *Fuero* no alcanza a semejantes extremos, sirviendo aquél de supletorio y ya porque no hay medio de sus traerse a los mandatos de un precepto de rigurosa aplicación para aforados y no aforados, como así se especifica en el mismo artículo 12 del propio Código civil» (pág. 150).

Pedro Arriba, en el trabajo que fue citado en la nota ciento tres, escribió por su parte: «Muchas y muy elevadas razones sentimentales, morales, lógicas, que no hay necesidad de hacer resaltar, aconsejan los derechos sucesorios del cónyuge viudo con el carácter de heredero forzoso concedido por nuestro Código civil; pero cuando, como sucede en el caso que pasamos a relatar, esa finalidad está llena de antemano por una institución vigente y de aplicación ininterrumpida, como sucede con la comunidad universal de bienes y su liquidación por mitad al disolverse, en que consiste el *Fuero* de Baylío, ¿se aplican juntas ambas instituciones, que, si bien diferentes, llevan la misma finalidad? Esto último resulta a todas luces excesivo, con indudable menoscabo de los intereses legítimos de titulares que verían de esa manera notablemente mermados sus derechos.»

Madrid del Cacho afirma en su libro que está con el autor anterior, por las razones que explica. Y termina: «Para ser, pues, fieles al precedente histórico hay que mantener la incompatibilidad entre cuota vidual 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 Baylío juntamente con el «ducaire» que, en el tercio de la herencia del premuerto, otorga en usufructo al cónyuge *supérstite* el artículo 834 del Código civil. Aparte de que se vulneraría con ello el principio de derecho «non bis in idem» (pág. 133 de su libro citado en la nota veintitrés).

Ahora parece conveniente el examen por separado de las diversas instituciones, en procura de la mayor claridad que conseguir sea posible:

a) *Ropas, vestidos y otras cosas menores*

El artículo 1420 del Código civil dispone que «No se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho de que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva.»

En su edición comentada de dicho Cuerpo legal, el Profesor Bonet opina que el 1374 —incluido en la Sección que trata «De la restitución de la dote»— no estorba a la aplicación del anteriormente transcrito. Me permito opinar que, además, le sirve de complemento cuando el cónyuge premuerto es el marido:

«Se entregará a la viuda, sin cargo a la dote, el lecho cotidiano con todo lo que lo constituya, y las ropas y vestidos del uso ordinario de la misma.»

Para este mismo supuesto, el último inciso del párrafo segundo del artículo 1379 dispone que «En todo caso se pagarán a la viuda, del caudal de la herencia —que es la mitad de los bienes inventariados, pertenecientes a la comunidad conyugal foral—, los vestidos de luto.»

Y por último, según el 1430, «De la masa común de bienes se

darán alimentos al cónyuge superviviente y a sus hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste, en la parte en que excedan de lo que les hubiese correspondido por razón de frutos o rentas.»

En mi opinión, de estas pequeñas atribuciones patrimoniales, cuyos objetos tienen valor puramente afectivo, ninguna debe ser considerada incompatible con la existencia de la comunidad absoluta de bienes en el matrimonio, que el vigente Fuero del Baylló comporta; antes bien, están de acuerdo con el sistema de su «partición como gananciales», que es el segundo efecto del mismo.

b) *Derechos hereditarios del cónyuge viudo*

Llegado el momento de disolverse la comunidad matrimonial de bienes, por causa de muerte de uno de los cónyuges, pueden nacer para el supérstite derechos hereditarios de diversa naturaleza y origen: La llamada legítima viudal, la cualidad de heredero o legatario atribuida en disposición testamentaria, y la comprensiva de todos los bienes de la herencia como heredero ab-intestato.

1.º El fundamento humano de la *legítima viudal* aparece expuesto por Lino Rodríguez-Arias Bustamante (143), quien refiere los atisbos advertidos en el Fuero Juzgo, Fuero Real, Código de las Partidas y algunos Fueros Municipales; añadiendo: «estos precedentes de nuestro Derecho fueron conservados en Aragón y Navarra, mientras que, por otra parte, se habían borrado por el desuso en la vida jurídica de Castilla, donde sus leyes estaban huérfanas de precepto alguno protector del viudo en la aflictiva situación en que podía quedar con el fallecimiento de su cónyuge» (pág. 12).

El maestro Castán (144), haciéndose cargo de tal situación,

(143) "La naturaleza jurídica de la institución del cónyuge supérstite en el Derecho español", separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1949.

