

Diego Angulo Laguna

**DERECHO PRIVADO
DE VIZCAYA**

Clásicos de Derecho Vasco
Euskal Zuzenbidearen Klasikoak

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia



Diego Angulo Laguna

DERECHO PRIVADO DE VIZCAYA

Introducción y edición

José M^a Arriola Arana

6. Clásicos de Derecho Vasco
Euskal Zuzenbidearen Klasikoak



Bizkaiko Foru Aldundia
Diputación Foral de Bizkaia



JUSTITIA, LAN, ETA
GIZARTE SEGURANTZA SALA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



AVD-ZEA

Academia
Vasca de
Derecho

Zuzenbidearen
Euskal
Akademia

BILBAO 2006



AVD-ZEA

Academia Vasca de Derecho

Zuzenbidearen Euskal Akademia

- © De la presente edición: Academia Vasca de Derecho.
Zuzenbidearen Euskal Akademia.
- © Introducción / Sarrera: José M^a Arriola Arana

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, almacenada o transmitida, en todo o en parte, en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, mecánico, de fotocopia, de grabación magnética u otro sistema de almacenamiento o recuperación de la información, sin permiso previo del editor y los autores.

Eskubide guztiak erreserbatuak daude. Argitalpen hau, zatiz edo osorik, ezin kopiatu daiteke ez eta bildu edo igorri inola ere, dela elektrikaz, dela mekanikaz, dela fotokopiaz, dela grabazio magnetikoz, dela bestelako informazio biltze eta berreskuratze sistemaz, baldin eta lehendaurrez egileen eta argitaratzailearen baimenik ez badu.

ÍNDICE GENERAL / AURKIBIDEA
DERECHO PRIVADO
DE VIZCAYA

6. La Colección “Clásicos de Derecho Vasco”
“Euskal Zuzenbidearen Klasikoak” bilduma:

Presentación del Presidente de la Academia, D. Adrián Celaya Ibarra VII

Adrian Celaya Ibarra jn., Akademiako lehendakariaren aurkezpena IX

Prólogo XV

Edición facsímil (Texto)

A manera de prólogo 5

Derecho Privado de Vizcaya 7

Índice 273-275



LA COLECCIÓN "CLÁSICOS DE DERECHO VASCO"

La Academia vasca de Derecho acaba de nacer. No se puede esperar que sus primeros pasos sean firmes y sólidos como los de un adulto, pero quienes estamos dirigiendo esta puesta en marcha debemos procurar que cuanto antes la Academia comience a hacer cosas importantes.

Hasta ahora, han ocupado nuestras horas las tareas de gestión y organización, hemos redactado algunos boletines e intentamos crear Secciones de trabajo que pronto deben ser una realidad y confío en que esté próxima la hora en que nuestra actividad se acelerará.

Entretanto, la Junta Directiva ha considerado como una necesidad la edición de algunos textos veteranos que ya no están al alcance del público. En especial en el campo del Derecho civil, las obras maestras de nuestro Derecho se publicaron entre los últimos años del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX. Siguieron muchos años de silencio en los que la pasión política no permitía la reflexión serena que el estudio de las normas civiles exige.

En los últimos años asistimos a un resurgimiento de estos estudios, pero cualquiera que lea a los tratadistas actuales se percató de que no han tenido más remedio que estudiar y referirse constantemente a los del pasado, cuyos textos desaparecieron hace mucho de las librerías y sólo con cierta fortuna se pueden encontrar en alguna librería de viejo.

La juventud actual debe conocer aquellos textos de los civilistas de hace años y la Academia pretende reunir los más importantes en esta colección. Con esta intención hemos publicado ya dos textos esenciales para iniciarla, el tratado de *Derecho civil de Vizcaya*, de Rodrigo Jado Ventades, que es la mejor descripción de lo que nuestro Derecho civil fué en sus mejores tiempos, y con la que abrimos la colección, y las *Actas de la Comisión de Codificación de Vizcaya y Álava* publicadas en el año 1900, que son la mejor muestra del pensamiento civilista de aquella época.

Se han publicado también en esta colección otros dos libros fundamentales de derecho civil vasco: *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya* de Luis Chalbaud y los *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya* de José Solano.

Se publican ahora, a continuación de los anteriores dos títulos clásicos del derecho civil vasco: *Territorios Sometidos al Fuero de Vizcaya* y *Derecho Privado de Vizcaya*.

Del mismo modo que la bibliografía sobre el Derecho civil español es fácilmente conocida por los estudiosos, pretendemos que el conocimiento del Derecho vasco, histórico y actual, sea también asequible a todos.

Adrian Celaya,

Presidente.

Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademia

“EUSKAL ZUZENBIDEAREN KLASIKOAK” BILDUMA

Euskal Zuzenbidearen Akademia jaioberria da. Halakoa izanik, beraren lehenengo urratsak ezin sendo eta irmo izan, ez baita oraindik izaki heldua. Alabaina, akademiaren zuzendaritzan dihardugunok berebiziko ahaleginak egingo ditugu, akademiak ahalik arinen saio garrantzitsuak egin ditzan.

Orain arte, kudeaketa- eta antolaketa-eginkizunetan eman ditugu orduak; aldizkari baten zenbaki batzuk idatzi eta argitaratu ditugu; eta, era berean, lan-taldeak sortzen saiatu gara. Hemendik gutxira, lan-taldeok errealitate bihurtuko dira eta gure ametsa da epe laburrean Akademiaren jarduera bizkortzea.

Bien bitartean, zuzendaritza-batzak aintzat hartu du testu zahar batzuk argitaratzea zin-zinezko beharizana dela, testu horiek ez baitaude jendearen esku. Horixe gertatzen da, bereziki, Zuzenbide zibilaren arloan. Izan ere, gure Zuzenbidearen obra bikain batzuk XIX. mendearen azken urteetan eta XX. mendearen lehenengo herenean kaleratu ziren. Horren ondoren, isiltasun-urteak etorri ziren, grina politikoak ez baitzuen hausnarketa sakinik ahalbidetzen (eta, jakina denez, arau zibilek horrelako hausnarketa behar dute).

Azken urteotan, mota horretako lanen argitalpena areagotu egin da; baina, egungo tratadisten lanak irakurtzean, bat-batean antzeman daiteke tratadistok ez dutela besterik egin iraganeko adituen lanak ikasi eta horiek aipatzea baino. Iraganeko horien testuak antzina desagertu ziren liburudendetatik, eta zorionekoak dira liburu zaharren dendetan halakoak aurkitzen dituztenak.

Egungo gazteek ezagutu behar dituzte Zuzenbide zibilaren esparruan gure adituek behinola prestatutako testuak. Horretarako, Akademiak bilduma honetara bildu nahi ditu testu horietatik garrantzitsuenak. Xede hori iris-teko, eta bildumari hasiera emateko, oinarrizko testu bi argitaratu ditugu: jada alde batetik, *Bizkaiko Zuzenbide Zibilaren eskuliburua*, Rodrigo Jado

Ventades jaunak idatzia, gure zuzenbide zibila bere sasoirik onenean nolako izan zen jakiteko deskripziorik bikainena dena, eta bilduma irekitzeko argitaratuko duguna; eta, bestetik, *Bizkaia eta Arabako Kodegintza Batzordearen aktak*, 1900. urtean argitaratuak, garai hartako pentsamolde zibilaren erakusgarriak zintzoenak direnak.

Orain beste testu bi argitaratzen dira, euskal zuzenbide zibilaren alorrean esangura handikoak: *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya*, Luis Chalbaud egilearena eta *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya*, José de Solanorena.

Egitan, adituek aise menderatzen dute Espainiako Zuzenbide Zibilari buruzko bibliografia. Bide bertsutik, gure asmoa da Euskal Zuzenbidearen, antzinakoaren nahiz gaurkoaren, ezagutza guztiontzat eskuragarri izatea.

Adrián Celaya Ibarra,

Lehendakaria.

Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademia

DERECHO PRIVADO DE VIZCAYA

6. Clásicos de Derecho Vasco
Euskal Zuzenbidearen Klasikoak

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

Akademiaren / Patrocinadores babesleak / de la Academia



Tomo 6º

Edición facsímil + introducción: José Mª Arriola Arana

Preimpresión: E.G. CTP
Pol. Ugaldeguren II - Parcela 15 - Nave 30
48170 ZAMUDIO (Bizkaia)

Impresión: Gestingraf, S.A.L.
Cº de Ibarsusi, 3
48004 Bilbao

Tirada: 300 ejemplares

ISBN: 84-7752-348-7

Depósito Legal: BI-3270-06

**DERECHO PRIVADO
DE VIZCAYA**

DERECHO PRIVADO DE VIZCAYA

La Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia (AVD-ZEA) toma la tarea de reeditar, en una Edición facsímil, el Libro “Derecho Privado de Vizcaya”, de Diego Angulo Laguna, concediéndome, sin más mérito que mis años de ejercicio profesional, el honor de prorrogarla.

Fue el Autor uno de tantos profesionales oriundo de otras tierras que, con tanta juventud e ilusión, como buena formación, aterrizó entre nosotros, en Bizkaia, desarrollando una enorme admiración y amor por nuestro País y su Derecho Foral. Ello, entre tantos paralelismos o contrastes como quiero poner de relieve en estas líneas, me trae a la memoria el recuerdo de las estancias, más o menos prolongadas, en otros lugares a que nos ha llevado nuestra profesión notarial, recibiendo, como aquí Angulo, un trato exquisito que nos hacía olvidar la nostalgia o “saudade” de nuestra Tierra, en ocasiones hasta el punto de no retorno, bien arrojados, así como bien anclados por la cadena, hoy tan frágil, del matrimonio.

En Diego Angulo se dan las dos características que tanto le gustaba destacar a José González Palomino: “afición y oficio”, cuya coincidencia siempre es garantía de buenos resultados. Redactó una magnífica Obra, para su tiempo. Téngase en cuenta que, cuando llega Angulo a Bizkaia, es escasísima la bibliografía sobre el Derecho Foral. He conocido épocas en que incluso disponer de un texto del Fuero de Bizkaia era solo algo al alcance de Instituciones o de algunas Familias con miembros destacados en el ejercicio del Derecho en el ámbito de la Función Pública. El primer texto que tuve, en 1976, fue un ejemplar de la Edición de la Viuda de Egusquiza, 1760, regalo de la Familia, con la que estaba emparentado, del Notario José Antonio de Obieta Ozámiz, y dudo que fuera del ámbito de familias muy vinculadas a la carrera notarial, como era el caso de los Gomeza, Chacartegui, de la Herrán, que me consta disponían del mismo, los demás tenían que acudir a Bibliotecas Públicas para consultarlo.

En la oportunidad que me brinda la Academia de prorrogar esta Edición, voy a seguir una tradición notarial de la que tanto aprendimos. Supongo que ninguno de mis sufridos lectores pensará que trato de crear algún paralelismo con las personas, cosa imposible dada la distancia insalvable que nos separa, sino únicamente identificarme como método con el contraste de opiniones, que tanto nos enseñó, en las épocas, para mí, de mayor grandeza de la profesión notarial en España, en la que siempre han existido no polémicas insalvables, ni agrias discusiones, pero sí geniales contrastes de pareceres. ¿Quién no recuerda los contrastes entre González Palomino y Díez Pastor sobre la sustitución fideicomisaria y el pseudousufructo testamentario?. O la de Roca Sastre y Núñez Lagos “Sustitución Fideicomisaria sine liberis deceserit”. O las de Manuel de la Cámara, Vallet de Goytisolo y García-Bernardo sobre el pago de las legítimas. Podrían pensar los lectores que Diego Angulo, Registrador de la Propiedad, y el que éste escribe, Notario, con un cierto paralelismo en nuestras funciones, un ejercicio profesional dilatado en Bizkaia, una constante aplicación de las mismas normas y una profunda afición al Derecho aplicado en la vida práctica en general y al Derecho Foral en especial, tendrían que coincidir. No digo que no lo hagamos. Sin embargo, ahora que mi despedida profesional me lleva hacia la nostalgia, quiero manifestar que mis coincidencias con Diego Angulo hubieran sido mayores si el reloj del tiempo pudiéramos retraerlo 20 o 30 años.

Este contraste al que me refiero, en el que para mí el mejor resultado sería crear alguna inquietud entre ese nuevo, joven y magnífico Notariado actual. Espero que algunos recojan el guante que les lanzo. Me voy a centrar en tres apartados:

- La diversidad de sistemas jurídicos.
- La troncalidad.
- La libertad de testar.

No se tome lo que voy a escribir como reflejo de mi Ideal o, al menos, de mi deseo. En lo que escribo a continuación,

en muchas ocasiones nada hay más opuesto a mi “desideratum” que el devenir implacable que, como una ola, está a punto de engullirnos. Lo que escribo, acertado o no, es mi percepción, intentando ser realista, de ese claro-oscuro que se nos va a imponer inexorablemente.

DIVERSIDAD DE SISTEMAS JURIDICOS

Diego Angulo, en la Obra que prorrogamos, tiene una concepción idealizada de la diversidad jurídica en los Derechos Forales de España, a los que únicamente opone la objeción “¿merma la soberanía del Estado Español, o la afecta de algún modo sustancial?” y se extiende ampliamente en hacernos ver cómo las relaciones sociales, extraordinariamente variadas y complejas, justifican plenamente, sin mengua alguna de la soberanía, la diversidad de los sistemas jurídicos vigentes en el, a estos efectos, pequeño territorio del Estado Español.

Pero es que ahora no nos hallamos en un tema de soberanía; eso ya está superado. Hoy, contra la diversidad de sistemas jurídicos, hay fuerzas muy superiores a las de la Soberanía tradicional. Hay otros, pero yo daría la mayor importancia a la construcción de la U.E., dentro de parámetros primordialmente económicos e innegablemente próximos a su americanización. Únese a ello, para agravarlo, la terrible velocidad que pueden imprimir a todos los procesos de uniformidad los nuevos sistemas de conocimiento, información y comunicación, especialmente ese espacio uniforme que va creando toda la tela de araña de Internet. Ya en 1919 Max Weber profetizó la americanización, la reducción de la vida espiritual en Europa a la burocracia gerencial. Todavía recientemente acaba de fallecer J.J. Servant-Schreiber “El Desafío Americano”, que tantas páginas escribió sobre el peligro que representa tal unificación. Pero me parecen realmente magistrales las palabras de George Steiner (“La Idea de Europa”, Edit. Siruela), cuando nos dice: “No hay nada que amenace a Europa más radical-

mente -en sus raíces- que la constante marea de lo angloamericano, una marea que aumenta geoméricamente, y los valores uniformes y la imagen del mundo que ese “esperanto” devorador trae consigo. El ordenador, la cultura del populismo y el mercado de masas hablan angloamericano- Europa, en verdad, perecerá si no lucha por sus lenguas, sus tradiciones locales y sus autonomías sociales”.

Para desarrollar esa tarea salvadora, mantener ese fragmento de particularidades que marquen nuestra diferencia, no veo otro camino que ir a una profunda nueva construcción de nuestro sistema jurídico. Para ello me atrevo, con osadía, a dar la idea metodológica de que la tarea de esa construcción tiene que ser obra absolutamente de minorías; soy profundo admirador de las élites propias de una aristocracia intelectual y que sólo ellas podrán salvarnos. Para mí este descansar en las minorías conduce incluso a que la tarea de esta renovación o reinención de un sistema jurídico peculiar ha de ser obra de muy pocos, incluso de una sólo persona, por lo menos en sus orígenes o estudios de base. Seguro que alguno sonreirá ante mi atrevimiento y fé en la utopía del trabajo individual, pero puedo exponerles tres ejemplos que quizá reafirmen mi aserto.

El Proyecto de Código Japonés, por el que se incorporó a la tradición jurídica romana, en el siglo XIX y comienzos del XX fue redactado inicialmente por una sola persona, el francés Gustavo Emilio Boissonade de Fontarabie, familiarmente procedente de Vasconia que, aún cuando no llegó a estar vigente, influyó en gran medida en el Código Civil definitivo. Lo mismo vemos en Holanda, donde prácticamente todo el Proyecto de Derecho Patrimonial fue redactado por el Profesor Meijers que, si no concluyó su tarea, fue por su prematuro fallecimiento. Pero aún más, entre nosotros, cuando hacia 1980 se iniciaron los trabajos para la reforma de la Compilación de Derecho Civil Foral de Bizkaia de 1959, se crearon dos Comisiones independientes, una por el Colegio Notarial de Bilbao y la otra por la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, las cuales fueron

redactando sus respectivos Proyectos que, en gran medida, influyeron en la redacción definitiva; pero, al lado de ellos, el Ilustre Jurista Julián de Arzanegui, como trabajo individual, también redactó su propio y particular Proyecto que, en igual medida que los otros dos, influyó en la redacción definitiva que se plasmó en la Ley 3/1992, de 1 de Julio.

Por supuesto que en esta constitución de un nuevo Sistema Jurídico tendría que quedar suprimida la divergencia de regímenes familiares y sucesorios entre las Villas y la Tierra Llana de Bizkaia.

Volveremos posteriormente sobre esta cuestión, ya que la problemática de un nuevo sistema jurídico se conecta muy directamente con el ámbito de la Troncalidad.

TRONCALIDAD

Tiene el Libro de Diego Angulo el mérito innegable de ser quien mejor trató, para su tiempo, la configuración de la sucesión troncal y su conexión con la sucesión forzosa, estableciendo una subsunción de ésta respecto de aquella.

Después de Angulo, entiendo que ha habido que esperar hasta la Ley de 1992, la cual, a mi juicio, ha alcanzado una mejor regulación que se basa en adoptar, frente al sistema de subsunción, un sistema de yuxtaposición entre ambos, huyendo del tradicional de anteponer la sucesión troncal y someter a sus férreas consecuencias la sucesión forzosa.