(144) Libro citado en la nota diecinueve, séptima edición, t. VI, vol. II, revisado y puesto al día por Batista Montero-Ríos, Castán Vázquez y Vallet de Goytisolo, 1973, pág. 583.

escribió que «los legisladores modernos se encontraron frente a la necesidad apremiante de arbitrar medios jurídicos con que favorecer la suerte del cónyuge viudo, decidiéndose por concederle una reserva o legítima como la que ya la tradición romana aseguraba a favor de otros íntimos allegados.»

Se ha discutido mucho sobre la naturaleza del derecho sucesorio reconocido al cónyuge viudo, respecto a la cual la Jurisprudencia se ha mostrado indecisa y vacilante.

Felipe Clemente de Diego —en su obra citada en la nota cien, tomo III, pág. 210— opinaba: «Quede, pues, abierta la cuestión, aunque haya que propender en términos de derecho positivo y atendiendo a la ley española, por tener al viudo como heredero, aunque rebajado de algunos de sus efectos normales.»

Juan Vallet de Goytisolo (145) se pronuncia en los siguientes términos: «El Código civil, en el artículo 807, señala como herederos forzosos —enumerándolos a continuación de los hijos y descendientes legítimos y de los padres y ascendientes legítimos— "al viudo o viuda, a los hijos naturales legalmente reconocidos y al padre o madre de éstos". Y no obstante cualquiera que sea la calificación que merezca la naturaleza de los derechos legítimos de descendientes y de ascendientes, no cabe duda que la denominación de "herederos forzosos" no resulta siempre exacta, aplicada al cónyuge viudo o a los hijos naturales.»

«Herencia y usufructo son términos incompatibles. El usufructuario o no es heredero, o, si lo es, no es un verdadero usufructuario, sino un fiduciario. Designado, por la ley o testamentariamente, como heredero en usufructo, es un *heres ex re certa*, al que debe aplicarse la doctrina característica de esta institución. En el Código civil, el art. 768.»

«En conclusión, tanto el Código civil (en sus arts. 807 y 855) como la jurisprudencia, cuando llaman heredero forzoso al viudo no emplean la palabra heredero en su significación estricta, sino en un sentido muy general, lato e impropio.»

(145) *Apuntes de derecho sucesorio*, Madrid, 1955, págs. 26, 27 y 31.

Francisco Espinar Lafuente (146), por el contrario, opina: «Nosotros sostenemos que el cónyuge viudo es siempre *heredero* en la sucesión del premuerto, en todos los casos, es decir, 1.º Si es heredero único *ab intestato* (art. 952). 2.º Si concurre con otros herederos (legales o electivos), aun cuando no haya sido instituido por el testador, tenga o no participación en gananciales, y haya o no recibido algún legado, es decir, aunque sólo hubiere de percibir la *adjudicación en usufructo* que regulan los arts. 834 ss.»

Rodríguez-Arias, en el trabajo que ha sido citado en la nota ciento cuarenta y tres, resume que «hoy día es casi unánime la opinión entre los juristas que estudian esta materia, de *negar al cónyuge viudo el carácter de heredero*, basándose, principalmente, en los artículos 834, 838, 661 y 1003 de nuestro Código civil, pues aunque algunos de ellos alegan también el que "la preterición del viudo o viuda no anula la institución de heredero" (art. 814, 2.º), dicho argumento carece de solidez contra la consideración hereditaria del cónyuge, ya que éste al suceder a título de usufructo en los bienes, caso de ser preterido, podría perseguir los dejados en propiedad que estén gravados con aquél, no ocasionándole, por tanto, ningún perjuicio la preterición del testador» (pág. 47).

Y en la 5.ª de las conclusiones que ponen fin a su trabajo, afirma: «es un *sucesor a título legitimario*, cuya cuantía depende de la liquidación de la masa herencial, con la diferencia de los herederos-legitimarios —entre otras cosas—, de no necesitar del beneficio de inventario, lo que nos lleva a la afirmación de su distinta consideración legal, negándole la de heredero "in strictu", pues de una manera directa no es en ningún caso sucesor de la persona y patrimonio del causante, ni responsable de las deudas "ultra vires"; si bien, indirectamente, éstas le afectan en cuanto a la determinación de su porción hereditaria» (pág. 70).

Opina el Profesor Castán, en el volumen citado en la nota ciento cuarenta y cuatro, que «aparte algunos autores que han considerado al cónyuge viudo "como heredero, aunque rebajado de alguno de sus efectos normales" o "*sui generis* o con matices

(146) *La herencia legal y el testamento* (Estudio doctrinal y de Derecho positivo), Barcelona, 1956, pág. 422.

especiales", como dice la sentencia de 9 de junio de 1949, ha predominado en general la opinión de que el cónyuge viudo en cuanto legitimario no es heredero» (págs. 590 y sig.).

Y sobre el problema de la aplicación del usufructo viudal en la sucesión intestada, añade: «Hoy día, a partir de la reforma del Código en 1958, la cuestión ha quedado zanjada con la adición al artículo 953 de un inciso que dice: "la legítima que en todo caso corresponda al viudo en la sucesión intestada"» (pág. 595).

Después de la necesaria meditación, me he convencido de que debo rectificar y modifico, radicalmente, la opinión que expuse en ocasión anterior acerca del punto que vengo examinando. Y así, mantengo que, al disolverse por causa de muerte los matrimonios sometidos al Fuego, el cónyuge sobreviviente no puede adquirir derecho a la cuota viudal usufructuaria, porque en tal supuesto —habida cuenta que en dicho régimen le pertenece al mismo la mitad de los bienes— no se presenta la situación de desamparo económico para cuyo remedio humano fue instrumentada en nuestro Derecho civil común la mencionada participación legitimaria.

«El triste espectáculo de la mujer que, viviendo la víspera en la abundancia, desciende a la miseria al siguiente día por su viudez —escribió Clemente de Diego en la pág. 206 del t. III de su obra citada en la nota cien—, preocupó a los legisladores y se evitó en parte por las legislaciones históricas a virtud de otras instituciones: dote, *comunidad de bienes conyugal*...»

En el mismo sentido, Castán Tobeñas: «Los derechos sucesorios del cónyuge viudo tienen origen bastante moderno, quizá porque la exigencia a que responden resultó en las legislaciones históricas atendida por diversas instituciones del Derecho de familia. La dote germana del marido, la romana de la mujer, los *sistemas de comunidad matrimonial de bienes*, etc., han provisto a la necesidad de asegurar, en una u otra forma, la subsistencia decorosa de la mujer, o, en general, del cónyuge, durante su viudez» (páginas 582 y sig. de la obra y volumen citados en la nota ciento cuarenta y cuatro).

Según entiendo, tan autorizadas opiniones abonan la incompatibilidad entre el régimen de comunidad matrimonial de bienes y la cuota viudal hereditaria, porque debe considerarse suficiente uno de los dos remedios.

Por último, la conocida similitud sustancial que presentan el Fuero del Baylío y la Carta de meetade portuguesa, creo atribuye gran importancia en este punto al argumento de la analogía:

En el apartado C) del Capítulo IV quedó expuesto cómo en el Código civil portugués de 1867 estaba consagrado como supletivo el régimen comunitario en que la Carta consiste, al disponer en su artículo 1098 que «a falta de cualquier acuerdo o convenio, entiéndese que el casamiento es becho según la costumbre del reino».

Pero al tratar «De la legítima y de las disposiciones inoficiosas» en la Sección III, del Capítulo II, del Título II del Libro III, el artículo 1784 menciona en su párrafo primero como legitimarios «a los herederos en línea recta ascendente o descendente», y en el 1785 incluye también los hijos legitimados y los adoptivos. No menciona al cónyuge viudo, precisamente, porque éste tiene derecho a la mitad de los bienes de la comunidad matrimonial (artículo 1123).

Sobre este particular se mantiene la misma situación en el nuevo Código vigente en el país hermano (aprobado por Decreto-ley de 25 de noviembre de 1966); en el cual —no obstante la circunstancia de que aquel régimen comunitario de bienes en el matrimonio dejó de ser el régimen supletivo y pasó a ser considerado como uno de los permitidos y necesitado de convención expresa antenupcial—, «Son herederos legitimarios los descendientes y los ascendientes, por el orden y según las reglas establecidas en los artículos 2133 a 2138» (art. 2157).

2.º Por el contrario, estimo que los derechos atribuidos por el premuerto a su cónyuge, bien a título universal, bien a título singular, y los que a éste le puedan corresponder como heredero ab intestato en virtud del llamamiento contenido en el artículo 952 («A falta de hermanos y sobrinos, hijos de éstos, sean o no de

doble vínculo, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no estuviese separado por sentencia firme de separación personal»), son perfectamente compatibles con los que devienen en favor del supérstite por su cualidad de aforado:

Los nacidos de disposiciones testamentarias, por los propios fundamentos que justifican la sucesión de esta naturaleza: «aconsejada por razones de conveniencia social, pues constituye un acicate poderoso para el trabajo y para el ahorro, para el incremento de la producción y de la riqueza. Lo que hay es que el derecho individual de testar ba de estar y está limitado en las legislaciones por el derecho familiar de los herederos forzosos».

«Fin esencial de la función del intérprete del testamento es descubrir y declarar la voluntad del testador.»

(Castán Tobeñas, volumen últimamente citado, págs. 13 y 305.)