Quiero destacar que esta parte de la reforma de 1992 es, sin duda, la más notarial de todas ellas; basta comparar los Proyectos y la Ley y claramente se comprueba que la mayor parte del sistema se tomó del Proyecto del Colegio Notarial de Bilbao, cuyos miembros, en gran medida, se hallaban formados y, así lo plasmaron, en las doctrinas definitivas de Vallet de Goytisolo sobre el sistema de legítimas.

Angulo fue un gran entusiasta de la troncalidad que él, muy influído y aceptando expresamente las tesis del P. Chalbaud, la asienta como piedra angular¹ en una configuración peculiar de ésta como grupo amplio y basado esencialmente en la legitimidad. “Para el Fuero, nos dice, la familia, a juzgar por las aplicaciones que hace del principio que implican sus disposiciones, es un organismo más amplio, extiéndose más allá de la simple reunión de padres e hijos, existen a más de éstas otras personas que forman de hecho parte de ella, y a quienes la ley ha reconocido esta condición”.

Ha sido una constante del Derecho Foral de Bizkaia asentar todas las Instituciones en tal concepto de Familia, instrumentándolo a través de las diversas influencias, directas o indirectas, del principio de troncalidad. Al mismo tiempo, éste se asienta en la legitimidad. Nos destaca Angulo cómo: “el Art. 8º del Apéndice (Proyecto de Apéndice) dice que son parientes tronqueros, en la línea recta descendente, todos los hijos legítimos y descendientes legítimos”. Todavía, en exacta coincidencia, la propia Compilación de 1959 expresamente dispuso: “Art. 7.- Son parientes tronqueros: 1º.- En la línea descendente, todos los hijos legítimos, los legitimados por su siguiente matrimonio y demás descendientes legítimos”.

El principio de troncalidad, como informante de un sistema jurídico, no resulta fácil construirlo, ni defenderlo, fuera de las líneas de la que históricamente se ha llamado filiación legítima. Este tema de la legitimidad, o más concretamente de la troncalidad vinculada exclusivamente a las líneas legítimas, aunque parezca difícil de creer y, aún más difícil de entender y encajar en el sistema Constitucional, volvió a surgir en la Ponencia que luego fue Ley 3/1992. En los años en que se redactó el Proyecto, se estaba también redactando la modificación del Fuero Nuevo de Navarra, en donde numerosos ideólogos defendieron a ultranza la necesidad, diría la

¹ en la familia

necesidad por propia esencia, de que en las disposiciones troncales, defensoras de la integridad de la “casa”, tenían que regularse únicamente en función y, por supuesto, en beneficio, cuando menos prioritario si no exclusivo, de la familia legítima. En la Comisión redactora de la Ley 3/1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco, algún Notario defendió con ardor el mismo principio por considerarlo consustancial a la troncalidad; no prosperó tal opinión y así vemos cómo ya en la Ley, art. 20, se declara como parientes tronqueros: “1.- En la línea descendente, los hijos y demás descendientes, incluso los adoptivos”. En exacto paralelismo, el art. 53, respecto a la sucesión forzosa, establece que se defiere: “1.- A los hijos, incluso los adoptivos, y demás descendientes”.

Todavía queda, sin embargo, un reflejo de tal concepción en la actual Ley de 1992 en los bienes ganados constante matrimonio, respecto a la línea descendente matrimonial o, en su caso, respecto a la ascendiente conforme al Art. 20-3.

La, a mi juicio, inevitable supresión o gran reforma del principio de troncalidad, exige una mayor profundización. Hace unos 40 años leí “La España invertebrada” de Ortega y Gasset. Se publica en el año 1922; casualidad, el mismo año en que Spengler edita el último Tomo de “La Decadencia de Occidente”, con su tesis sobre el desarrollo y lucha de las Culturas. Es sabido que Ortega leyó a Spengler y tomó de él muchas ideas. Ortega, cito de memoria, escribe en ese libro que sólo una persona, de las por él conocidas, ha tenido la suerte de estudiar durante toda su vida y exponer todo el desarrollo de una Cultura desde su inicio hasta su derrumbe final. Pues bien, esta persona fue Teodoro Mommsen; escribió su Historia de Roma y sólo por un libro, por ese libro tan extraordinario, le concedieron el Premio Nobel de Literatura, de 1902; de él entresaco una frase que hoy nos impresiona: “Toda la decadencia del Imperio Romano se debió a la pérdida de la “autoritas” del “Pater Familias”, es decir, a la crisis de la Familia. Por supuesto que estamos en el plano netamente jurídico, por lo que, aún cuando

cada uno tenga sus propios principios, yo ahora prescindo de toda connotación política o religiosa pero, en el campo del Derecho, hay un hecho incontrastable: la decadencia de la institución familiar: igualdad de los hijos familiares o no familiares; equiparación del matrimonio y cualquier unión de hecho; uniones inscritas o no inscritas; heterosexuales u homosexuales; plena disolubilidad de los mismos, etc. Pero la verdad es que no entiendo cómo la gente se sorprende cuando esta decadencia ha estado perfectamente anunciada por personas clarividentes; los muchos años me enseñan que en toda época existen personas de una inteligencia superior, que se adelantan proféticamente a su tiempo. Pero con ellas ocurre que, como ahora se dice, en tiempo real, en su momento presente, resulta difícil identificarlas. Por referirme sólo al País Vasco, Lhande ya decía en el Siglo XIX: “Una invasión más poderosa que las hordas de Aníbal amenaza ya volver impotentes esas viejas murallas; esta amenaza es la industria”, y continúa Juan Aranzadi, de quien tomo la cita, ya en nuestros días, en su gran libro “Milenarismo Vasco”: “Etxe constituye el principio fundamental de organización social ambas cosas, industrialización y abolición foral han juntado sus efectos disolventes sobre aquel concepto en Guipúzcoa y Vizcaya, sobre todo en esta última”. Como curiosidad cito que en un País tan distante de nosotros como Japón, casi en las Antípodas, gran parte de su sistema familiar y sucesorio se asienta en el concepto de “casa” (Ie).

En toda nuestra Historia, Etxe, Gure Etxe, “la casa”, ha sido el elemento alrededor del cual ha girado toda la organización familiar y sucesoria; “etxeoak”, los de casa, determinan todo el sistema sucesorio. Inevitablemente, añado yo, si se desmorona el concepto vasco de Etxe, conceptos paralelos existen en otras Culturas, como queda escrito, es evidente que esta dilución de la familia tiene que conducir necesariamente a la total modificación del régimen económico de la sociedad conyugal y del sistema sucesorio y, en especial, del sistema de legítimas. Por ello, no es nada raro que a algún político ya le ha traicionado el subconsciente y ha proclamado, de modo

inconsciente, la necesidad de suprimir las legítimas. Ello no deja de tener su lógica; si la persona puede tener las uniones que le plazcan, prescindir de ellas según su voluntad, cambiar en el último momento; los hijos pueden surgir en cualquier unión, todos tienen identidad de derechos; los ascendientes, muchas veces son un estorbo, ¿en qué puede asentarse una obligación sucesoria de disponer a su favor?

La crisis es de tal hondura que sólo permitirá construir un sistema coherente si nuestro querido concepto “Etxe” se sustituye por otro básico. Pues para mí y en los tiempos futuros, sólo puede serlo la E + Fa (la Empresa Familiar); en derredor de ella tiene que girar todo el sistema de Derecho Familiar y Sucesorio; por ello, la sucesión no es sólo el traspaso de una generación a otra de la E + Fa. Si colocamos en la E + Fa la propia esencia del sistema jurídico, todas las situaciones jurídicas en que la persona se encuentre tienen que ir dirigidas a su conservación, desarrollo y, fundamentalmente, el traspaso a las nuevas generaciones.

En el Derecho Moderno siempre ha tenido algunos reflejos concretos la Empresa Familiar. Por ejemplo, en la Reforma del Código Civil de 1958, se introduce el consentimiento conyugal para la enajenación de los establecimientos mercantiles; el especial tratamiento en el pago de las legítimas cuando se trata de establecimientos industriales, etc. por disposición o interés del padre de familia, con todas las normas concordantes, pero lo que trata de aportarse es la construcción de todo el sistema jurídico familiar y sucesorio en derredor de la Empresa Familiar, concepto que habrá de ser ampliamente interpretado.

Retomando el discurso del apartado anterior, de admitirse algo de lo que expongo, cualquiera hallará un paralelismo entre la modificación del sistema jurídico y la supresión del principio de troncalidad vinculado a la conservación de la “casa”. Ambos tienen que estar enormemente influenciados por el torrente imparable de las nuevas corrientes básicamente asentadas en la ameri-

canización de Europa. Yo no sé en qué época pintó Picasso su “Rapto de Europa”, pero es seguro que con su fuerza expresiva, aunque no lo manifestase o puede ser que intuitivamente, ya se adelantó, como genio que era, a presagiar este declive. En ese orden de ideas nos dice Steiner en la obra citada: “El genio de Europa es lo que William Blake habría denominado “la sacralidad del detalle mínimo”. Es el de la diversidad lingüística, cultural, social, de un pródigo mosaico que con frecuencia convierte una distancia trivial, una separación de veinte kilómetros, en la división entre Mundos. En contraste con la imponente monotonía que se extiende desde el oeste de Nueva Jersey a las Montañas de California, en contraste con ese ansia de identidad que es al mismo tiempo la fuerza y la vacuidad de buena parte de la existencia americana”.

Por poner un ejemplo, una lengua nos transmite una masa ingente de Historia y una potencialidad para el futuro. Pero, ¿cómo podemos salvarla?. Todos los medios de comunicación con su bombardeo diario, toda la uniformidad de imágenes, internet, el ordenador, el lenguaje abreviado, los anglicismos, el sentido utilitarista de la lengua inglesa, todo conduce a su destrucción.

Y, en paralelismo con ello, en el campo jurídico, ¿qué se puede hacer?. Lo más probable es que nos acabe venciendo el pesimismo o el cansancio, pero el último intento, si alguien o algunos tienen verdadero deseo de salvar un sistema jurídico propio, tienen que convencerse de la necesidad de una profunda, me atrevería a decir total, modificación de dicho sistema y principio a los nuevos tiempos. Yo propongo y lo creo perfectamente factible en una sociedad básicamente urbana, de servicios e industrial, construirlo sobre la base de la Empresa Familiar ampliamente entendida, desde la pequeña Empresa agrícola o comercial, hasta los “paquetes de control” en grandes Empresas; si alguien lo intenta verá la posibilidad de alcanzarlo. Ahora bien, salvar un sistema jurídico como particular o propio de Bizkaia sólo puede hacerse si estamos

plenamente convencidos de nuestra capacidad, no vale el puro voluntarismo, y también nos convencemos, tal como terminaba el apartado anterior, que toda labor de desarrollo científico, nuevo y pleno, sólo puede hacerse desde la base de una aristocracia intelectual que, a estos efectos, a mí me parece evidente radica, casi de forma exclusiva, en el Notariado y la Universidad. Labor callada y pensada y sopesando las perspectivas de la evolución y asumiendo que otros ámbitos territoriales de Europa tienen elementos positivos. Siempre será cuestión de minorías. Sólo así, sin garantía de éxito, se podrá intentar alcanzar un sistema jurídico propio y nuevo, acomodado a las circunstancias de tiempo y de espacio y, a mi juicio, al margen del principio de troncalidad vinculado al concepto "etxe", nuestra histórica casa.

La construcción de un nuevo sistema jurídico al margen del principio de troncalidad, conducirá necesariamente a prescindir del régimen matrimonial de comunicación foral o cualquier otro de comunidad, más o menos amplia, que serán sustituidos por el régimen de separación. Por otra parte, si el sistema patrimonial y el sucesorio tienen que asentarse en una base coherente a los tiempos, a mi juicio, esta base tiene que serlo la Empresa Familiar. A todo ello se unirá el principio de libertad de testar como sustituto del actual sistema de legítimas.

LIBERTAD DE TESTAR

Para comprender lo anormal de la situación en Bizkaia del sistema de legítimas, basta con afirmar que, en un ámbito territorial prácticamente urbanizado y uniforme en su configuración espacial, pequeño en superficie, coexisten dos sistemas: el común, de legítima individual, y el foral, de legítima familiar conjunta con libre elección.

Si como antes hemos afirmado, la dualidad de sistemas jurídicos no se sostiene, con mayor razón podrá criticarse un doble sistema legitimario.

Cuando menos, como solución mínima y transitoria, en la concepción actual de la familia habría que generalizar, de forma inmediata, el sistema foral vizcaino de elección libre de heredero legitimario, extendiéndola a todo el territorio de la Comunidad Autónoma o, cuando menos, a Bizkaia. Pero, a mi juicio, la solución que se impone no va por ahí. Los tres grandes apartados que en este Prólogo se cuestionan quiebran, precisamente, en cuanto han desaparecido los conceptos históricos de familia y “etxe”. Tanto más cuando, como en una carrera sin freno y sin final predecible, estamos en una constante legitimación de situaciones matrimoniales o “pseudom matrimoniales” de profunda inestabilidad, confusas, de finalidad dudosa y corta duración.

Mi experiencia de estos años de ejercicio profesional que concluye, el conocimiento del Derecho comparado y las razones socio-económicas, conducen a la conclusión de que la reforma, en su fase definitiva, ha de marchar decididamente hacia el principio de libertad absoluta de testar. Las razones apuntadas y, además, las exigencias de un Derecho asentado básicamente en la Empresa Familiar, más que en la “casa”, nos llevan a esa libertad. Alguna duda me surge cuando vuelvo a leer a Mommsem y observo que el Derecho Romano, incluso en las etapas de mayor promiscuidad, degeneración, hedonismo y crisis de la institución familiar, mantuvo el sistema legitimario, quizá como en un intento de reforzar o, cuando menos, sostener, sin que se cayera, la estructura del edificio de la Familia. Sin embargo, la concepción social y, sobre todo, la regulación normativa que se va dictando por los legisladores, sin los estudios profundos que a ello deberían preceder, me conducen a la misma conclusión. Por ello, me reafirmo, hasta que gentes más sabias me saquen de mi error, que, lo deseemos o no, se va a imponer un sistema de libertad absoluta de testar.

Podría pensarse en la necesidad de alguna defensa para el cónyuge, por supuesto con base en la figura del usufructo. Ni

en este caso está justificada la ruptura de la libertad de testar con una legítima viudal usufructuaria. La longevidad, las diferencias de edad entre cónyuges (muchas veces menores que los propios hijos), la independencia económica respectiva de la pareja, la liviandad de las relaciones y las posibilidades de pactos contractuales, ya sean antes o después de la unión, conducirán a imponer que el cónyuge quede protegido por medidas contractuales y, en último término, por un derecho de alimentos. Evidentemente, alcanzarán especial relieve y extensión las Capitulaciones Matrimoniales, en las que, además de los pactos habituales que actualmente plasmamos en ellas, se habrán de recoger otros, como confesiones de privaticidad, de sucesión contractual o de previsión de indemnizaciones por divorcio, ruptura de la unión, muerte y otras circunstancias que pongan fin a ello. Puro sistema americano. Con cierta sonrisa leí, en su día, que el “matrimonio” entre Michael Douglas y Catherine Zeta Jones, se tuvo que retrasar porque sus Abogados no acababan de ponerse de acuerdo sobre estos “pactos prenupciales”.

De la legítima de los ascendientes, ni me detengo en ella, ya que la siguiente generación no va a saber ni de qué estamos hablando.

En la legítima de los descendientes, reitero la implantación, creo que inevitable, del principio de libertad de testar.

Sí creo que, dentro de la actual sociedad del bienestar, se habrá de introducir una reforma profunda en el derecho de alimentos, así como en las medidas de protección pública a través de las aportaciones familiares en aquellos Servicios que sean imprescindibles para la persona.

CONCLUSION

En el libro que tantas veces he citado, de George Steiner, hay un apartado que me impactó de forma muy especial,

cuando nos dice: “Sin embargo, este malvado y peligroso mamífero ha generado tres ocupaciones, adicciones o juegos de una dignidad totalmente trascendente. Son la música, las matemáticas y el pensamiento especulativo (en el cual incluso la poesía, cuya mejor definición es: música del pensamiento). Esplendorosamente inútiles, muchas veces profundamente antituitivas, estas tres actividades son exclusivas de hombres y mujeres, y están lo más cerca posible de la intuición metafórica de que hemos sido creados a imagen y semejanza de Dios”. En una pequeña apostilla o aportación personal, yo añadiría a las tres expuestas el deporte en la concepción del mismo, que se inició en Atenas.

Existe una auténtica extinción de la energía vital histórica, en lo que son especificidades o particularidades de nuestro Pueblo respecto al entorno. Con la tristeza que supone todo cambio respecto a un tiempo pasado “que siempre fue mejor”, quizá me encuentre influído por ese sentimiento tan europeo de la autoconciencia escatológica, de que todo camina hacia su final, todo ha de concluir en un final más o menos trágico y, generalmente, pesimista, para quien lo padece; aunque por otra parte pienso que ni Europa se va a acabar, ni el Mundo va a concluir. Pero de lo que no hay duda es que el cambio “cuasicopernicano” está ahí, a la vuelta de la esquina, o quizá más entrando por la puerta. Incluso los rebotes de exaltación histórica que se observan pueden perfectamente encajar como movimientos de auto-defensa ante algo que inexorablemente se hunde hacia un cambio. ¿A mejor?.