Y los que por ley tiene el viudo como heredero ab intestato, porque «la sucesión intestada tiene su fundamento en las exigencias combinadas de la familia, que obligan a proteger el orden natural de los afectos y el de los deberes que median entre sus miembros, y las de la sociedad, que contrapesan y limitan ese elemento familiar y hacen entrar en juego en la sucesión legítima diversos intereses, de orden corporativo, económico, fiscal, etcétera, que pueden llegar a determinar incluso que la herencia sea absorbida por el Estado o por determinadas entidades, cuando faltan parientes en grado suficientemente próximo para que se conserve la conciencia de la unidad de la familia» (el mismo autor, obra y tomo mencionados, vol. III, año 1971, págs. 37 y sig.).

Es claro que unos y otros derechos solamente pueden recaer sobre toda o parte de la mitad del haber líquido comunitario —importe de los bienes inventariados, menos el de todas las deudas pendientes, sin discriminación entre éstas por razón de su origen—; es decir, sobre el caudal relicto propiamente dicho.

c) *Reserva hereditaria común*

El ilustre Profesor Antonio Hernández Gil (147) denomina con las palabras estampadas en el epígrafe la que el Código civil regula en la Sección segunda del Capítulo V, del Título III del Libro Tercero, «para distinguirla de la tan debatida reserva del artículo 811, llamada lineal o troncal». Luis Gómez Morán (148) la denomina «Reserva vidual», y Francisco Bonet Ramón, en su Código civil comentado, «reserva ordinaria o común» y también «reserva tradicional e histórica».

Según el nombrado Gómez Morán, es en la Ley XV de Toro «donde primeramente y de un modo claro se regula en nuestro Derecho la institución de la reserva» (pág. 45 de la citada monografía).

Más adelante y sobre la naturaleza de la institución, escribe: «parece que la tesis más aceptable es la de considerar la reserva como una propiedad a favor del cónyuge supérstite, sujeta al cumplimiento de condiciones que, una vez cumplidas, producen efectos retroactivos. Tales condiciones son: que el viudo contraiga o no ulterior matrimonio o tenga un hijo natural en estado de viudez, y que a su muerte sobrevivan los hijos del primer enlace» (páginas 55 y sig.).

«llegado el caso de que el viudo pretenda casarse, y sólo en este caso, conforme a la sentencia de 3 de diciembre de 1931, deberá inventariar todos los bienes sujetos a reserva, tasar los muebles y hacer constar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables que tienen los inmuebles, bien en el fondo de la inscripción, si fueren objeto de ésta, o bien en la nota que al margen de ella se consigne, caso de que los referidos bienes estuviesen inscritos con anterioridad en el mencionado Registro» (pág. 61).

(147) *Lecciones de derecho sucesorio* (Resumen de explicaciones de Cátedra), Madrid, 1971, págs. 144 y sigs.

(148) *Las reservas en el Derecho español y en el comparado (su naturaleza, efectos y problemas relacionados con ellas)*, Oviedo, 1949.

Por su parte, Hernández Gil también ha matizado con su extraordinaria maestría:

«algunos rasgos de la institución —no ella en sí— se encuentran en el derecho romano y, en concreto, en las disposiciones sancionadoras de las segundas nupcias —referidas, primero, sólo a la mujer y, después, también al varón—, obra principalmente de los emperadores cristianos» (pág. 144).

Con el fin de configurar la institución de que tratamos en este apartado, parece suficiente la transcripción de los artículos que siguen:

«el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales» (del artículo 968).

«La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste» (art. 969).

«La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos será aplicable al viudo o viuda que, aunque no contraiga nuevo matrimonio, tenga, en estado de viudez, un hijo natural reconocido, o declarado judicialmente como tal hijo» (párrafo primero del 980).

Añade Hernández Gil que «la reserva del artículo 968 surgió como medida sancionadora de las segundas nupcias. Eran éstas mal vistas y consideradas, y el derecho civil, en conexión con la conciencia social, reaccionaba ante ellas imponiendo verdaderas penas pecuniarias.

«Si la institución se mantiene modernamente, no es en razón de ese fundamento inicial. Las segundas nupcias, por sí, no se reprueban jurídica, social ni moralmente. Mas si la institución.

la estructura jurídica que se ideó para atender a aquella finalidad se mantiene, será porque sirva también a otra función. Según se reconoce unánimemente por los que transigen con la institución de la reserva, su razón de ser radica ahora en la protección del interés de la descendencia del primer matrimonio» (págs. 146 y siguientes del libro citado).