Para mí ese cambio va a afectar a infinidad de aspectos de la vida pero, por concretarme sólo a los que me he referido, pienso que es imprescindible que una minoría tome ese camino tan europeo del “conocimiento especulativo” y construya un sistema jurídico nuevo sobre la base, en lo patrimonial, familiar y sucesorio, de la E + Fa (Empresa Familiar) y que, por lo que respecta al Derecho Foral de

Bizkaia, con seguridad, por lo menos a mi juicio, ha de quedar aislado del principio de troncalidad, con sustitución de los regímenes económicos matrimoniales actuales por el de separación absoluta de bienes y plena vigencia del principio de libertad de testar.

José M^a Arriola Arana

BIBLIOTECA JURÍDICA
DE
AUTORES ESPAÑÓLES Y EXTRANJEROS

DERECHO PRIVADO

DE

VIZCAYA

POR

DIEGO ANGULO LAGUNA

REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD



MADRID
HIJOS DE REUS, EDITORES
Cañizares, 3, segundo izquierda.
1903

BIBLIOTECA JURÍDICA
DE
AUTORES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

ES PROPIEDAD DEL AUTOR

IMPRESA DE LA SUCESORA DE M. MINUESA DE LOS RÍOS
Calle de Miguel Servet, núm. 13.
Teléfono 651.

BIBLIOTECA JURÍDICA
DE
AUTORES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

DERECHO PRIVADO

DE

VIZCAYA

POR

DIEGO ANGULO LAGUNA

REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD



MADRID
HIJOS DE REUS, EDITORES
Cañizares, 3, segundo izquierda.
1903

Á MANERA DE PRÓLOGO

Por necesidad primero, y por puro gusto más tarde, he ido iniciándome en el estudio del Fuero de Vizcaya. El sentido realista y profundamente social de lo que es base de sus instituciones ha cautivado mi inteligencia de tal manera, que no puedo resistirme á consignar en este trabajo las impresiones críticas que en mí ha producido dicho estudio. Muévenme además, de una parte, el propósito de que esta modestísima labor individual no sea absolutamente perdida, y de otra, la necesidad imperiosa que existe de fijar el genuino sentido, la sustancial dirección de las instituciones civiles vizcaínas, harto adulteradas por las interpretaciones corrientes que los abogados les consagran, quienes, ateniéndose unas veces al rigorismo literal de las leyes, buscando otras en el Código civil criterios que éste no puede suministrar en los más de los casos, y constreñidos quizá otras por las que comúnmente se toman como obligaciones ineludibles de la defensa, con frecuencia truncan y dislocan la bien forjada cadena de los principios de este Derecho, por todos conceptos digno de más expertos glosadores que el que estas líneas escribe.

Con el fin, pues, de contribuir á fijar ese sentido, aportando materiales á la obra que aun está por hacer, y sin pretender decir la última palabra acerca de ninguna de las materias que este libro comprende, sale á luz este trabajo, que someto á la consideración de los doctos.

D. A.

DERECHO PRIVADO DE VIZCAYA

CAPÍTULO PRIMERO

De la subsistencia de las legislaciones forales. — Sentido que debe inspirar su conservación. — Puntos de vista del Sr. Sánchez Román.

No á las personas que carecen de conocimientos jurídicos, quienes, debido al nivel que alcanza el estado medio de nuestra cultura, no encuentran en estas cuestiones los hondos problemas políticos que verdaderamente entrañan, ni, por lo tanto, sienten despertarse su interés hacia ellos, sino á los versados en Derecho, á los que podemos llamar vulgo dentro de la categoría de los más ó menos peritos, he oído muchas veces, respecto del problema de la codificación civil en España, la afirmación siguiente: «Si son buenos los fueros, ¿por qué no se extiende su aplicación á todas las provincias? Y si es bueno el Código civil, ¿por qué se resisten á aceptarle las regiones forales?»

Implica tal gravedad este aparentemente inconcuso dilema, que gusto de empezar por su examen la serie de consideraciones de que se compone este libro. Podrá decirseme que, si la afirmación es *vulgar*, no vale la pena, ni de detenerse en ella, ni mucho menos de tomarla como punto de partida de este trabajo; mas á esto opongo, sentando como verdad que la observación puede comprobarse á cualquier hora, el hecho de que no son las ideas de los sabios las que

principalmente gobiernan un Estado, sino las ideas del vulgo, las cuales, unas veces imponiéndose, otras produciendo efectos contradictorios consigo mismo, pero *rigiendo* al fin, son las que decisivamente influyen en la vida social, deteniendo ó acelerando su progreso: en este sentido se habla de pueblos heroicos, y se dice también que los pueblos tienen los Gobiernos que se merecen.

No crean las elucubraciones de los sabios un estado de conciencia en un país, sin que antes se difundan ejercitando su fuerza expansiva; se transformen, perdiendo, en apariencia quizá, algo de su rigorismo lógico, ó tal vez sufriendo rectificaciones que el limitado y parcial punto de vista del filósofo ha hecho necesarias; y sólo cuando esas ideas, de un modo ó de otro, adulteradas ó perfeccionadas, han penetrado en el vulgo, en la masa que directa ó indirectamente siempre gobierna, á despecho de todas las tiranías, es cuando se puede con verdad decir que existe un definido estado de conciencia. Fortificarlo ó destruirlo, según sus tendencias y según las circunstancias todas, es la misión de las clases directoras; pero ya se trate de darle arraigo, ya de modificarlo en cualquier dirección, siempre es un factor que hay que tener en cuenta en toda suerte de ciencias morales, porque constituye, por decirlo así, la materia prima sobre la cual hay que operar.

No carece, pues, de importancia el examen del dilema antes enunciado porque del vulgo provenga, sino que precisamente por venir de él sube de punto el extraordinario interés que su estudio ofrece. Si á esto se añade que, por lo que el dilema quiere expresar y expresa, tiene fuerza bastante para poner de manifiesto cuál es el estado de la conciencia pública acerca del problema de la codificación civil, y de rechazo acerca de la manera de extenderse el Derecho todo, se comprenderá fácilmente que estamos en presencia de un síntoma verdaderamente esencial, característico, cuyas enseñanzas no pueden ser desaprovechadas ni tenidas en desprecio.

Repetimos ahora : Si los fueros son buenos, ¿por qué no se extiende su aplicación á todas las provincias? Y si es bueno el Código civil, ¿por qué se resisten á aceptarle las regiones forales?

Con el solo enunciado de esta pregunta se comprende desde luego que, para los que la formulan, no hay otra alternativa sino la bondad ó la maldad de los fueros ó del Código : una de las dos cosas ha de ser precisamente la *buen*a, y la otra por fuerza la *mal*a, y la cuestión, por lo tanto, queda reducida á poner en claro cuál de las dos es la aceptable y cuál la digna de ser rechazada. No pueden ser buenas las dos; no pueden las dos implicar soluciones jurídicas justas, porque si esto se afirmase, caería por tierra desde luego el argumento Aquiles que va implícito en el dilema.

Este modo de presentar la cuestión me sugiere la observación siguiente. Ninguno de los que consideran esta materia del modo que queda expuesto se admira de que, por ejemplo, en Inglaterra rija distinto Derecho que en España, y si se pusiesen en parangón las legislaciones de estos dos países, seguramente no se les ocurriría decir que una de las dos tiene que ser la buena y la otra la mala, sino que, con un sentido jurídico, no por irreflexivo menos profundo, afirmarían que la legislación inglesa puede ser *alli* tan buena como *aquí* la española.

Pero se me dirá : es que España é Inglaterra son dos Estados distintos, dos países sometidos á diferentes soberanías. Cierto; pero, á reserva de ver en seguida más al por menor el argumento, me importa recordar aquí el axioma de la unidad del Derecho para dejar sentado como lógico corolario que, en cuanto el Derecho inglés reglamenta las relaciones jurídicas comprendidas en su hipótesis, es tan Derecho como el español en cuanto realiza la misma función, y, por lo tanto, son una sola y misma esencia que actúa suministrando las condiciones adecuadas á los fines racionales.

Pero ¿es quizá que porque los países sometidos á la le-

gislación común y los que en España lo están á la llamada foral formen parte de un territorio sujeto á una sola soberanía, cambia de aspecto el problema ó se alteran fundamentalmente sus términos de tal suerte que la solución ha de ser distinta? Este parece ser el argumento expuesto ya en toda su transcendencia.

Dícese de modo más ó menos explícito, é importa mucho discutir este punto, que la unidad de soberanía de un Estado no consiente esta diversidad legislativa en lo civil. De aquí la gravedad del problema; porque presentada la cuestión como cuestión de soberanía, no puede negarse que es éste un punto que afecta á la vida constitucional del Estado, á la entraña del estado social, y, más aún, por las circunstancias especiales que en España concurren, á la vida nacional misma.

Entrando ya en el fondo de la cuestión, pregunto: la subsistencia de las legislaciones forales, ¿merma la soberanía del Estado español ó la afecta de algún modo sustancial?

Para contestar esta pregunta es preciso tener muy en cuenta la teoría toda del Estado, de su poder, de sus fines, de sus medios, de sus funciones, de cuyo desarrollo hago gracia al lector, limitándome á las indicaciones precisas.

Cumple el Estado su fin, llámese único ó permanente, á diferencia de los históricos, según las escuelas, de realizar el derecho: primero, declarando la regla jurídica; cumpliéndola y haciendo cumplirla más tarde, é instituyendo además aquellas declaraciones concretas que el mantenimiento de las relaciones sociales hace necesarias para evitar toda perturbación, cualquiera que sea su índole.

En cuanto el poder del Estado que todos estos fines realiza, es uno y no reconoce superior; es soberano, y en este sentido se habla del principio de soberanía, de la soberanía del Estado.

Las más elementales nociones de Derecho público enseñan, y esto no creo que hoy se discuta por nadie, que ese

poder del Estado, uno en su esencia, se diversifica al actuar, al mantener con su actividad propia la vida política. El fin de la realización del Derecho se descompone en otros que antes quedan enunciados, y de aquí que el poder, en consideración á esos fines particulares, si ha de observar él mismo el Derecho, es decir, si ha de ser un poder justo, ha de obrar de distinta manera, poniendo en cada caso los medios adecuados y no otros, y valiéndose de órganos especiales, según la naturaleza de la función. No es lo mismo legislar que gobernar ni que juzgar.

(Me limito, como antes dije, á hacer las indicaciones precisas para ver el enlace del punto especial de que trato con la teoría del Estado, que es su supuesto necesario.)

Hemos llegado, pues, á la afirmación de que el Estado para una de sus funciones, la declaración del derecho, elabora su propio y peculiar órgano que en España, como en los países regidos representativamente, está constituido por las Cámaras. Hé aquí ya, por lo tanto, al Estado en aptitud para realizar esa función soberana de la declaración de la regla jurídica, función inalienable, intangible é irrefragable.

Precisa penetrar ahora en el modo de ejercicio de esa función, y si tenemos en cuenta que la formación de la regla jurídica es su fin, comprenderemos que algunas consideraciones acerca de la naturaleza de esa regla facilitarán el camino de la investigación que vengo haciendo. Detengámonos, pues, un momento en ellas.

Viene á regir la regla jurídica las relaciones sociales que caen dentro de la esfera del Derecho del Estado; pero la más ligera observación puede comprobar que esas relaciones sociales son extraordinariamente variadas y complejas. Ofrécese esta variedad, en primer lugar, en la diversidad de materias á que esas relaciones afectan, y así, cualquiera, aun el no versado en Derecho, puede apreciar las naturales diferencias que existen entre las materias administrativa, procesal, civil, penal, etc.; en consonancia con

cuyas diferencias, las reglas jurídicas que rigen cada una de esas materias muestran caracteres distintos dentro de la unidad del Derecho que á todas informa.

Pero no es solamente la diversidad por razón de las materias la que nos ofrece el campo de la realidad social, y por ende el de la realidad que podemos llamar jurídica. Dentro de una misma materia, y aun circunscribiendo nuestra atención á instituciones determinadas, las diferencias surgen en inagotable venero de formas, posiciones y modalidades, mantenido é impulsado, entre otros, por dos factores principalísimos: el tiempo y el espacio.

La sucesión no interrumpida de los tiempos ha traído consigo una variación y un creciente aumento de las relaciones sociales, no sólo en cuanto á su número por la frecuencia con que se establecen, sino en cuanto á su índole, por las nuevas finalidades que presiden su vida y aun por los objetos sobre que recaen. No necesito esforzarme en demostrar cómo los antiguos moldes del Derecho romano han venido á ser insuficientes para regir nuestra vida, y cómo los modernos descubrimientos llevan consigo, por ejemplo, contratos nuevos; así el contrato de edición; así las consecuencias que produce el reconocimiento de las propiedades, intelectual é industrial, las explotaciones mineras, las servidumbres á que dan lugar los servicios de teléfonos y de alumbrado eléctrico, que ya podían haber sido atendidas en nuestro Código civil en opinión de un autor, y el contrato de trabajo con todas sus importantísimas incidencias, por no hacer más larga esta enumeración, que el lector puede aumentar con sólo detenerse en ello un momento.

¿Qué más? Hasta los conceptos de las instituciones han sufrido una radical transformación, y si hoy no se puede definir el Derecho civil como lo definían los romanos, porque tal definición, sobre no ser exacta, no daría tampoco idea de su contenido, no es menos cierto que ni los conceptos jurídicos actuales de patria potestad, de poder marital, de testamento, de contrato, ni tantos otros se corresponden

con sus análogos de la época romana. Ha variado la organización de la familia; ha variado también la organización del trabajo, y se ha creado una considerable clase de riqueza mobiliaria, que ha ocasionado una profunda alteración en la vida económica. Á este nuevo estado de cosas ha sucedido un nuevo estado de derecho, ó, mejor dicho, ese estado de cosas ha traído *su* estado de derecho. De las nuevas relaciones sociales brotan de modo espontáneo las nuevas reglas jurídicas, que arrancan de la naturaleza misma de las cosas, y que pugnan por encontrar su consagración y su reconocimiento en las leyes que el Estado, órgano superior del Derecho, instituye para el régimen social.

Ocioso sería llamar la atención sobre esta verdad que todos reconocen, si, teniéndola siempre presente, se estudiaran detenidamente las fecundísimas enseñanzas que ofrece. Pero así como hay quien proclamando en principio la existencia de Dios, vive, sin embargo, como si Dios no existiese; así como es frecuente que las verdades que la inteligencia reconoce, quedándose en las frías regiones de lo puramente intelectual, no lleguen á entrar en las caldeadas esferas del sentimiento y de la voluntad, y sean como cuerpos muertos que sobrenadan en la conciencia, exentos de ese soplo vital que, por ser sentimiento y por ser voluntad, es la vida misma; así también, reconociéndose como se reconocen las profundas alteraciones de la vida social ocurridas, y declarándose en principio la insuficiencia del antiguo Derecho, mantiénese luego éste en los puntos concretos que se van presentando, negándose de este modo, prácticamente, el principio que en teoría fué aceptado sin dudas ni vacilaciones.

Reconócese la insuficiencia del antiguo Derecho; declárase que al nuevo estado de cosas corresponden nuevas reglas jurídicas, y, al decir esto, tácitamente se afirma el principio de que el Derecho no es un conjunto de condiciones arbitrarias, sino absolutamente necesarias é imperiosamente exigidas por la realidad social, que sólo pretende el reco-

nocimiento de las mismas por el Estado; pero al llegar luego á los casos concretos de aplicación de ese principio, unas veces por falta de atenta observación de la realidad misma, otras por la imperfecta idea que de la unidad del Estado, del poder y de la soberanía tienen nuestros partidos políticos, reflejando en esto de exactísima manera el bajo nivel de cultura de nuestro pueblo; otras por pernicioso influjo de una falsa y relativamente reciente tradición; otras por motivos quizá bastardos de nuestras perversas costumbres políticas; otras por no existir en el que pide la perfecta conciencia del derecho, que dirigiendo la demanda por buenos caminos la conduciría sin duda á provechosos resultados, es lo cierto que el principio se hace completamente estéril, y que la práctica de nuestra vida jurídica está gobernada por la creencia de que la ley es algo que emana de arriba, y que de allí desciende para imponerse; algo que se forja en las alturas, como el rayo en las elevadas capas de la atmósfera, sin tener para nada en cuenta al viejo roble que va á herir ó al inocente rebaño que va á carbonizar; algo cuyo contenido es indiferente, que manda blanco como podía mandar negro, que siempre es justa, porque en ella no hay otro motivo ni otra razón de justicia que la simple forma de mandato de que aparece revestida por venir de arriba, y que, en una palabra, lejos de ser una resultante de la realidad, es algo que aparece con completa independencia de ella, cuando no para su castigo y flagelación.

Así viene á ocurrir y está ocurriendo que esa multitud de relaciones sociales, antes desconocidas ó en germen, y hoy perfectamente conocidas y determinadas ya, carecen de las reglas jurídicas adecuadas, ó, mejor dicho, no han logrado todavía que el Estado reconozca y declare esas reglas, porque como existir, existen, van implícitas en los hechos mismos; pero como su eficacia depende de que el Estado les preste su autoridad y su sanción, por recaer sobre materias que están completamente dentro de su esfera, para los efectos prácticos es lo mismo que si no existiesen.

Pero dije antes que, no solamente el tiempo, sino el espacio mismo, era otro de los factores que mantenían é impulsaban ese venero inagotable de formas y modalidades diversas con que se presentan los actos jurídicos. Nadie niega hoy la influencia del medio, tanto físico como moral, en la formación de las relaciones sociales y en la índole especial de los actos, humanos todos. Decir que el clima, la situación topográfica, las condiciones especiales de la raza, sus singulares aptitudes, el género de alimentación, la forma predominante que la propiedad reviste, la clase de cultivo de la riqueza agrícola, el mayor ó menor arraigo del sentimiento religioso, los espectáculos y juegos públicos y tantos otros factores, siendo por un lado síntomas del estado de cultura de un pueblo, ejercen, por otro, poderoso influjo en su conducta, y dan, por lo tanto, un tinte y un estilo especial á los actos todos y á las relaciones sociales, es repetir algo que pertenece á la categoría de lo axiomático, y sobre lo cual no he de insistir. Sólo haré notar cómo á medida que vamos adelantando en esta sumaria investigación se va poniendo cada vez más de manifiesto la riquísima variedad que la realidad ofrece.

Recuérdese, por ejemplo, cómo rigen en España, en materia de propiedad familiar, se puede decir que todos los sistemas conocidos; sólo citaré el que consagra el principio de libertad, el de comunidad de bienes con distintos matices, el de gananciales y el de separación; téngase presente el abismo tan grande que media en materia de sucesiones, á pesar de la labor de tendencia uniformadora del Código civil, entre el régimen de las legítimas y el de la libertad de testar, y con vista de las innumerables diferencias que existen entre el Derecho común y los llamados forales, dígame si esa infinita variedad de los actos jurídicos puede ser simplemente obra del capricho humano y no, en lo que tiene de fundamental, resultante enérgica de muy diversos factores, sobre los cuales no es dado influir á la ley, de tal suerte que, por la sola virtud de su mandato,

puedan quedar anulados ó modificados en lo sustancial.

Pero esa variedad que caracteriza á todo lo que es cuestión de hecho, se aumenta cuanto más atentamente se examina. No es menester ya acudir á distintos lugares y tiempos para encontrar esas crecientes diferencias, que son el supuesto necesario de toda ley. En un mismo lugar, y en una época dada, con sólo observar el diferente género de vida de las distintas clases sociales, la variedad se multiplica como por encanto, y las mismas instituciones jurídicas son *sentidas* y *vividas* de muy opuesta manera por el proletario que por el burgués y que por el aristócrata ó el millonario. En prueba de ello me limitaré á recordar la afortunada observación del profesor vienés Menger, quien, discutiendo acerca del régimen de bienes que en el matrimonio debe imperar y de la consiguiente consideración de la mujer, hace notar la enorme diferencia que existe entre la mujer de las inferiores clases sociales que directamente produce; la de la clase media, que, en virtud del ahorro en la gestión doméstica, solamente disminuye el consumo, y la de las elevadas clases, que, ni produciendo ni ahorrando, únicamente desempeña el papel de consumidora, y de consumidora en grande escala, en la familia de que forma parte.

¿Y es justo que estas tres mujeres se rijan por las mismas reglas? ¿Es que esas diferencias de hecho no están clamando por una diferente reglamentación?

Por último, la atenta consideración del solo individuo nos pone de manifiesto nuevas fuentes de la variedad infinita con que los actos análogos se dan en la vida. Por ser el Derecho una ciencia ética, es claro que no le puede ser indiferente la posición de voluntad de los sujetos del mismo: el grado de educación, la mayor ó menor disposición para la vida jurídica, la buena ó mala fe, la mayor ó menor diligencia y tantos otros factores puramente internos, imprimen modalidades especiales á las relaciones jurídicas, y hacen que actos análogos en principio por su fin ó por su

causa, totalmente se diferencien más tarde en sus efectos y resultados. Que el Derecho tiene que reflejar estas variaciones de puro hecho, no debe ponerse en duda, y así se ha reconocido en principio por las legislaciones positivas, pues no otra cosa significan las teorías de la culpa, del dolo, del caso fortuito y la apreciación de la buena ó mala fe que los Códigos hacen en supuestos especiales, negando á una y otra la igualdad en los resultados.

En vista de los datos que sumarísimamente he ido indicando, no creo que será ya gratuito el afirmar que por todos conceptos, y desde cualquier punto de vista, la realidad muestra el inagotable contenido de las formas y modalidades con que las relaciones sociales se dan en la vida. No hay dos actos humanos iguales, como no hay dos caras iguales, á pesar de constar todas ellas de los mismos elementos; y si el Derecho es una forma total de la actividad, si todos los actos humanos caen dentro de su esfera, ó es una frase vana el decir que el hombre es un ser esencialmente jurídico, ó hay que reconocer forzosamente que el Derecho tiene que reflejar todas esas diferencias, so pena de declarar fuera de la legalidad á una masa inmensa de relaciones sociales, sin más motivo ni pretexto que el de no acomodarse en su forma (que como toda forma no deja de ser esencial) á los moldes ó patrones en los cuales se le quiere encajar, haciendo que la materia viva tenga la constitución y la estructura de la materia muerta.

La regla jurídica, por lo tanto, en la medida que el progreso de la ciencia y del arte del Derecho lo consienta, en la medida de lo posible, debe reflejar todas las diferencias de hecho, todas las variantes que la actividad humana imprime en sus actos, y no olvidar un momento que la cuestión de *hecho* es siempre el supuesto necesario de toda ley, sin la cual ésta ni se concibe siquiera. No se dan las leyes para su puro estudio teórico, ni para constituir con sus preceptos enlaces más ó menos artísticos de ideas que no transcenden de lo que es sola y exclusivamente intelectual, ni

para remediar males imaginarios propuestos por quien á pensarlos se dedica, procurando agotar todos los posibles de un caso dado, como los antiguos jurisconsultos romanos y sus discípulos hacían en los tiempos de Coruncanio, Manilio y los Scévolas: concíbese en la presente época la regla jurídica como fórmula expresiva de la condicionalidad necesaria y libre que preside el desenvolvimiento de las relaciones sociales, y dándose para esas relaciones, claro es que constituyen su supuesto de hecho, del cual no es lícito prescindir en ningún momento.

Ese supuesto de hecho, con sus distintos matices, con sus infinitas variantes, con las naturales diferencias que interiormente muestra, según la tradición particular de cada región, según el rasgo que da fisonomía propia y propia individualidad á los habitantes de cada grupo de provincias, es algo de formación natural, que es como es, y no de otra manera más ni menos perfecta, y que la ley no puede variar por su solo mandato, debiendo limitarse á regirlo y gobernarlo *según su naturaleza*.

Si, pues, en las distintas regiones de nuestro país, entre ellas en Vizcaya, las relaciones sociales ofrecen un marcado y peculiarísimo sello que las diferencia de sus análogas de las demás regiones; si hay en esta provincia un modo especial de *vivir* y de *sentir* el Derecho en determinadas instituciones, como la más ligera observación comprueba y yo trataré de demostrar en el curso de este trabajo, es evidente que la regla jurídica debe reconocer estas naturales variedades si ha de mantener el principio de Derecho que debe informarla. De no hacerlo así, el Derecho mismo se niega, porque la racional concepción del mismo implica aquellas condiciones de flexibilidad y de amplitud que son muy distintas de la simple *generalidad* que nuestros antiguos tratadistas defendían al decir que la ley debe contener el mayor número de casos posible, por donde tácitamente daban la consideración de *ilegal* á todo lo que no estuviese dentro de ese mayor número ó de esa *mayoría*;

criterio que, por otra parte, concuerda con la creencia, bastante admitida todavía en el vulgo, de que no hay Derecho para las minorías, y de que sólo las mayorías son las que pueden vivir dentro de la ley.

Por lo tanto, en virtud de todo lo expuesto se puede afirmar ya que el que la regla jurídica del Estado social satisfaga todas las exigencias de la realidad y consagre en sus fórmulas ese derecho que, por otra parte, no tiene fuerza para negar, no contradice la soberanía del mismo ni afecta á su vida constitucional. Es el Estado mismo, en justo ejercicio de su soberanía, quien reconoce esas naturales variedades que la vida jurídica muestra, y al reconocerlas y al reflejarlas en la regla jurídica que establece, *una* sigue siendo esta regla, como emanación de *una sola* soberanía, sin que la interior variedad de su contenido destruya ese carácter, antes, por el contrario, lo afirma y fortifica, ya que no es dado á la humana inteligencia, en buena lógica, concebir la unidad sin la variedad interior que la integre. Téngase en cuenta además que, siendo el Derecho relación de medio á fin, en tanto se podrá decir de la regla jurídica que es *derecho* en cuanto contenga la variedad de soluciones, de *medios* adecuados que los fines racionales en sus diversas manifestaciones demandan.

En completa oposición al criterio que vengo combatiendo, afirmo que, lejos de afectar á la unidad de soberanía y á la existencia constitucional del Estado la consagración en la regla jurídica de las variedades que la vida del Derecho ofrece, lo que realmente atenta á esa unidad de soberanía y á la entraña misma del Estado social, es el no reconocer esas formas y modalidades y el negarles cabida dentro de la regla jurídica positiva.

En efecto, observemos lo que ocurre cuando el Estado sigue esa conducta. La regla jurídica contiene sólo aquellas formas y modalidades que, por darse en la mayor parte del territorio ó que por simpatías que de muchas causas pueden proceder, el legislador ha creído oportuno establecer única-

mente: las demás formas no están contenidas en la regla jurídica positiva; pero ésta, que no ha querido reconocerlas, no tiene fuerza bastante para hacerlas desaparecer, y esas formas preteridas continúan dándose en la realidad, amparadas por la buena fe de las gentes, por el derecho consuetudinario, y, más que nada, por la naturaleza misma de las cosas. Estas formas viven completamente fuera de la ley del Estado, cuando no en contra de ella, y subsisten y prosiguen las fases de su evolución natural; este es un hecho del que podrían citarse muchos ejemplos. Pues bien: dígame ahora si la autoridad del Estado ha quedado ó no quebrantada con esta conducta. Resultado directo de ella es que en el territorio sometido á su acción se den multitud de relaciones sociales que no se rigen por su soberanía, que nada le deben, ni para nada le han tenido en cuenta, porque al ejercitarse ésta, voluntariamente se ha limitado la esfera que le corresponde y ha dejado fuera de ella lo que de derecho le pertenecía. Así se da el caso de que dentro de un Estado se constituya cierta especie de vaga entidad, como á modo de un nuevo Estado, que por su especial naturaleza y por las causas que le dan nacimiento, es un verdadero atentado á la unidad de soberanía y á la vida política constitucional. Y véase cómo de esta suerte los, en apariencia, más celosos defensores de la patria grande y de los prestigios del Estado, son los que, á fuerza de su exagerado amor á la uniformidad y en aras de la misma unidad que defienden, tanto, tanto procuran mantener (á su modo) el principio, que lo destruyen, matando sus manifestaciones y alimentándolo con el consumo de sus propios restos.

De lo expuesto hasta aquí se deduce un importantísimo corolario, á saber: que el reconocimiento que el Estado haga en la regla jurídica que establece de las variantes naturales que la realidad presenta, no tiene el carácter de *concesión*, no implica un problema de pura *benignidad*, de tal suerte que se pueda entender que es un acto de conducta *graciosa*, por parte del Estado, dicho reconocimiento legal, ni siquie-

ra que sea una cuestión que por *transacción* ni por sacrificios mutuos deba resolverse, porque el derecho muestra en cada caso el carácter de necesario, y no es lícito que se realice á medias, puesto que entonces dejaría de ser derecho.

No es éste un punto en que deben luchar en defensa de pretendidos opuestos intereses las regiones y el Estado, porque el interés es común en este caso (como suele serlo siempre). El proceso lógico de las ideas nos enseña que el Estado, al dictar la regla jurídica, previamente reflexiona sobre sí mismo; y con vista del reconocimiento que hace de su interior variedad en cuanto á los elementos que lo integran, sanciona en la esfera de su derecho lo que es obra de circunstancias naturales y no creado por el legislador. Y como esta reflexión, que debe preceder á la declaración del Derecho, no es potestativa; como la ley no es simple mandato; como no manda blanco del mismo modo que podría mandar negro, sino que, lejos de todo esto, la ley no es otra cosa que la resultante de las mencionadas circunstancias naturales, de aquí que el Estado, al dictar la regla jurídica y al consignar en ella todo el derecho que puede y debe realizar en aquel momento, no otorga una concesión, ni obra por pura benignidad, ni transige un asunto enojoso, sino que hace lo que debe, porque no puede dejar de hacerlo por ser el órgano superior del Derecho, y porque éste de modo tan armónico está adornado del carácter de necesidad, que, no solamente se presenta como necesario desde el punto de vista de las relaciones que va á condicionar, sino desde el punto de vista también de la personalidad que reflexivamente lo formula, ó sea el Estado social.

Agréguese á lo dicho, para reforzar un argumento antes expuesto, que si el Estado, apartándose de estas normas de conducta que el Derecho dicta, excluyese de su regla jurídica declaraciones que en ella deben estar, vería mermada su soberanía, no solamente por la razón antes explicada, sino también porque, al menos en el terreno de las ideas, dejarían de ser soberanos esos falsos principios (que informarían

sus actos en ese caso), que tanto se apartan de los de la justicia y del derecho, los cuales serán siempre los verdaderamente soberanos.

Para exponer ya por completo mi punto de vista en la cuestión de la subsistencia de las legislaciones forales en sus relaciones con la soberanía del Estado, y afirmar una vez más que ésta no sufre detrimento alguno porque dichas legislaciones se conserven, he de permitirme aludir, no tan sólo á las formas de Estado centralizado, á las cuales conviene cuanto va dicho, sino á aquellas otras que el derecho político y la realidad de la sociedad internacional reconocen con los nombres de Estados federales y confederaciones de Estado.

El Estado (y esto comprueba una vez más cuanto vengo diciendo sobre la diversidad de variantes que las instituciones presentan en la realidad) no se muestra siempre con las mismas formas y modalidades: frente al Estado centralizado y unitario tenemos las confederaciones y los Estados federativos, cuyos conceptos no he de detenerme á explicar. Me limito á afirmar que la existencia en estas clases de Estados de distintas legislaciones civiles, *formuladas y establecidas* por las mismas regiones ó cantones ó Estados particulares, no afecta á la soberanía de esas sociedades políticas ni á su vida constitucional, porque limitada la razón de ser de las unas á fines internacionales y la de las otras á aquello que es común á todos los Estados que las constituyen (por ejemplo, el orden público), desde luego, por la naturaleza especial de esta forma de sociedades políticas, se puede decir que es *constitucional* en ellas el que la regulación de las relaciones privadas no esté sometida á la soberanía de la confederación ni del Estado federal. Tanto la una como el otro se constituyen sobre bases muy distintas de las de los Estados centralizados, y en ellos, el supuesto de hecho de que arranca su soberanía y sobre el cual se va á ejercer, es mucho más limitado, y como ha quedado fuera de él, por ir esto implícito en esas formas de sociedades políticas, la regulación

de las relaciones privadas, de aquí que no exista merma ni detrimento para la soberanía de la confederación ni del Estado federativo porque los Estados particulares declaren la regla jurídica en un orden de cosas que, *según constitución*, es de su exclusiva incumbencia.

Para concluir, exponiendo en breves palabras el pensamiento de cuanto hasta aquí he dicho, afirmo: *a*) que las legislaciones forales en España (y por tanto, la vizcaína) tienen su fundamento en la realidad de la vida jurídica nacional; *b*) que deben subsistir, por ser condición indispensable para las relaciones sociales que están comprendidas en su hipótesis; *c*) que no solamente no se merma la soberanía del Estado por esta subsistencia, sino que, por el contrario, para que esa soberanía se mantenga con arreglo á los buenos principios de derecho, es indispensable que no se aparte de ellos, y seguramente se apartaría desde el momento en que no reconociese la razón de ser de las legislaciones forales; *d*) que la diversidad legislativa dentro de un Estado no puede servir de título para demandar el reconocimiento de nacionalidades independientes que la historia no ha sancionado, ni para pretender la formación de Estados políticos distintos, cuya razón de existencia no está por otros esenciales factores debidamente justificada.

Por la importancia del autor y por la influencia que ejerce su obra, dadas las condiciones de oportunidad en que se ha publicado, en la cultura jurídica de nuestro país, influencia que más se ha de notar andando el tiempo que ahora, con no ser en estos momentos escasa, no he de terminar este capítulo sin aludir á las, en mi opinión, inadmisibles doctrinas del Profesor de la Universidad Central señor Sánchez Román.

No voy á hacer una crítica de ellas, sino que me limitaré á exponer algunos de sus particulares puntos de vista, sobre los cuales el lector podrá reflexionar á la luz de los principios que dejo sentados y sacar las consecuencias que de este contraste forzosamente se derivan.

Al preguntarse el Sr. Sánchez Román bajo qué bases y con que criterio debía ser acometida la obra de la codificación civil en España, empieza afirmando que la *uniformidad* y la *unidad* son las dos notas características y expresivas del mayor grado de perfección en el Derecho escrito de un país (1). Ya he dejado demostrado que no hay nada más opuesto á la realidad social que la nota de uniformidad, y, por lo tanto, mal podrá acomodarse á ella el Derecho escrito de un país, porque, como dice el mismo Sr. Sánchez Román á otro propósito y en otro lugar (2), «el Derecho es tanto más natural y justo, cuanto más genuinamente conserva, sin forzar ni bastardear, la naturaleza de las realidades que condiciona con su reglamentación y garantía».

Habla después de cómo el Derecho de Castilla rige en 39 provincias, y los llamados forales en las 10 restantes, y dice (3) que esta mayor *extensión* de la autoridad del Derecho castellano le haría justamente digno de más respeto y de mayor participación en la reforma legislativa de nuestro país, sin que esto significara su imposición á todos los demás. Añadiendo á continuación que esto es, á lo sumo, un problema de proporcionalidad, cuyos factores importantes, más que en la autoridad territorial que en España tienen las distintas legislaciones civiles, deben buscarse en la bondad científica y prestigio en el país de las instituciones por aquéllas sancionadas.