Para mí, esta conveniente institución es aplicable, sin género alguno de duda, al viudo o viuda que había formado parte de un matrimonio sometido al régimen especial consagrado en nuestro Fuero; puesto que las obligaciones que aquélla impone al reservista no pueden afectar de ningún modo al patrimonio de la comunidad mientras ésta subsiste —porque a la sazón no ha nacido la reserva hereditaria común—, ni tampoco a la mitad de los bienes que, desde el momento de producirse la disolución del conjunto comunitario, corresponde como copartícipe del mismo al cónyuge supérstite.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIRRE, Joaquín: *Febrero, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, etcétera*. Madrid, 1842, t. I. (Véase Florencio García Goyena.)
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona, 1963. (Véase José Luis Lacruz.)
- *Instituciones de Derecho civil*, t. I. Barcelona, 1960.
- ALBI, Fernando: *El Corregidor en el Municipio español bajo la Monarquía absoluta*. Madrid, 1943.
- ALGUER, José: Véase la referencia en Blas Pérez González.
- ARRIBA PORTALES, Pedro: "Algunas anomalías del Fuero del Baylío y de su aplicación conjunta con instituciones del Código civil", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. XVIII, año 1945.
- AYERVE DE AYORA, Antonio: *Tratatus de partitionibus bonorum inter conjuges, parentes et liberos*, MDCLVII.
- BARRACHINA PASTOR, Federico: *Derecho Foral Español*, tomo 1, año 1911.
- BATLLÉ VÁZQUEZ, Manuel: "Sobre la determinación del régimen matrimonial de bienes en caso de diversa regionalidad de los esposos", en *Revista de Derecho Privado*, año 1932.
- BENEYTO PÉREZ, Juan: *Instituciones de Derecho histórico español*, 1.^a edic., volumen 1, año 1930.
- "Los conflictos interregionales", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 1927.
- BENÍTEZ LÓPEZ, Florencio: "Extremadura y su Fuero del Baylío", en *Revista de Extremadura*, Órgano de las Comisiones de Monumentos de las dos provincias. Cáceres, t. I, año 1899.
- BERJANO ESCOBAR, Daniel: Nota de la Redacción de la *Revista de Extremadura*, a continuación del trabajo del autor anterior.
- BOLETÍN OFICIAL DEL COLEGIO NOTARIAL DE CÁCERES: Nota reproducida en la *Gaceta de Registradores y Notarios*, año XIX, núm. 901.
- BONET RAMÓN, Francisco: *Compendio del Derecho civil*. Madrid, t. IV, año 1960.
- *Código civil comentado*. Madrid, 1962.
- X BORRALLO SALGADO, Teófilo: *Fuero del Baylío. Estudio histórico jurídico*. Badajoz, año 1915.
- X BOZA VARGAS, Juan: *El Fuero del Baylío*. Fregenal (Badajoz), año 1898.
- BRAGA DA CRUZ, Guilherme: "Regimes de bens do casamento. Disposições gerais. Anteproyecto dum capítulo do novo Código civil (Articulado e exposição de motivos)", en *Boletim do Ministerio de Justiça*, núm. 63. Lisboa, año 1957.

- BUEN, Demófilo de: *Introducción al estudio del Derecho civil*. Madrid, 1932.
- BUYLLA, J.: "El Fuero del Baylío y el Código civil", en *Anales de la Universidad de Oviedo*, año II, 1902-1903.
- BYNG, Edward J.: *El mundo de los árabes*. Madrid, 1956.
- CARVALLO, Wenceslao José: "Fuero del Baylío. Necesidad de su aplicación uniforme por los Registradores", en *Gaceta de Registradores y Notarios*. Madrid, núm. 887, 4 diciembre 1879.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral*, t. I, vol. I, 10.^a edic., año 1962, y t. V, vol. I, 7.^a edic., año 1954.
- *Derecho civil foral*, 2.^a edic., Madrid, 1932.
- *Derecho civil español común y foral*, 7.^a edic., t. VI, vol. II. Madrid, 1973.
- Véase otra referencia en Blas Pérez González.
- CASTRO, Américo: *La realidad histórica de España*. México, D.F., 1954.
- CASTRO, Artur A. de: *História de Direito Português (Direitos de família: Casamentos e Regimes de bens)*. Coimbra, 1930. (Véase Mario M. Rymão Nogueira.)
- CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*, Parte General, t. I, 3.^a edic., año 1955, y t. II, vol. I, año 1952.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1930.
- CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS: 12.^a edic. oficial, Lisboa, 1927.
- COELHO DA ROCHA, M. A.: *Instituições de Direito civil português*, t. I, Lisboa, 1907.
- COLECCIÓN DE DECRETOS DE LAS CORTES, t. VI, Madrid.
- COLECCIÓN LEGISLATIVA DE ESPAÑA: Segunda serie. Parte tercera, Jurisprudencia civil, vol. I de 1896.
- CORREA TELLES, J. H.: *Digesto português ou Tratado dos direitos e obrigações civis, relativos as pessoas de uma família portuguesa, para servir de subsidio ao novo Código civil*, t. II, 3.^a edic. Coimbra, 1846.
- COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *La sociedad de gananciales*. Inst. Nac. de Estudios Jurídicos. Madrid, 1963.
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín: *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*. Madrid, 1880.
- *La vida del Derecho (Ensayo sobre el Derecho consuetudinario)*. Madrid, 1914.
- CHAVES, Bernabé de: *Apuntamiento legal sobre el dominio solar, que por expresas reales donaciones pertenece a la Orden de Santiago en todos sus pueblos...* Sin año, pero ya lo citaba la Real Academia de la Historia en el de 1852.
- DÍAZ-BENITO, Angel: "Un punto de Derecho interprovincial", en *Gaceta del Notariado Español*, año 1909.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: 19.^a edición, año 1970.
- DOCUMENTOS HISTÓRICOS REFERENTES A EXTREMADURA, t. I. Badajoz, 1910.
- DUARTE INSÚA, LINO: *Historia de Albuquerque*. Badajoz, 1929.
- DUCHESNE, R. P.: *Compendio de Historia de España*, traducción del R. P. José Francisco de Isla, t. II. Barcelona.
- EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS: Año de 1934, 24 de febrero.
- ESCOSURA Y ESCOSURA, Rafael: Consulta publicada en *La reforma legislativa*, de la que era Director.

- *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, tomo III, año 1900. (Véase León Galindo de Vera.)
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español*, vol. I. Madrid, 1951.
- ESPINAR LAFUENTE, Francisco: *La herencia legal y el testamento (Estudio doctrinal y de Derecho positivo)*. Barcelona, 1956.
- ESTÉBANEZ CALDERÓN, Serafín: *De la conquista y pérdida de Portugal*, t. I. Madrid, 1885.
- FALCÓN, Modesto: "Conflictos civiles de Derecho interregional", en *Revista de los Tribunales*, año 1891.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Gonzalo: "El Derecho interregional", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 1905, t. 106 y 107.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, José: "Fuero del Baylío", en *Revista de Extremadura*, t. VIII, año 1906.
- FITA, Fidel: "Templarios, Calatravos y Hebreos", en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, t. XIV (1889).
- "Ceuta visigoda y bizantina durante el reinado de Teudis", en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, t. LXVIII, año 1916.
- FONT RÍFUS, José María: "La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho medieval hispánico", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VIII.
- FORTUNY COMAPOSADA, Francisco: *Régimen de bienes en el matrimonio*. Barcelona, 1962.
- GALINDO DE VERA, León: Véase la referencia segunda en Rafael de la Escosura y Escosura.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: *La cesión de contratos en el Derecho español*. Madrid, 1964.
- GARCÍA BARRIUSO, P. Patrocinio: *Derecho matrimonial islámico y matrimonios de musulmanes en Marruecos*. Madrid, 1952.
- GARCÍA GALLO, Alfonso: "Aportación al estudio de los fueros", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXVI, año 1956.
- GARCÍA GÓMEZ, Emilio: Introducción al t. IV de la *Historia de España* que dirige Ramón Menéndez Pidal. Madrid, 1950.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: (Véase la referencia en Joaquín Aguirre).
- GARCÍA DE GREGORIO, Eugenio: "Fuero del Baylío", en *El Faro Nacional*, año segundo, núm. 130, 23 de septiembre de 1852.
- GÓMEZ MORÁN, Luis: *Las reservas en el Derecho español y en el comparado (su naturaleza, efectos y problemas relacionados con ellas)*. Oviedo, 1949.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, 10.^a edic. Madrid, 1871. (Véase Juan Manuel Montalbán.)
- GÓMEZ VILLAFRANCA, Román: Prólogo en el libro de Teófilo Borrallo.
- GUIMARAES MONTEIRA, José Augusto: *Código civil português de 1966*, con Índice alfabético de materias. Porto, 2.^a edic.
- HENAO MUÑOZ, Manuel: *Crónica General de España*, t. III. Madrid, 1870.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Lecciones de Derecho sucesorio* (Resumen de explicaciones de Cátedra). Madrid, 1971.
- HINOJOSA NAVEROS, Eduardo de: *El elemento germánico en el Derecho español*. Madrid, 1915.
- *Historia general del Derecho español*, t. I, 2.^a edic. Madrid, 1924.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis: (Véase la referencia en Manuel Albaladejo García).
- “Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963.
- *Derecho de familia*. Barcelona, 1966.
- LALAGUNA, Enrique: “Ineficacia civil de matrimonio por vínculo precedente”, en *Anuario de Derecho Civil*, año 1963.
- “El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio”, en *Anuario de Derecho Civil*, año 1961.
- *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*. Pamplona, 1969.
- LASALA SAMPER, José María: “El régimen económico legal del matrimonio en el Derecho interregional”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 191, año 1952.
- *El régimen matrimonial de bienes*. Barcelona, 1954.
- “La norma española de conflicto sobre régimen legal de bienes del matrimonio”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. IV, año 1951.
- LÉVI-PROVENÇAL, E.: “Historia de la España musulmana”. Su primer volumen constituye el t. IV de la *Historia de España* editada por Espasa-Calpe. Madrid, 1950.
- LEWIS, Bernard: *Los árabes en la historia*. Madrid, 1956.
- LÓPEZ ORTIZ, P. José: *Derecho musulmán*. Colección Labor, 1932.
- LORAQUE E IBÁÑEZ, Odón: *Repertorio alfabético de la Jurisprudencia hipotecaria*, t. II. Andújar (Jaén), 1935, y Apéndice, Andújar, 1942.
- MADOZ, Pascual: *Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico de España y sus posesiones de Ultramar*. Madrid, t. I, año 1845; t. IX, año 1847, y t. XII, año 1849.
- ✕ MADRID DEL CACHO, Manuel: *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*. Córdoba, 1963.
- ✕ MAHILLO SANTOS, Juan: “Estudio sobre el Fuero del Baylío”, en *Revista de Estudios Extremeños*, t. XIV, año 1958.
- MANRESA NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, t. I, año 1943.
- MANRIQUE, Cayetano: *Historia de la legislación y recitaciones del Derecho civil de España*, t. II, año 1861. (Véase Amalio Marichalar.)
- MARICHALAR, Amalio: Véase la referencia anterior.
- MÁRQUEZ DE PRADO, José A.: *Historia de la plaza de Ceuta*. Madrid, 1859.
- MARTÍNEZ MARINA, Francisco: “Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla...”. Madrid, MDCCCXVIII.
- MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Matías Ramón: *El libro de Jerez de los Caballeros*. Sevilla, 1892.
- *Historia del Reino de Badajoz durante la dominación musulmana*. Badajoz, 1904.
- ✕ MARTÍNEZ PEREDA, Matías: “El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho celtibérico”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1925.
- MENÉNDEZ PIDAL, Ramón: *Carácter originario de Castilla*, t. 501 de la Colección Austral. Madrid, 1955.
- *El Imperio hispánico y los cinco reinos*. Madrid, 1950.