Sólo observaré, respecto de esto, que el concepto de la regla jurídica y de la manera de funcionar el poder legislativo del Estado que he venido exponiendo, son incompatibles con esos *mayores respetos* y con ese espíritu de *transacción* que se nota en lo dicho por el Sr. Sánchez Román.

(1) *La Codificación civil en España*, pág. 8.

(2) *Estudios de Derecho civil*, pág. 193 del tomo IV (segunda edición).

(3) *La Codificación civil en España*, pág. 9.

Combate después el autor el criterio de ir modificando y uniformando una á una las instituciones con la publicación de leyes sueltas, para de este modo transigir las diferencias entre las distintas legislaciones civiles que rigen en España, y dice (1): «Creemos que es menos difícil modificar de una vez las instituciones civiles de un país con la publicación de un Código, destruyendo y edificando en un momento, que no prolongar la acción demoleadora contra una legislación *arraigada* en un país por medio de derogaciones parciales y sucesivas.»

Nótese cómo el Sr. Sánchez Román, en su afán de conseguir la uniformidad, admite la posibilidad de destruir (de un modo ó de otro) legislaciones *arraigadas* en determinados países.

Por último, el distinguido Profesor de la Universidad Central participa, sin duda, de la opinión de los que entienden que afecta á la soberanía del Estado la subsistencia de las legislaciones forales, porque si no esto, algo á ello muy parecido significa el afirmar que con dicha subsistencia (2) «se falsea la base sustantiva del Estado, dentro del cual se desarrollan los organismos civiles»; y el añadir después: «si la ley política es una, la civil debe serlo también»; y más tarde: «no es, pues, racional en *principio* reconocer la necesidad de la *unidad política* y creer que *deba* á su lado coexistir la *variedad civil*».

La consideración de la diversidad de supuestos de que parten los Derechos civiles y los políticos es la mejor refutación de estas afirmaciones, sobre lo que ya tengo dicho en el curso de este capítulo.

Bien es verdad que el Sr. Sánchez Román, que no concibe diferencias totales ó casi totales de legislación civil entre provincias sujetas á una misma ley política, admite, sin

(1) Obra citada, pág. 10.

(2) Obra citada, pág. 13.

embargo, aquellos casos que constituyan realmente variedad en puntos más ó menos importantes peculiares de la localidad ó región, por aquello que decían las Cortes de Valladolid de que cada provincia abunda en su sexo.

Omito todo comentario sobre esta última declaración, invitando al lector á que saque las consecuencias.

CAPITULO II

De la casería, como supuesto necesario de hecho de la legislación civil vizcaína: datos que importa conocer. — Indivisibilidad de la casería: función racional del Derecho ante esta exigencia de la realidad.

Me propongo demostrar en el curso de este trabajo que las especialidades que ofrece la legislación civil de Vizcaya en lo que las constituye en tales especialidades, proceden todas de la forma que reviste la propiedad agrícola y del modo de su cultivo; y siendo la clase de fincas denominadas *caserías* el tipo, se puede decir único ó cuasi único, de dicha propiedad, de aquí que, reconociendo en la cuestión de hecho la importancia que realmente tiene, dé comienzo á este capítulo por la presentación de algunos datos, en vista de los cuales el lector pueda hacerse cargo de lo que es una casería y del extraordinario interés que su conocimiento ofrece como preliminar indispensable al estudio de las instituciones civiles de Vizcaya (1).

(1) En justo tributo de gratitud, debo manifestar aquí que los datos que yo pude reunir con mi observación propia me han sido luminosamente completados por mi ilustrado amigo y compañero D. Alejandro Gaytán de Ayala, complaciéndome mucho el tener esta ocasión de hacer público mi reconocimiento.

La casería es una finca rústica, cuya extensión superficial es variable, pero respecto de la cual se puede afirmar que comúnmente oscila entre 10 y 15 hectáreas; las hay mayores y más pequeñas; hasta de cerca de 30 hectáreas conozco caserías; pero sobre no ser esto lo corriente, las que alcanzan esa medida suelen tener dos viviendas; de modo que, en realidad, es como si fuesen dos caserías y no una sola.

Compónese este tipo de fincas de la casería propiamente dicha, ó sea la vivienda ó casa-habitación de la familia cultivadora, de la huerta, que suele estar inmediata á la casa; de las heredades, cercanas también por lo general, y de los montes. Estos elementos, la ganadería y las aves de corral constituyen toda la fortuna del casero y los factores todos de la producción agrícola en Vizcaya.

No necesito decir aquí que la propiedad está bastante repartida en las provincias Vascongadas, porque sobre ser éste un dato muy conocido, basta para convencerse de ello la extensión superficial que he señalado como término medio de las caserías. Sólo haré notar que únicamente con lo que llevo dicho se puede advertir el contraste entre estas pequeñas fincas, donde tal variedad de elementos se acumulan, y los grandes inmensos predios de Andalucía, por ejemplo, en los que sólo se cultiva un producto solo, como el olivo, la viña ó el trigo.

Veamos ahora los datos que más interés ofrecen para nuestro estudio.

Empezando por la huerta, sólo haré constar que sus productos se destinan casi totalmente á la alimentación de la familia casera, de la que después hablaré; á lo sumo, algo de los frutales es lo que se lleva al mercado.

Las heredades, que son objeto del cultivo llamado intensivo, se dividen por el casero en dos partes, del modo que da idea el siguiente cuadro:

Maíz.	Trigo.
Trigo.	Nabo.
Nabo.	Maíz.

Esta división no se hace para labrarlas por hojas, como ocurre en otras partes en donde las fincas se dividen en dos ó tres fracciones, de las cuales sólo se siembra una cada año, sino que aquí se siembran las dos porciones todos los años, y todos los años dan tres cosechas.

Conviene advertir que todo se hace á fuerza de abonos, y que sin ellos la producción sería nula, dada la calidad de las tierras.

En esas dos porciones se siembran sucesivamente el trigo, que recogen en Junio; el nabo, que se recolecta en Diciembre ó Enero, y el maíz, en Octubre ó Noviembre. Como indica el cuadro anterior, nunca hay la misma cosa sembrada en las dos porciones de heredad, pudiendo asegurarse que cuando en la una hay maíz, en la otra hay trigo, y viceversa, y así en los demás turnos. Entre el trigo suelen criar habas, y entre el maíz, alubias, cosas ambas que dedican al consumo de la familia.

El trigo que de este modo se obtiene lo destina el casero, si es propietario, al consumo de la familia también y á la siembra, y lo que sobra, que no suele ser mucho, á la venta. Para formarse idea del sobrante de trigo que puede tener un casero, recordaré cómo en cierta ocasión, hablándome de uno de estos cultivadores que había vendido mucho trigo, me citaban el número de 30 fanegas como cantidad considerable. Si el casero no es propietario, sino inquilino, entonces el trigo recogido se destina al pago de aquella parte de la renta que se paga en especie, y el sobrante, que en este caso es escasísimo, á la siembra, y lo que alcance para el consumo, siendo excusado el añadir que nada le puede quedar para la venta.

El maíz era antes objeto principalmente del consumo de la familia; pero hoy día, que se ha generalizado muchísimo el pan de trigo en las caserías, sin que dejen de emplear también el de borona para algunos usos, se puede decir que está destinado el maíz á la cría y engorde de la ganadería.

El nabo estaba y está exclusivamente dedicado á la alimentación de los animales.

Los montes se componen de hayas, robles, castaños (si bien respecto de estos últimos árboles debe tenerse en cuenta que, efecto de la enfermedad que padecen, quedan muy pocos, no siendo infundado el temor de que se pierdan todos), helechos y árgomas.

El aprovechamiento del haya se verifica mediante la extracción de leñas y la fabricación del carbón: iguales provechos tiene el roble, con la diferencia de que su hoja, cuando está fresca, sirve de alimento al ganado. Los pocos castaños que quedan rinden el fruto que se destina al consumo de la familia, y que muy rara vez llega á ser cantidad tal que pueda dedicarse á la venta; además, su hoja sirve de cama para el ganado y después para abono de las heredades.

Los helechos y árgomas, abundantísimos en los montes de Vizcaya, son el constante abono de sus tierras, bien haciéndolos servir, como á la hoja del castaño, de cama para los animales, ó bien exponiéndolos simplemente á la acción de los agentes atmosféricos.

Debo hacer mención también de otro producto que, aunque no tiene en Vizcaya la importancia que ha logrado en Asturias, se va desarrollando de modo bastante ostensible: me refiero al manzano que en las cercanías de la casa, en las mismas heredades y en las partes bajas de los montes, donde tiene suficiente abrigo, suelen cultivar los caseros. Sin perjuicio de dedicar parte de este producto al consumo de la familia, las manzanas se venden por los caseros, pues son muy pocos los que hacen sidra, siendo esta fruta la única producción agrícola, se puede decir, que se exporta

de las villas ó anteiglesias á que pertenezcan las caserías.

Los ganados son otro elemento importantísimo para la vida de la casería, pudiendo observarse que el aldeano está dando de día en día más importancia á este ramo de riqueza, en vista, sin duda, de los precios que las carnes van alcanzando en los mercados.

En primer término debe figurar el ganado vacuno, que, suministrando el servicio necesario en las faenas agrícolas, produce la leche y el estiércol, y proporciona también pingües rendimientos que se derivan de la venta de carnes. La leche es principalmente destinada al consumo de la familia cultivadora, y constituye la base de su alimentación. Parte de este ganado vacuno también se consume por la familia casera, á cuyo efecto lo salan y convierten en cecina, proveyéndose de este modo para todo el año.

También se crían en las caserías cerdos para la venta y para el consumo en la forma de cecina antes dicha, siendo relativamente escasos los corderos y ovejas, á no ser en las caserías que están muy en alto.

Se puede calcular que por lo común existen en cada casería dos parejas de ganado vacuno y un par de cerdos.

Por último, fuente de ingresos y no despreciables para el casero, dada la importancia de la totalidad de la explotación agrícola á que se consagra, es la que procede de las aves de corral: la venta de huevos, pollos y gallinas, sobre todo en ciertas épocas del año, en que el consumo aumenta en proporciones considerables, gracias á la población forastera que visita las provincias Vascongadas en busca de sus muchas aguas medicinales ó simplemente en busca de cómoda y apacible estancia, proporciona al casero rendimientos bien saneados con que atender á sus escasas necesidades.

Aunque no trato de hacer un cuadro literario de costumbres ni un detenido estudio social, sino sólo de presentar los datos que considero indispensables para mi objeto, á fin de encajar éstos dentro de su propio marco, para facilitar de

este modo la composición de los mismos que el lector que no haya directamente observado esta realidad social se forme, creo oportuno añadir algunas noticias más acerca del género de vida de los habitantes de las caserías.

Los caseros se levantan temprano, y temprano se desayunan con un plato de sopas de leche de pan de maíz. Á las doce hacen la comida, que se compone de sopa de pan, un plato de habas, alubias ó berzas, según la estación, con un poco de cecina y algo de tocino; y de postre, castañas, manzanas ó peras. Á las cuatro ó las cinco, según la época, sobre todo cuando tienen más trabajo, meriendan un pedazo de pan, y al anochecer toman la cena, reduciéndose ésta á un plato de verduras y sopas de leche de pan de maíz. En la mesa se suele ver las dos clases de pan: de trigo y de maíz, generalizándose cada vez más el de trigo.

En las comidas no se bebe vino, por más que es corriente que lo haya en las despensas de las caserías, así como café, chocolate y aguardiente anisado, si bien todo esto está reservado para días extraordinarios ó para caso de enfermedad.

Los caseros fuman tabaco en rama en pipas de barro; algunos, los menos, fuman pitillos que ellos mismos hacen, usando picadura de á 20 céntimos los 25 gramos, que antes envolvían en hojas de maíz y ahora en papel de fumar.

Trabajan todo el año, y durante todo el día; pero su trabajo es tranquilo, reposado, uniforme y constante; parece que siempre está sujeto al mismo ritmo; así es que en los campos de Vizcaya en vano se buscarán escenas como las que ofrecen las afanosas y anhelantes tareas de la siega en Andalucía, que de modo admirable ha perpetuado en líneas y colores mi amigo el ilustre artista Gonzalo Bilbao; pero tampoco hallarán los ojos observadores el cuadro mil veces repetido en otras tierras del zagal que, tumbado tan largo como es y con la mirada perdida en las inmensidades del espacio, cuando no entregado al sueño que la holganza y la pereza produjeran, deja que el ganado confiado á su custo-

dia campe por sus respetos, ora invadiendo la heredad ajena, ora causando destrozos en la heredad propia.

Cuando la noche se echa encima se suspenden los trabajos del campo, pero se sigue trabajando en casa: hay que dar de comer al ganado; después, mientras se desgrana el maíz ó se deshojan las ramas de roble, y la mujer más vieja prepara la cena, se reza el rosario, cosa que el aldeano no deja de hacer antes de acostarse; y si hay en la familia algún niño que va á la escuela, y que ya está en disposición de ello, él es generalmente el que dirige los rezos.

Antes se hilaba también por las noches en las caserías; pero hoy día apenas si se hace esta operación por los precios á que se pueden comprar los géneros.

Las mujeres trabajan exactamente lo mismo que los hombres: ellas aran, layan, siegan y realizan, en fin, todas las operaciones agrícolas. La más vieja, como antes he indicado, es la que suele dedicarse á los menesteres domésticos y al cuidado de los niños cuando son muy pequeños, por más que éstos pocos desvelos requieren, porque, dado el género de vida que se hace en la casería, se puede decir que los cría la Naturaleza.

Observa Unamuno en un precioso artículo publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (1) que, ahondando un poco en el carácter del vasco, se encontraría que siente mejor la justicia que la caridad, y aun ésta en cuanto justicia; y que sale de él más fácilmente el hombre honrado y formal ó el varón justo, que el propiamente santo. Y más adelante añade que, dentro de la familia misma, los sentimientos de respeto predominan sobre los del cariño; que el vasco es más honrado que afectuoso, y que el héroe típico de la raza euscalduna es San Ignacio de Loyola. Á estas afirmaciones, que por mi parte considero exactas, me permito añadir que el carácter del aldeano vizcaíno es me-

(1) Derecho consuetudinario de España: Vizcaya. — Tomo LXXXVIII.

lancólico; sólo se anima en las romerías y las excursiones á las villas con motivo de las ferias, pruebas de ganados ú otros motivos análogos. En el mencionado artículo de Unamuno he visto confirmada mi observación propia de que la gula es el pecado dominante de los vascongados: también son muy aficionados á apostar.

Por último, hace notar el autor citado en el artículo á que vengo refiriéndome, que los vizcaínos, desde que servían, como dice Cervantes, de secretarios á los reyes, se han distinguido siempre por su espíritu ergotista, discuti-dor y de leguleyo; habiéndose notado antes de ahora que los estudios en que más han sobresalido son las matemáticas y el casuismo, ya jurídico, ya teológico-moral. Yo, por mi parte, he tenido ocasión de observar que el aldeano no da un paso en sus negocios privados sin consultar con abogados que le digan si tiene ó no razón, y que es relativamente fácil, aprovechando el espíritu de la raza, el enzarzarlos en litigios, baladíes en el fondo, cosa que desgraciadamente á las veces suele ocurrir, pues no faltan para ello letrados y picapleitos rurales dispuestos á que no deje de funcionar un momento la máquina de la justicia humana que se asienta en las covachas de las Audiencias y Juzgados.

Los cultivadores de las caserías, ó son sus propietarios, ó son sus colonos; pero debe tenerse en cuenta que el número de propietarios, como afirma Unamuno, es bastante considerable. Respecto de los inquilinos, conviene observar la relación en que están con los amos, como llaman á los dueños, y el estado de conciencia de ambos en lo que se refiere al punto que los une, ó sea la casería.

Dice Unamuno que lo más general es que la renta se pague en dinero, y que solamente en la parte de Marquina, Lequeitio y demás próximas á Guipúzcoa es donde se conserva la costumbre de pagar en especie. No creo completamente exacto este dato, sino que, por el contrario, según mis observaciones y mis noticias, la renta se paga siempre,

salvo casos sumamente excepcionales, en dinero y en especie. No hay proporción fija entre la parte de renta que se paga en una forma y la que se paga en la otra, pues esto depende de la naturaleza de la casería: la parte que se paga por cuenta de las heredades, esto es, como retribución al dueño por las utilidades que éstas rinden, se abona en especie, y aquella otra parte, á la que se da el concepto de retribución por los montes, se paga en dinero.

Lo más interesante de estos arrendamientos es lo que se refiere á su duración. Se constituyen de palabra, siendo rarísimo el que intervengan testigos; pero á pesar de la falta de todo género de solemnidades, la fe prometida es rigurosamente guardada, de tal suerte, que aun no se ha sentido la necesidad de rodear de garantías externas dicho acto. No se estipula plazo ni término alguno para la duración del contrato: se sobreentiende que es por tiempo indefinido, ó quizá á perpetuidad.

He tenido ocasión de hablar con muchos propietarios, y, por rarísima casualidad, sólo alguno me ha dicho que tiene en una de sus fincas inquilinos nuevos, es decir, introducidos por él; pues la regla general, que sólo presenta excepciones contadísimas, es que las generaciones de inquilinos, dentro de la misma familia, se sucedan en las caserías, como se suceden las generaciones de propietarios. Trueba recuerda (1) el caso de cierto propietario vizcaíno que poseía cuatro caserías habitadas por los biznietos de los cuatro labradores que habían llevado á hombros á enterrar á su bisabuelo; y Chalbaud y Errazquin (2) hace la exacta observación de que constantemente vemos cómo se designa á las personas, no precisamente por el apellido heredado de su padre, sino por el nombre de sus caserías; así, por ejemplo, se dice: Antón el de Iturriaga, ó José el de Inchaurreta.