- *Los godos y la epopeya española*, t. 1275 de la Colección Austral. Madrid, 1956.
- *La España del Cid*. Buenos Aires, 1939.
- “Introducción” al t. III de la *Historia de España* editada por Espasa-Calpe. Madrid, 1940.
- MEREA, Manuel Paulo: *Evolução dos regimes matrimoniais*, vol. I y II. Coimbra, 1913.
- “Estudos sôbre a historia dos regimes matrimoniais”, en *Boletim da Faculdade de Direito de la Universidad de Coimbra*, vol. XVIII, año 1942, y vol. XIX, año 1943.
- ✕ MINGUIJÓN ADRIÁN, Salvador: “Fuero del Baylío”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. X. Barcelona, 1960.
- MIRIANO, Sebastián de: *Diccionario Geográfico-Estadístico de España y Portugal*, t. V.
- MONTALBÁN, Juan Manuel: Véase referencia en Pedro Gómez de la Serna.
- MORELL Y TERRY, José: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. II, 2.ª edición. Madrid, 1927.
- MOTA, Horacio: “Las Ordenes militares en Extremadura”, en *Revista de Estudios Extremeños*, t. XXV. Badajoz, 1969.
- ✕ MOUTON Y OCAMPO, Luis: “Fuero del Baylío”, en la *Enciclopedia Jurídica Española*, 1.ª edic., t. XVI.
- *Diccionario de Derecho civil foral compilado y consuetudinario*. Madrid, 1904.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: *Comentarios al Código civil*, t. I, 6.ª edic. Madrid, 1949.
- MUÑOZ ROMERO, Tomás: “Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra: coordinada y anotada”. Madrid, 1847.
- NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA, t. V.
- OLIVEIRA MARTINS, Joaquín Pedro: *Historia da Civilização Ibérica*. Lisboa, 1923.
- *Historia de Portugal*, t. I. Lisboa, 1927.
- ORDENAÇÕES E LEYES DO REYNO DE PORTUGAL, confirmadas e estabelecidas pelo Senhor Rey D. João IV, novamente impresas... por mandado do Rey D. João V”, vol. II, Lisboa, 1747.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas: “Comparación y anotación del t. IV, vol. I, del Tratado de Derecho civil, por Kipp y Wolff”. Barcelona, 1947.
- PLANITZ, Hans: *Principios de Derecho privado germánico*. Barcelona, 1957.
- PRIETO BANCES, Ramón: “Instituciones económicas, sociales y político-administrativas de la península hispánica durante los siglos V, VI y VII”, en el t. III de la *Historia de España* que edita Espasa-Calpe. Madrid, 1940.
- PRÍNCIPE DE LA PAZ: *Memorias*. Biblioteca de Autores Españoles, t. 88. Madrid, 1956.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, t. IV, vol. I (El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes). Barcelona, 1967.
- PUIG FERRIOL, Luis: “Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1966.
- PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho civil español*, t. II, vol. I. Madrid, 1947.