Ésta, que podemos llamar perpetuidad práctica de los

(1) Citado por Unamuno en el mencionado artículo.

(2) *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya*.—Bilbao, 1898.

arrendamientos, da á las relaciones que se derivan de estos contratos un carácter particularísimo, sobre el cual he de detenerme un momento.

Compruébase una vez más en este punto la infinita variedad de los actos humanos y lo infundado de la opinión de los que creen que no hay más contratos que los que las leyes positivas regulan; que el legislador ha, por decirlo así, agotado la materia, y que forzosamente todas las relaciones sociales han de encajar dentro de los moldes preestablecidos, sin notar los truncamientos, dislocaciones y fracturas á que es dado este modo de proceder.

Dice el Código civil (1) que en el arrendamiento (2) una de las partes se obliga á dar á la otra el goce ó uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto. Pues bien: aquí estamos en presencia de un arrendamiento (seguiré dándole este nombre, por más que creo no es el adecuado), en el cual no hay tiempo determinado para su duración, si bien prácticamente viene á resultar perpetuo. Cierto que el mismo Código civil (3) añade en otro lugar que el arrendamiento de un predio rústico, cuando no se fija su duración, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año ó pueda dar de una vez, aunque pasen dos ó más para obtenerlos, y que el de tierras labrantías, divididas en dos ó más hojas, se entiende por tantos años cuantos sean éstos. Pero no se me podrá negar que el supuesto para el cual está dada esta supletoria declaración de Derecho es muy otro del que nos ocupa, en donde, como antes he dicho, no hay determinación expresa de tiempo, pero sí existe la intención latente en las partes contratantes de la perpetuidad del contrato. Añádase además la consideración de que el predio rústico que ha tenido en cuenta el legislador

(1) Art. 1.543.

(2) Claro está que me refiero al arrendamiento de cosas.

(3) Art. 1.577.

al instituir el art. 1.577 del Código civil no es seguramente la casería vizcaína con sus numerosas particularidades, sino el tipo de finca rústica que le ha parecido más general en las provincias sometidas á la legislación común.

La perpetuidad práctica de los arrendamientos de las caserías es la resultante de distintos factores, de entre los cuales los más importantes son el buen cultivo que de la finca hace el aldeano, conservándola en buen estado de producción sin esquilmarla, la exactitud en el pago de las rentas, el no haberse subido éstas por los propietarios ó haberlo hecho en cantidad insignificante, y, sobre todo, el estado de conciencia de una y otra parte que favorece el mantenimiento de esta relación jurídica.

Los propietarios se contentan con sacar á las fincas un 2 $\frac{1}{2}$ por 100 de interés (cosa que más se parece al canon de un censo que al precio de un arrendamiento), salvo los que ahora compran, quienes capitalizan la renta á un tanto por ciento más alto para regular así el precio. Los caseros no es fácil averiguar el interés que vienen á percibir; pero no creo aventurado el afirmar que obtienen quizá más del doble que los dueños.

Los caseros inquilinos se consideran como dueños de las caserías que cultivan; así suelen decir al pagar la renta que se han hecho propietarios por un año más, y los dueños no hacen nada por contrariar esta creencia. Es rarísimo el que se despida á un inquilino, y cuando esto ocurre, bien se puede asegurar que ha cometido faltas muy graves: en este caso, aun teniendo razón el propietario, ya puede armarse de paciencia, porque el inquilino despedido le abrumará de mil modos, acudirá al Juzgado, y usando de ese espíritu errotista que notaba Unamuno, esgrimirá la agobiadora arma de las mejoras hechas, y detrás de una reclamación vendrá otra, y luego otra, en forma de interminable cadena de juicios verbales.

Es digno de muy atenta consideración, porque ello revela de elocuentísima manera el estado de conciencia á que

vengo refiriéndome, el hecho de que el casero inquilino, no solamente disponga quién de entre sus hijos le ha de suceder en el arrendamiento de la finca, sino que en los contratos matrimoniales, con la mayor formalidad, se diga que se aporta tal ó cual casería; que los padres se reservan la mitad del usufructo de la misma, ó el aprovechamiento de tales ó cuales árboles, etc., etc., como si la propiedad plena de la casería les perteneciese, cuando legalmente sólo tienen un derecho de arrendamiento, respecto del cual no se han cumplido siquiera las formalidades que establece la ley Hipotecaria para elevarlo á la categoría de derecho real. Excusado es el decir que esto no es un secreto para los propietarios.

Si comparamos ahora estos arrendamientos con los supuestos de hecho que han inspirado al Código civil en la reglamentación de dicho contrato, veremos que no se corresponden exactamente.

El arrendamiento en el Código civil, considerado en el conjunto de sus disposiciones sobre plazos, acciones rescisorias, subarriendos, devolución de la finca y desahucio, parece que está inspirado en un cierto criterio de *inestabilidad* que no concuerda con la práctica de los arrendamientos, cuyas líneas generales he tratado de presentar. Parece que el uso y disfrute que de la cosa se cede por el arrendamiento en el Código es un uso limitado, transitorio, casi momentáneo; y, en cambio, al observar cuidadosamente los arrendamientos de las caserías en Vizcaya, y al ver el espíritu de estabilidad y firmeza que los caracteriza, no parece sino que el propietario se desprende de todas las facultades dominicales, reservándose únicamente el derecho á percibir la renta (la que, como antes he indicado, más que renta, semeja canon de censo); y en este reparto de las atribuciones que integran el derecho de propiedad entre el inquilino y el dueño, de tal modo impresiona la relación directa que el colono mantiene con la cosa mediante el cultivo, que cuanto más atentamente se considera, más parece

que el inquilino no es inquilino, sino dueño, ó, cuando menos, que están de su parte las más y mejores facultades dominicales.

De modo que observando estas relaciones jurídicas, penetrando en el estado de conciencia de los que las mantienen, estimo que no cabe dudar que, á pesar de darse el nombre de arrendamientos á estos contratos, se da en ellos un verdadero caso de lo que los autores llaman, aunque impropriamente, en mi sentir, división del dominio. Es algo más que el simple uso y disfrute de la finca lo que el casero tiene, y es algo menos que el dominio, privado de esos aprovechamientos, lo que corresponde al propietario.

No se me oculta que es muy difícil distinguir, individualizándolas, las diferentes relaciones jurídicas que las personas mantienen con ocasión de los bienes. Los aprovechamientos y utilidades que de las cosas se pueden derivar son muchas, y muchas también las formas combinadas de la actividad humana para obtenerlos. Decir, pues, dónde termina una forma de éstas y comienza otra, lo considero punto menos que imposible. Creo también que no es exacta la distinción del dominio en pleno y menos pleno ó dividido; pero afirmo que hay una marcada semejanza entre esa situación jurídica y la que se produce en los arrendamientos de las caserías: por lo menos, no se me podrá negar que el tipo de arrendamiento que desde las aulas nos presentan como modelo, y que después encontramos reproducido en leyes y en autores, está muy lejos de ser el tipo de los arrendamientos á que vengo refiriéndome.

Paréceme, por último, que esta particular manera de manifestarse las relaciones jurídicas entre inquilinos y dueños arranca del modo especial de sentir el Derecho que, por efecto de su singular compleción, tiene la gente vizcaína. Creo descubrir en todo lo que llevo expuesto, en la conciencia jurídica de esta raza, algo así como la intuición del principio profundamente social de que el trabajo es por excelencia el principal factor del mantenimiento efectivo del

derecho de propiedad y el más sagrado de los motivos que hacen á ese derecho digno del respeto y de la consideración del Estado.

Los datos que hasta ahora llevo presentados á la consideración del lector estimo que son lo suficientemente expresivos para venir á parar al punto concreto al cual yo quería llegar en esta investigación.

Si observamos con el principalísimo interés que la importancia del asunto requiere la particular constitución de esta entidad de la explotación agrícola á que se da el nombre de *casería*; si nos fijamos cómo sus diferentes partes ó *pertenecidos* están de tal modo enlazados, en cuanto á la consecución del fin del cultivo, que los unos se puede decir que existen para los otros, puesto que recíprocamente se suministran los factores directos ó indirectos, pero siempre necesarios, de la explotación; si vemos que dicha explotación, dada la calidad de las tierras y la topografía del país, apenas se concibe, en medianas condiciones de utilidad, en otra forma que la que de tiempo inmemorial se viene empleando; si, con vista del género de vida de las familias cultivadoras, observamos que cada casería suministra los medios económicos para el mantenimiento de una familia sin la mísera estrechez que caracteriza á la masa de la población rural de otras regiones, pero sin consentir tampoco que sea mayor el número de personas que vivan de dichas utilidades, so pena de venir á parar á esa estrechez y á esa miseria; y si, por último, tratamos de desentrañar el porqué de ese hecho constante de la transmisión íntegra de las caserías, cualquiera que sea la forma que revista dicha transmisión, no dudo que, traídos á reflexión todos estos datos, forzosamente se vendrá á concluir en la afirmación que yo no vacilo en sentar desde luego, á saber: la casería es por su naturaleza indivisible.

No sé si habré tenido el arte suficiente para persuadir al que leyere de esta indivisibilidad de la casería: si he tenido la mala fortuna de no hacer comprender esta afirmación

que juzgo axiomática en Derecho vizcaíno, añadiré, y en esto creo que soy lo suficientemente categórico, que esta indivisibilidad está profundamente arraigada en la conciencia del país, en donde no se concibe esa división y ese fraccionamiento tan frecuentes en otras regiones, y á que tanto se prestan otros tipos de fincas, de todo en todo distintos de las caserías vizcaínas.

Es un hecho, pues, no sólo la natural indivisibilidad de la casería, sino su constante indivisión.

Ante esta realidad no es difícil descubrir cuál es la racional misión del derecho que el Estado político declara y mantiene.

Si las relaciones sociales todas han de ser regidas según su naturaleza, y esta naturaleza está en muchos casos notoriamente influida por la de las cosas sobre que versan; si las leyes que á la propiedad se refieren han de tener en cuenta la consideración económica de la misma, de tal suerte que no se podrá entender que son leyes justas, sino en cuanto mantengan, en el tanto que de ellas depende, todos los posibles aprovechamientos y la obtención de la mayor suma de utilidades, y si antes he afirmado que las necesidades del cultivo han impuesto la indivisibilidad de la casería, claro está que la ley civil ha de procurar por todos los medios, para que en ella se contengan las condiciones que en este caso se presentan como necesarias, la subsistencia de la tradicional y presente indivisión, base y fundamento de la explotación agrícola de Vizcaya.

Está muy en lo cierto el ilustre Cimbali (1) al afirmar que las teorías jurídicas se encadenan y se integran recíprocamente con las teorías económicas, para cuanto mira especialmente á la organización de la propiedad; pero las unas y las otras no son más que resultado y expresión lógica, á

(1) *La Nueva fase del Derecho civil*, traducción de Esteban García, pág. 135.

un mismo tiempo, de las necesidades sociales dominantes en un tiempo y lugar determinados. Y es, por otra parte, exactísima la observación que hace más adelante, de que la propiedad, además de derecho y más que simple derecho individual, es altísima función social, porque puede y debe únicamente realizarse por quien posea y conserve intactas las condiciones de que se genera, y que sólo puede suministrar segura garantía de un ejercicio legítimo y fecundo de útiles resultados (1).

Sería, por lo tanto, verdaderamente atentatorio á la vida nacional el que la ley civil, desconociendo las circunstancias de hecho á que he venido refiriéndome, ó no dándoles el valor que tienen, negase las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho de propiedad en cualquiera de sus manifestaciones; y si condición precisa es en la cuestión de que trato la indivisibilidad de la casería, claro es que su fraccionamiento por mandato de la ley, ó por motivos que ésta no hubiera sabido evitar en su innegable función de tutela, harían á la regla jurídica que tales monstruosidades consignase digna de las más severas censuras, y la constituirían en un peligro serio, contra el cual habría que buscar defensa fuera de sus preceptos, cuando no en contra de ellos.

Y téngase muy en cuenta que no sería solamente el interés individual el que padeciese, porque coexistiendo con él está el interés social, que cada día recaba el reconocimiento de su personalidad con más y con mejores razones; pues no sin verdad ha dicho Mill que *the worth of a State, in the long run, is the worth of the individuals composing it* (2).

(1) Obra citada, pág. 149.

(2) Citado por Smiles en su *Self-Help*, quien por su parte dice que: *National progress is the sum of individual industry, energy, and uprightness, as national decay is of individual idleness, selfishness, and vice.*

La vida rural de Vizcaya es imposible con la división y subdivisión de la entidad agrícola que se conoce con el nombre de casería. En la reglamentación de las transmisiones, en sus distintas clases, está el peligro; de aquí que una buena política legislativa deba tender á mantener íntegra la unidad de la casería.

Este propósito y no otro es el que inspira al Fuero de Vizcaya en todas las disposiciones que son propiamente vizcaínas, prescindiendo de aquellas otras que tienen marcado abolengo castellano; pues ni todo lo que está en el Fuero es vizcaíno, ni todo el derecho genuinamente de Vizcaya está en el Fuero (1).

La indivisibilidad, pues, de la casería, principalmente, arraigada, como ya queda indicado, en la conciencia pública; las necesidades del cultivo y el género de vida de la familia cultivadora, en segundo término, inspiran la legislación foral á que se contrae este estudio.

En los capítulos siguientes procuraré demostrar que en lo dicho está la base y fundamento de las especialidades que diferencian el Derecho foral de Vizcaya del llamado común ó de Castilla.

(1) Sabido es que hay una porción de instituciones de derecho consuetudinario, las cuales no son objeto de este trabajo.

CAPÍTULO III

Las transmisiones de dominio como momento en el cual debe la ley civil dar las condiciones precisas para procurar la indivisión de la casería. — La sucesión testada: sus fundamentos. — Fórmula adoptada por el Fuero.

Comprobada por la observación de la realidad la indivisibilidad de la casería y su constante indivisión, voy á ir presentando ahora los medios que la legislación civil de Vizcaya ha considerado aptos para mantener indivisa esa entidad de la explotación agrícola llamada casería, sin perjuicio alguno para otros intereses y otros derechos, á los cuales la ley no podía en buenos principios negar su importancia y su valor relativos.

He dicho en el capítulo anterior, y vuelvo á repetir ahora, que una buena política legislativa en el asunto que me ocupa exige la subsistencia de la expresada indivisión; pero á poco que se medite acerca del curioso fenómeno de la manera como el precepto legal se completa, se transforma ó se niega por la conciencia pública en los distintos casos, se comprenderá que no es con el imperativo mandato de la ley sustantiva con lo que el Estado debe procurar esa indivisión, la cual, de tal suerte instituída, ni quizá dejaría percibir sus fundamentos racionales, ni tendría las condiciones artísticas de oportunidad que son tan necesarias á toda regla jurídica como su mismo fondo de justicia.

Sin duda por la intuición de esa verdad que enseña la

experiencia legislativa, no se encuentra en el Fuero de Vizcaya ninguna ley que diga que la casería es indivisible; la legislación foral de esta provincia no ha instituido de esa manera la indivisibilidad: se ha limitado á procurarla por medios hábiles y adecuados, sin emplear la forma imperativa del mandato.

Como el hecho de la indivisión de las caserías y su carácter de indivisibilidad descansan en la naturaleza de las cosas y están aceptados por la conciencia pública, la misión de la ley civil tenía que ser muy otra de la que al presente tratan de realizar las leyes de Hacienda, que tanto se discuten, y que por su propia índole, en relación con nuestro estado económico, se ven precisadas á mandar, á obligar, á constreñir, á cohibir, á reglamentar todas las hipótesis de incumplimiento, de defraudación y de los mil modos y maneras que el contribuyente exhausto de recursos ó malintencionado puede poner en juego para ir sorteando los rigores del impuesto.

La misión de la ley civil en el punto concreto á que me refiero, lejos de implicar nada que suponga coacción ni constreñimiento, se mostrará desde luego como permisiva, como verdaderamente docente, puesto que reducirá á fórmulas precisas lo que, no por detenida reflexión, sino por puro instinto, ha sido ya entrevisto por la colectividad.

En una palabra: que la indivisibilidad de la casería no la establece la ley, sino los particulares, en uso de su libertad civil y en consideración á las circunstancias de hecho que ya he dejado explicadas. Por esta razón, la misión del Fuero consiste en una función más negativa que positiva; es simplemente una función de garantía de la libertad civil de los particulares: se exige únicamente de la ley civil, de una parte, que no dé lugar con sus disposiciones á una irracional división de lo que es indivisible, y de otra, que suministre las condiciones necesarias para que los particulares mantengan por sus propias iniciativas la indivisión á que vengo refiriéndome. Para expresarlo de más elocuente

manera, diré que la ley cumple con mantener en este respecto el régimen de libertad civil, ese régimen que ha sido definido por Costa (1), como aquel «en que el Estado superior respeta á los individuos y á las familias la libertad de acción dentro de su privativa esfera, limitándose al papel de regulador, registrando en el Código las formas en que traducen espontáneamente el derecho voluntario, y sancionándolas con carácter supletorio, facultativo y, por decirlo así, docente».

Entendida de esta manera la cuestión, y refiriéndose como se refiere á la propiedad inmueble, claro es que el Fuero, para establecer las condiciones exigidas por el justo ejercicio de la libertad de los particulares, había de fijarse en los momentos principales de esa actividad individual, en los que, por referirse á la entraña misma de las facultades dominicales, ofrecen, por decirlo así, lo que hay de típico y de característico en el modo de sentir el derecho en este respecto.