- *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, vol. I. Barcelona, 1966.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, Manuel: "El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta", en *Anuario de Derecho civil*, t. XV, año 1958.
- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección de fueros y cartas-pueblas de España*. Madrid, 1852.
- REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA: t. XX y LXXIX, primera parte.
- REVISTA DE LOS TRIBUNALES Y DE LEGISLACIÓN UNIVERSAL: t. XLVIII. Madrid, 1914.
- REYMAO NOGUEIRA, Mario M.: Véase la referencia en Artur A. de Castro.
- RICA Y ARENAL, Ramón de la: *Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario*. Madrid, dos tomos, años 1948 y 1949.
- *Comentarios a la reforma del Reglamento hipotecario*. Madrid, 1959.
- RINCÓN JIMÉNEZ, Jesús: *Memorial oliventino*, vol. I. Badajoz, 1917.
- RODRÍGUEZ AMAYA, Esteban: "La tierra en Badajoz desde 1230 a 1500", en *Revista de Estudios Extremeños*, t. VII, año 1951.
- "Olivenza y la frontera portuguesa hasta 1297", en la citada Revista, t. IX, año 1953.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: "La naturaleza jurídica de la institución del cónyuge supérstite en el Derecho español", en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 1949.
- RODRÍGUEZ CAMPOMANES, Pedro: "Disertaciones históricas del Orden, y Cavallería de los Templarios, o Resumen historial de sus principios, fundación, Instituto, progresos, y extinción en el Concilio de Viena". Madrid, 1747.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Derecho de familia*. Sevilla, 1949.
- SÁNCHEZ, Galo: *Curso de Historia del Derecho*. Madrid, 1952.
- SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio: *La España musulmana según los autores islámicos y cristianos medievales*, t. I. Buenos Aires, 1946.
- *España, un enigma histórico*, t. I. Buenos Aires, 1956.
- "Algo más sobre lo pre-muslim en la España musulmana", en libro *De ayer y de hoy*. Madrid, 1958.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. I, año 1898.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: Véase la referencia en José Luis Lacruz Berdejo.
- SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I. Madrid, 1947.
- SERGIO DE SOUSA, Antonio: *Historia de Portugal*. Editorial Labor, 2.ª edic., año 1958.
- SILVA CARVALHO, Eduardo José da: *As formas do régimen matrimonial*, t. I (Comunhão Geral de bens). Villa Nova de Famalição, año 1893, y t. III (Do régimen dotal). Porto, 1921.
- SIMO SANTONJA, Vicente Luis: "Problemática conceptual en el Derecho interregional español", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 208, año 1960.
- SOUSA, Francisco A.: "Varie repetitionis ad I. foeminae, ff. de regulis iur. et ad actionum instit. de actionibus; comentario ad Tit. Digest. de pactis". Amberes, 1618.
- TOMPSON, E. A.: *Los godos en España*. Madrid, 1971.

- TORRES, Manuel: Véase la referencia en Ramón Prieto Bancés.
- "La Península Hispánica, provincia romana", Tft. II del t. II de la *Historia de España* editada por Espasa-Calpe. Madrid, 1935.
- "Las invasiones y los reinos germánicos en España", en el t. III de la *Historia de España* editada por Espasa-Calpe. Madrid, 1940.
- TRÍAS DE BES, J. M.: *Derecho Internacional privado*. Barcelona, 1940.
- UREÑA, Rafael de: "Derecho foral", en la *Enciclopedia Jurídica Española*, 1.ª edic., t. XI.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Apuntes de Derecho sucesorio*. Madrid, 1955.
- VALLVÉ BERMEJO, Joaquín: *Contribución a la historia medieval de Ceuta hasta la ocupación almordvide*. Madrid, 1962.
- VALVERDE VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho civil español*, t. I. Valladolid, 1935.
- VILLARREAL, Isidro: "El Fuero del Baylío", en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*. Madrid, 21 diciembre 1929, t. LXIII.