Claramente se comprende que aludo á los momentos que significan *transmisión* de propiedad, porque, prescindiendo de los que toman por norma las *acciones* para caracterizar los llamados derechos reales, y, en este supuesto, se fijan en la acción reivindicatoria, es lo cierto que, de las distintas facultades que integran la relación jurídica dominio, la de transmitir, ó sea la libre disposición de la cosa, siempre se ha tenido y se tiene por esencial y característica de esa unidad de atribuciones relativas á la propiedad, á la cual llamamos dominio.

En la reglamentación de las transmisiones de la propiedad inmueble está el problema que la ley civil de Vizcaya tenía que resolver; bien podía ésta dejar al amparo de la legislación común otras muchas é importantísimas materias; no necesitaba reglas especiales para las relaciones de

(1) *Teoría del hecho jurídico*, pág. 108.

esos mismos inmuebles con lo que es puramente de Registro de la propiedad; tampoco había inconveniente en que unos mismos preceptos rigiesen en Castilla y en Vizcaya respecto de toda la materia de tutela en sus múltiples manifestaciones: los efectos generales de la contratación, salvo ligerísimas variantes, no reclaman por su propia naturaleza leyes distintas, ni las llamadas relaciones personales entre cónyuges, ni tantas otras instituciones. Pero la transmisión de la propiedad, que en todas sus formas y maneras lleva consigo el peligro del fraccionamiento y de la pulverización de los predios; la transmisión de la propiedad, en donde, quizá con más intensidad que en otro cualquier momento, se deja sentir el interés social, con sus justas exigencias y sus demandas, cada día con mayor precisión formuladas, no podía quedar al amparo de unos preceptos cuya tradición y cuyo sentido son de todo en todo opuestos á lo que signifique reconocimiento de ese interés social y de los derechos de la colectividad.

Tenían que nacer reglas nuevas enderezadas á la consecución de esos fines; había que hacer objeto de especial estudio y de atención delicadísima todo lo que significase transmisión de propiedad inmueble, para armonizar las instituciones á que esos actos traslativos del dominio se refiriesen (contratación, sucesión *mortis causa*), con los derechos de la propiedad misma, lo cual vale tanto como decir con el interés social, con el equilibrio económico de la colectividad. Y esos preceptos están en el Fuero, no agrupados y formalmente sistematizados, sino en distintos lugares y con ocasiones diversas, influyendo en las instituciones y dándoles una fisonomía peculiar, lo que propiamente se llama *especialidad* de esta legislación foral, en cuyo fondo alienta, sin duda alguna, un sistema, como se podrá observar en el curso de este trabajo.

Para que mejor se pueda percibir por el que leyere la interior organización de los principios de la legislación civil de Vizcaya, no he de seguir en su exposición el orden del

Fuero, producto de otros tiempos, en los que aun no se vislumbraba la importancia que la sistematización de las materias tiene, no solamente en cuanto afecta al fondo, sino también en lo que se refiere á la forma; y prescindiendo de ese orden, y creyendo que quizá sin exageración podría decirse que el Fuero, en lo que tiene de especial, es un conjunto de preceptos que regula la transmisión de la propiedad inmueble, he de seguir el orden de estas transmisiones para ver cómo los principios generales del Derecho han sido modificados por las circunstancias particulares de esta provincia, ó, mejor dicho, cómo esos principios generales se han manifestado en este determinado medio social.

No he de recordar ahora, por ser cosa de todos sabida, la fundamental distinción que separa las transmisiones de dominio á que se refiere el comercio ordinario de la vida, las que impulsa al personal interés del titular de los bienes y constituyen lo común y corriente, de aquellas otras que tienen un verdadero carácter excepcional, que no son impulsadas por el interés personal del titular (interés puramente económico), y que, lejos de referirse al ordinario mantenimiento de las relaciones sociales que con ocasión de los bienes surgen en la vida, son motivadas por la expectativa de la muerte, se dan en justa previsión de este hecho y han sido en todas las legislaciones objeto de reglamentación especial.

La distinción entre las transmisiones llamadas *inter vivos* y las denominadas *mortis causa*, en cuanto expresa diferencias ciertas y evidentes, no es hoy negada por nadie, que yo sepa.

Á ambas he de referirme en este trabajo; pero la mayor importancia de las sucesiones *mortis causa*, desde el punto de vista de la legislación foral en que me ocupo y el buen orden de exposición, exige que empiece por ellas, dejando para después lo referente á las transmisiones ó sucesiones llamadas *inter vivos*.

La intervención de la ley en las testamentarias y abin-

testatos, bien imponiendo á la voluntad del testador limitaciones que éste no puede destruir, bien fijando órdenes de sucesión cuya justicia puede ser dudosa, constituyen el mayor peligro de fraccionamiento de la propiedad cuando esa intervención no es discreta y acomodada á las circunstancias.

En las transmisiones *inter vivos*, el mismo interés personal del que transmite y del que adquiere es la mejor garantía para evitar la extremada división; de aquí que en esta clase de enajenaciones, la misión tutelar de la ley haya tenido que ser menos intensa. Algo hay, sin embargo, de especial en ellas; pero está tan íntimamente relacionado con la doctrina de las sucesiones *mortis causa*, con lo que realmente es el nudo de la legislación civil de Vizcaya, que sin la previa exposición de esa doctrina, ni acaso se comprenderían con facilidad los preceptos del Fuero, ni desde luego se podrían percibir sus fundamentos y sus motivos.

Por estas razones, la sucesión *mortis causa* será primeramente objeto de mi estudio.

Y como en definitiva el sentido de este trabajo no es otro que el de examinar de qué manera los principios de Derecho en sus instituciones particulares se han manifestado en este medio social, y como el medio social, en lo que tiene de característico y, por decirlo así, de *influyente*, he tratado de presentarlo ya á la consideración del lector (1), cúpleme ahora traer á reflexión dichos principios, para que pueda comprobarse si la resultante de ellos y del mencionado medio social es la fórmula consagrada por el Fuero, ó si, por el contrario, son de notar desviaciones y variantes que el Derecho mismo repugna y la sana crítica condena.

En esta labor forzoso me es empezar por aludir aquí á los fundamentos del derecho sucesorio, consignando, aunque sólo de sumarisima manera, las conclusiones que hoy por

(1) En el capítulo II de esta obra.

hoy considero como la última verdad de la ciencia jurídica en esa particular rama del Derecho privado.

En otro trabajo publicado hace pocos años (1) y con motivo del estudio de los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos, tuve ocasión de transcribir lo sustancial de la teoría del ilustre Cimbali (2) acerca del fundamento del derecho de sucesión *mortis causa*. Decía entonces que las conclusiones sentadas por este escritor parecíanme las más aceptables, dado el estado de la ciencia del Derecho, y no habiendo tenido todavía ocasión de rectificar este juicio en lo fundamental, aunque sí en ciertas consecuencias particulares, como se tendrá ocasión de observar, creo oportuno anotar aquí en extracto, del mismo modo que entonces lo hice, los puntos de vista más culminantes del malogrado autor italiano, á fin de que el lector pueda apreciar las ideas que tengo en cuenta para sacar las conclusiones particulares referentes al asunto concreto de este trabajo.

Dice Cimbali:

«La función que el derecho sucesorio viene á cumplir, representa en el orden social la continuidad del goce relativamente á los bienes materiales y á los agentes de la naturaleza, utilizados y apropiados por el hombre, como en el orden físico la generación representa la continuidad de la vida humana, á cuyas necesidades deben aquéllos atender perennemente. La continuidad de la vida de la humanidad á través de la cadena no interrumpida de generaciones que se suceden, mediante la renovación constante de los elementos de que ésta se compone, implica necesariamente la continuación en el goce de los bienes necesarios al desarrollo progresivo de la vida misma»; y á este propósito cita la siguiente frase de Binckershoek: «Cuando un individuo muere, su puesto no queda vacante: inmediatamente es

(1) *Estudios sobre la condición jurídica de los hijos ilegítimos.*

(2) *La nueva fase del Derecho civil.*

sustituído por otro, del mismo modo que la ola del mar ocupa sin interrupción el lugar de la ola que muere sobre la playa.»

Pero si lo dicho explica racionalmente la necesidad social de la sucesión en los bienes, cual complemento natural de la generación en el individuo, no nos da hasta ahora el criterio para decidir á quién deben ir á parar los bienes vacantes después de la muerte del dueño. Resolver esta cuestión, que es precisamente donde está el nudo de la dificultad, no será imposible si se tienen presentes en su conjunto armónico los varios elementos que componen el complejo derecho de propiedad, encarnado durante su vida en la persona del titular, y que por efecto de la muerte es útil se descomponga en los términos elementales que le constituyen, aunque en cantidad y proporciones diversas.

Se ha dicho que el derecho de sucesión se reduce de una parte al derecho de familia, y de la otra al derecho de propiedad, y que la misma presupone á un tiempo la justificación del derecho de propiedad (lado individual) y la organización de la familia (primer lado social); pero no se ha dicho todo. La palabra *sucesión* denota la sustitución de persona viviente en el lugar de una persona difunta, en todos los bienes y relaciones jurídicas á que en esta vida se encontraba ligada. Mas ¿quién puede tener el derecho de ocupar enteramente el puesto dejado vacante por el difunto? Como cesa la identidad en la cualidad y en las relaciones meramente personales, así deben cesar igualmente cuanto al ejercicio de las relaciones patrimoniales. Sólo subsidiariamente podrá cumplirse por otros individuos, tanto el oficio personal cuanto el oficio patrimonial, mantenido por el difunto.

El difunto debía poseer, ciertamente, á título de propiedad, un conjunto de bienes que constituirían su patrimonio, para que pudieran los mismos transmitirse, á título de herencia, en otras personas sobrevivientes. El derecho de sucesión también presupone constituido ya el derecho de pro-

piedad: luego en los precisos límites en que tiene lugar el derecho de propiedad se encarna y se desarrolla el derecho de herencia. La propiedad, empero, es un derecho complejo con relación á los múltiples factores ó coeficientes que, si bien en medida y proporciones diversas, concurren á producirla. El predominio del elemento individual en la constitución de la misma hace que sea individual el uso y el ejercicio de la propiedad, y aun también porque, bajo el impulso del interés individual, se cumple mejor la función social de proveer á las necesidades de la sociedad, á la que se encontraba ordenada. Pero en la constitución de la propiedad hay que tener cuenta del elemento social, que se resuelve en dos términos: de la familia y de la sociedad en general. La primera, en cuanto coopera con la cabeza y sus individuos á la creación ó aumento del valor en que la propiedad se concreta. La segunda, después, en cuanto como organismo jurídico de la totalidad, en cuyo seno se funden y coordinan los varios órganos de la asociación (individuos, familias, asociaciones, entes morales de cualquiera naturaleza), sea prestando varias garantías de tutela contra cualquier violación ó ataque, sea facilitando las condiciones generales necesarias al sostenimiento y desarrollo de la vida humana en sus diversos órdenes, y aun al desarrollo íntegro de las facultades humanas, de manera que se puedan alcanzar los fines comunes de la vida, viniendo también éste á ser factor de la propiedad privada.

Hay necesidad, pues, de interesar el concurso de estos tres elementos en la constitución de la propiedad: el elemento puramente *individual*, el elemento *familiar*, el elemento puramente *social*. Mientras vive el cabeza de familia, ó, en general, el miembro titular de la propiedad, permanece unido al mismo el uso y el goce exclusivo de ésta, salvo la obligación de suministrar los alimentos que necesiten á los otros miembros de la familia que han contribuido con su trabajo á constituirla, y de pagar al Estado el impuesto en proporción del valor de la misma, en correspondencia de

los servicios y de los beneficios que de él recibe; como también durante la vida del titular, tanto los miembros de la familia cuanto el Estado, tienen un derecho de esperanza que se concreta y realiza en el instante de la muerte; derecho, por lo demás, que no perjudica para nada las enajenaciones que el propietario tiene la facultad incontestable de hacer por acto entre vivos.

La cuota de reserva, en verdad, constituye una sucesión necesaria, en cuanto se adquiere por los que por la ley tienen derecho, aun contra la voluntad del propietario, y es al mismo tiempo la afirmación del condominio que á cada miembro de la familia compete respectivamente sobre los bienes del otro, en perfecta correspondencia con la posición que ocupa en el seno de la familia como organismo ético.

Solamente á la muerte del titular es cuando se resuelve en sus elementos simples el derecho complejo de propiedad, ó mejor, que se separa la comunidad del derecho sobre los bienes cuyo ejercicio tuvo durante su vida, como principal interesado y como autor principal en la formación de la propiedad. Sólo entonces es cuando cada uno de los tres factores reivindica para sí la parte de derecho que respectivamente le compete sobre la propiedad común. De la parte de bienes correspondiente al trabajo y sacrificio que se reputa haber empleado el individuo para producir el valor en que la propiedad se concreta, puede cada uno á su arbitrio disponer libremente en favor de quien quiera. La parte remanente después, variable según la posición que ocupan los miembros sobrevivientes; el grado de colaboración que se reputa hayan podido prestar en la producción de los bienes, y el de participación que efectivamente hayan tenido hasta la muerte del titular en el goce de éstos, como también según el grado de afección y de obligación que le ligaba en la vida, está necesariamente reservada á la familia, salvo en el individuo el derecho á disponer libremente de todo el patrimonio cuando falten parientes que tengan derecho á reserva.

El Estado también concurre siempre, por tener una cuota de herencia bajo forma de impuesto de sucesión, la cual, de mínima que es cuando ésta se abre en favor de los parientes próximos (descendientes y ascendientes), es mayor á medida que se debilita el vínculo de parentesco por la calidad de la línea y la distancia del grado.

Se ha visto que existe el concurso simultáneo de los tres elementos dichos en reivindicar cada uno la parte de derecho que respectivamente le pertenece, cuando, faltando el principal, debe por necesidad de las cosas disolverse la *societas bonorum*, de la que constituía el centro y el órgano funcional. Mas puede ocurrir que alguno de éstos, ó porque no pueda ó porque no quiera, directamente ó por medio de representante, no esté dispuesto á reivindicar la cuota que le pertenece sobre la propiedad de los bienes. Y sólo entonces la sucesión, por falta de concurso simultáneo de los diversos actores y órdenes de herederos, es, ó exclusivamente legítima, ó exclusivamente testamentaria, según falte del todo ó se declare nulo el testamento, ó bien haya dispuesto de todo el patrimonio, sin excepción de clase, la persona del difunto, por acto de libre voluntad, no dejando tampoco herederos que tengan derecho á reserva.

La preferencia y la preeminencia corresponde al titular, lo mismo por actos entre vivos que *mortis causa*, que es el coeficiente más importante de la propiedad, siempre que piense ejercitar el propio derecho por medio de un representante legítimo, formalmente designado antes que con el hecho de la muerte se rompan los vínculos que le ligaban á la propiedad. Cuando el propietario dispone por acto gratuito entre vivos ó de última voluntad de la totalidad de sus bienes, ni deja persona que tenga derecho á reserva como representante de la familia, sucede, por faltar el concurso del elemento familiar, el predominio completo del elemento individual, que absorbe la parte de derecho correspondiente al primero, y ocurre todavía que una parte mínima de la cuota la familia la deja vacante en favor del Estado bajo la

forma de descuento proporcional de la tasa de la sucesión. Como, viceversa, cuando el propietario no dispone por acto gratuito entre vivos ó de última voluntad de la cuota exclusiva de bienes disponible que le compete sobre su patrimonio, inmediatamente sustituirá el derecho de la familia, que después del del individuo representa legítimamente el elemento más fuerte frente al Estado, que por una cuota relativamente inferior se ofrece como heredero necesario también. En este segundo caso, la cuota vacante por falta de disposición del individuo es ocupada y absorbida por la familia, que la atrae á sí completamente, salvo siempre en beneficio del Estado una cuota de participación relativamente mayor á medida que se debilita el vínculo de parentela entre los que en la representación de la familia son llamados á recoger la sucesión. La sucesión, en fin, se confiere enteramente al Estado á título de *bienes vacantes*, cuando, faltando juntamente al mismo tiempo, por carecer de disposición, el elemento individual, y por no tener parientes en el grado determinado por la ley, el elemento familiar, resta el elemento social como único concurrente para tomar por completo las cuotas de derecho dejadas abandonadas por los otros partícipes preferidos en la contienda.

Tal es la teoría sustentada por el ilustre Cimbali, y tales los principios en que se fundan las sucesiones testamentaria y *ab intestato*, en los que deben inspirarse las legislaciones positivas.

Limitándome por ahora á la sucesión testamentaria, desde luego se advierte que lo que anima á esa manera de suceder, no solamente en la teoría expuesta, sino en todas las legislaciones positivas que la reconocen, y sin lo cual, en realidad, no se comprendería, es el ejercicio de la voluntad del titular de los bienes, del causante de la sucesión y los efectos más ó menos restringidos que la regla jurídica del Estado le reconoce y sanciona. Tan es así, que reconocer el testamento es reconocer el ejercicio de esa facultad individual, puesto que testar no es otra cosa que manifestar la

última voluntad, ya respecto de los bienes, como dice nuestro Código civil limitando el sentido de esa institución, ó ya respecto de todos los órdenes de cosas, como afirmaba el Derecho romano.

La eficacia de la voluntad individual y el concepto de la propiedad: hé aquí las dos bases sobre que gira toda la materia de la sucesión testamentaria, y aun puede decirse que estas dos bases se reducen á una sola desde el momento en que la mayor ó menor esfera de acción que á la voluntad individual reconozca en este respecto la ley del Estado, dependerá en gran parte del sentido que en esa regla jurídica inspire al concepto de propiedad.

Allí donde con tendencia marcadamente unilateral las ideas reinantes no acierten á encontrar en la propiedad más que su aspecto individual, desconociendo la cooperación directa ó indirecta del todo social en la producción de la riqueza; allí donde no se alcance á descubrir las relaciones que con motivo ú ocasión de la propiedad se mantienen y que quedan fuera de las puramente individuales, más fáciles de percibir por los medios sensibles, á causa de su peculiar naturaleza; allí donde, á pesar del progreso creciente de los tiempos, se siga entendiendo la lucha por la vida como lucha del individuo aislado contra todos los obstáculos y resistencias, sin que la tradicional miopía por rancias ideas ocasionada permita distinguir la numerosa serie cada día más rica y más variada de defensas, reforzaduras y medios aptos, en una palabra, para triunfar en esa lucha, que el principio de asociación y el sentimiento de la solidaridad suministran de continuo, vendrá, como lógica consecuencia en materia de sucesión testamentaria, la libertad absoluta de testar.

Ni aun las personas más allegadas al causante podrán invocar derecho alguno á su herencia fundándose en el concepto de la propiedad, porque la persona del causante será el solo árbitro de sus determinaciones; y siendo suyos, exclusivamente suyos, sus bienes, y no estando condiona-

da por ninguna otra su relación de propiedad, tendrá ciertamente sobre su patrimonio el derecho de abusar en la completa y más amplia significación de la palabra.

Podrá la ley del Estado imponer limitaciones al ejercicio de esa voluntad individual, fundándose en otro orden de consideraciones; por ejemplo, fijando cuotas alimenticias á los hijos, en virtud del principio de la responsabilidad familiar; pero esas limitaciones, que, por una parte, no resuelven, en mi opinión, el problema de la sucesión testamentaria, no encontrarán, por otra, su fundamento en el reconocimiento del complejo fenómeno de inagotable contenido á que llamamos *propiedad*. Más todavía: partiendo del supuesto unilateral á que vengo refiriéndome, las limitaciones citadas á modo de ejemplo, derivadas de la responsabilidad familiar, serán las únicas que el mencionado supuesto admita, pues otro género de limitaciones, no sólo no se derivan del concepto á que aludo, sino que están con él en abierta pugna.

Dentro del criterio individualista en la materia que me ocupa, lo único que puede exigirse al padre es que asegure la subsistencia del hijo incapacitado para el trabajo ó del hijo menor hasta que llegue á poder valerse por sí; pero el hijo mayor y capaz no puede acreditar ningún derecho á la sucesión, ni al padre se le puede cohibir para que disponga en determinado sentido de lo que es como una extensión de su personalidad, más todavía, como su personalidad misma.

De análoga manera, allí donde se considere que las instituciones sociales, y principalmente la propiedad, sólo está influida por dos como á manera de grandes centros motores, el individuo y el Estado; allí donde se crea que éstos son los dos únicos factores que integran el derecho de propiedad, y se desconozca la existencia de esos organismos intermedios, verdaderas reforzaduras sociales para la lucha por la vida, y entre ellos, del organismo familiar (la reivindicación de cuyo derecho y cuyo completo reconocimiento es una de las empresas que tiene que llevar á cabo el mo-

derno Derecho civil), allí coexistirá, junto al más ilimitado arbitrio individual, la participación del Estado en la herencia en forma de impuesto. Pero salvo la cuota necesaria de ese impuesto, salvo lo que el Estado considere que en cada caso le corresponde por su cooperación indirecta en la formación de la riqueza, en lo demás, en el resto del patrimonio del causante, no cabe ingerencia alguna de la ley reconociendo derechos á participaciones determinadas, porque desde este punto de vista subsisten las mismas razones y los mismos motivos que desde el punto de vista anterior conducían á la más ilimitada libertad de testar, como necesaria consecuencia.

Por el contrario, si de la teoría del ilustre Cimbali se parte; si para dar justa solución al problema del derecho sucesorio atentamente se examina el complejo fenómeno de la propiedad, y en él se descubren los distintos factores que efectivamente lo integran y se aprecia el valor respectivo, no sólo del lado individual que tiene en cuenta la primera tendencia y del lado social que estima la últimamente citada, sino también del otro lado ó aspecto social que al organismo familiar se refiere, se vendrá á concluir, con el profesor italiano, que, una vez detraída del patrimonio del causante la parte que el Estado percibe en forma de impuesto, aun restará otra parte que habrá que sustraer en buenos principios al libre arbitrio individual; aun quedará otra porción sobre la cual el organismo familiar acredita incontrovertibles derechos que la ley tiene forzosamente que amparar.

Llegamos, pues, de esta suerte al reconocimiento de la justicia de las legítimas en la sucesión testamentaria. Pero conviene fijar bien el genuino sentido de las conclusiones á que voy llegando; de lo dicho hasta aquí se infiere únicamente que hay una parte del patrimonio individual que debe sustraerse al libre arbitrio del causante; que hay una porción, además de la que al Estado corresponde, sobre la cual la libertad absoluta de testar no puede ejercerse, por-

que el organismo familiar acredita preferentes derechos; pero nada más que esto se deriva en buena lógica: otra suerte de generalizaciones ó ampliaciones sería completamente gratuita.

Mas surge en este punto una grave cuestión, que la ley tiene que resolver: esta cuestión es el problema de la cantidad, del *tanto* de la reserva, de la cuantía á que debe ascender lo que el Estado reivindique y lo que á la familia corresponda.

Pero el problema del tanto de la reserva presenta un doble aspecto: de una parte, hay que ver lo que toca ó corresponde á cada uno de los tres elementos individual y sociales (cuota de libre disposición, cuota de reserva á favor de la familia y cuota á favor del Estado en forma de impuesto), y de otra, procede examinar la cuestión misma de cantidad, para poner en claro la porción que dentro del elemento familiar corresponde á cada uno de sus miembros individuales, según el grado de parentesco, cooperación que se les suponga en la formación del patrimonio y demás circunstancias que deben tenerse en cuenta.

En este punto me aparto de la doctrina de Cimbali, quien se muestra partidario de la institución por la ley de cuotas fijas y preestablecidas, á juzgar por lo que aplaude al Código italiano.

Examinemos la cuestión: ¿debe determinarse *à priori* la porción que al Estado corresponde en cada sucesión *mortis causa*, tomando por base, por ejemplo, el parentesco, como hacen las legislaciones del impuesto de derechos reales al uso? Si dentro de la esfera de lo puramente intelectual contestamos esta pregunta, habremos de convenir en que la mayor ó menor proximidad de parentesco entre el causante y el que sucede no es norma segura para poder determinar con justicia la cuantía de lo que al Estado corresponda. Siendo el fundamento de la participación del Estado la cooperación que haya podido prestar para que se forme la individual riqueza, claro es que la razón suprema de la cuota

del impuesto está en esa cooperación; y, en este supuesto, desde luego se nos presenta como único signo graduador de la cuantía de esa cuota la mayor ó menor ayuda que el individuo haya recibido del Estado en la obra de la acumulación de su patrimonio particular.

Descubrir en cada caso concreto el tanto de esa ayuda, reduciéndolo á proporción y á número, es descubrir el tanto de la cuota del impuesto. Así, por ejemplo, si este análisis se emprendiese, sería lógico el afirmar que cuando los bienes relictos consistieran en papel del Estado, el tipo contributivo debería ser más alto que cuando se tratase de valores industriales, y más reducido que en este último caso, cuando la formación del capital relictó hubiese sido debido á una explotación agrícola. En suma: que el título de adquisición por el causante de las varias partes de su patrimonio, la racional distinción de las diferentes clases del trabajo humano y el mayor ó menor desarrollo de la acción tutelar del Estado en los distintos órdenes de la vida, son los datos que discretamente combinados podían dar como resultante el signo regulador del tanto que al Estado toca percibir en cada sucesión.

No se me ocultan las dificultades prácticas que hoy por hoy ofrecería la implantación en las leyes de este criterio científico, dificultades que en el momento actual lo harían quizá inaplicable; pero no creo que se puede negar que ese modo de ver la cuestión es el que lógicamente se deriva de los principios que he dejado sentados, y cuenta además que los obstáculos de hoy pueden no serlo mañana, cuando el progreso de las ciencias jurídicas y financieras permita llegar en este orden de cosas á una más feliz expresión del Derecho que la limitada y casuística que hoy informa á todas las leyes rentísticas.

De todos modos, y para no dar á estas cuestiones incidentales un desarrollo impropio de la índole del presente trabajo, en resumen afirmo que la porción que al Estado corresponde puede fijarse con el relativo acierto que la na-

turalidad del problema permite, y de hecho viene fijada ya en las legislaciones positivas con más ó menos error ó con más ó menos justicia.

Detraída del caudal hereditario la parte que al Estado corresponde, lo que resta queda para la representación de los otros dos elementos ó factores, el individual y el familiar; es decir, que se reparte entre lo que se llama parte de libre disposición y lo que se denomina legítima.

Pero antes de pasar adelante, he de detenerme un momento en fijar bien el que yo creo que es el verdadero sentido de la parte de libre disposición en las sucesiones testamentarias.

¿Qué quiere decir factor ó elemento individual en la propiedad aplicado á la teoría de la sucesión? ¿Qué se quiere expresar cuando se afirma que el reconocimiento de ese factor en la propiedad lleva consigo el que la ley civil tenga que instituir la facultad del titular para disponer de una parte de sus bienes á su albedrío y sin que ni la familia ni el Estado puedan mermar ni limitar ese derecho? ¿Es que el testador puede en buenos principios dejar esa porción de su capital á quien más le venga en gana? ¿Es que entonces no habrá motivos racionales para calificar de justa ó de injusta la conducta del testador al hacer uso de su libertad en cuanto á esa parte? ¿Afirmaremos que en todo caso el testador obra justamente porque sólo en su voluntad soberana están los motivos para juzgar de sus actos en este respecto? ¿Por ventura lo individual ha de significar siempre lo caprichoso, lo arbitrario?

Este criterio parece que inspira á no pocos autores y á las legislaciones en general, aunque no de un modo expreso se ponga de manifiesto. Pero el común sentir de las gentes constantemente protesta en mil casos particulares de esa manera de ver la cuestión. El libertino que deja sus bienes á sus compañeros de crápula, olvidando á dignísimos y pobres parientes; el que, en su afán inmoderado de conquistar la salvación eterna, deja su capital para sufragios

por su alma, y no se acuerda, por ejemplo, del tutor honrado que tal vez salvó sus bienes de inminente catástrofe; el desequilibrado inglés que dispone de su patrimonio para fundar un asilo de perros vagabundos, y tantos otros testadores estrambóticos, siempre serán justamente censurados por la opinión pública. No há mucho que el testamento de una infanta de España, al legar para ciertos fines un suntuoso palacio de una bella capital andaluza, produjo allí, donde el mal más directamente se ocasionó, vivas y fundadísimas protestas. Y es que no es posible sustraer ciertos actos, á pesar de su índole privada, del dominio de la opinión pública, de una parte, porque la moral es cosa que á todos afecta, y semejantes actos sin duda lesionan la moral social, y de otra, porque el *sagrado* derecho de propiedad (ni más sagrado ni menos tampoco que otro derecho cualquiera) deja de merecer los respetos de la colectividad desde el momento en que el que lo ejerce se olvida de los fines sociales que la propiedad por ley de su propia naturaleza viene á cumplir en la vida colectiva.

Lo individual no quiere, pues, decir lo arbitrario. Parte de libre disposición no quiere decir parte sustraída á los motivos morales de la actividad humana por obra de lo que pudiera llamarse extraterritorialidad del imperio de la injusticia.

La libertad concedida al testador no es para que se ejerza á capricho: es libertad para escoger entre distintos términos; pero no para decidirse por cualquiera, sino por el justo, por el debido.

Podrá parecer paradójica al espíritu distraído esta manera de entender la cuestión; pero no hay tal. Se da en el presente problema uno de esos innumerables y complejos fenómenos en que la libertad y la necesidad, términos antagónicos, se combinan de armónica manera. Ocurre en el caso de que trato que, reconociéndose en el causante la facultad de disponer libremente de una parte de sus bienes, por entenderse que así se lleva á sus legítimas consecuen-

cias la consagración del elemento individual de la propiedad, surge en el individuo la necesidad moral de hacer un uso justo de esa libertad. Aquellas personas á quienes está obligado por gratitud, por deberes de conciencia; aquellas á quienes por lo remoto del parentesco no ha podido la ley civil garantizarles un derecho en forma de legítima, pero respecto de las cuales la convivencia con el causante y la intimidad del trato han creado una verdadera y próxima relación familiar fuera de la ley, pero no en contra suya, deben ser las personas agraciadas por la liberalidad del testador. Podrá éste no acomodar su conducta á los dictados de tal criterio; podrá la ley civil carecer en la actualidad de medios adecuados para deshacer ese entuerto, y podrá ó no más adelante, con el progreso de las ciencias jurídicas, suministrarse esos medios; pero la sana conciencia, sin que tenga necesidad de fundarse en textos de leyes positivas, siempre formulará su fallo y calificará de justa ó injusta la conducta de los testadores, según que se acomode ó no al criterio expuesto.

De modo que la ley reconoce la libertad de los testadores para que, entre los distintos términos sobre que ha de recaer su elección, escojan el justo, el debido. Hay además otro motivo por el cual la ley civil tiene que reconocer en el causante esa libertad, y consiste en que, no pudiendo el Estado tener en cuenta las relaciones particulares de cada individuo, no conociendo las circunstancias especialísimas que rodean á las personas y que varían de todo en todo de unas á otras, carece, en realidad, de competencia para prefiar en la regla jurídica el reparto de los bienes, que de tal suerte realizado resultaría casi siempre injusto. Nadie con más competencia que el testador para hacer ese reparto; en su virtud, por esta razón de la competencia es también por lo que le está atribuída la libertad á que me refiero. Si el testador, desconociendo estas razones que le hacen competente, hiciera imperar el capricho en las determinaciones de su voluntad, yo no vería inconveniente en que la ley, una vez

que esto se demostrase, concediese medios para invalidar lo que la moral y el común sentir rechazan.

En resumen, y con esto creo que dejo ya presentado con completa claridad mi punto de vista sobre la materia, entiendo que el sentido de lo que en las sucesiones se llama parte de libre disposición, debe ser el que se expresa en la afirmación siguiente: hay una porción de bienes en todo patrimonio privado, respecto de cuya distribución es justo que el testador tenga libertad para hacer todo lo que la ley hubiera seguramente hecho si hubiese tenido conocimiento de las circunstancias particulares y personalísimas que concurrían en el testador.

Si tenemos ahora en cuenta, de una parte, la importancia del organismo familiar; de otra, la necesidad de vigorizarlo, siquiera sea en la escasa medida que la ley civil puede hacerlo, y muy principalmente el hecho de que por lo común personas de la misma familia son en justicia las llamadas á disfrutar de esa parte de libre disposición, llegaremos á la consecuencia de que, habiendo herederos de los denominados forzosos, la parte sobre que actúa la libertad del testador debe representar un tanto por ciento, antes reducido que alto, de la totalidad del patrimonio.

Una buena política legislativa exige también en este punto que ese tanto por ciento varíe según la clase de herederos forzosos que concurran á la herencia, siendo mayor á medida que el grado de parentesco de los que representan el elemento familiar sea más distante del testador. Sin embargo, razones de otra índole pueden imponer limitaciones á este criterio: más adelante recogeré esta referencia.

No creo, por último, imposible el que se llegue á establecer en la ley casos de excepción á lo expuesto, en los cuales se amplíen las facultades del testador permitiéndole disponer á su prudente arbitrio de una mayor parte de su capital; pero el desarrollo de estas doctrinas me llevaría muy lejos, y para el objeto que persigo creo que basta con lo dicho.

Veamos ahora la que he llamado cuestión del tanto de la participación de los individuos que representan el elemento familiar, que es en rigor el punto más importante, y el antecedente que hay que tener más en cuenta para la crítica de las disposiciones del Fuero de Vizcaya á que después me referiré.

Dije antes, al examinar los fundamentos del derecho de sucesión, que de ellos se derivaba la consecuencia de que hay una porción del patrimonio individual sobre la cual la libertad absoluta de testar no puede ejercerse, porque el organismo familiar acredita preferentes derechos; es decir, llegué á sentar la conclusión de la justicia de la llamada en el tecnicismo jurídico *legítima*; pero añadí en seguida que nada más que eso se derivaba de los principios sentados, y que otra suerte de generalizaciones ó ampliaciones sería completamente gratuita.

Ahora bien: esa porción legítima, ¿cómo se distribuye entre los distintos parientes que están colocados dentro de un mismo grado sucesorio, por ejemplo, entre los hijos, entre los colaterales que tienen igual derecho, etc.? Observo, en primer lugar, que tales personas no acreditan su derecho á la sucesión como individuos y en virtud de circunstancias particulares que en ellos concurren, sino como representantes del organismo familiar; y teniendo esto en cuenta, me pregunto: ¿puede el Estado fijar anticipada é inflexiblemente el tanto que á cada uno de los herederos corresponda, bien imponiendo una igual distribución por cabezas ó por estirpes, ó bien por otro medio cualquiera?

Dos clases de exigencias deben satisfacerse en este reparto para que se inspire en los principios de la justicia y no resulte expresión caprichosa de la ley ni del testador, y sólo después de examinar la naturaleza de estas exigencias es como se puede contestar á la pregunta formulada.

Se refiere una de ellas á las condiciones especiales que afectan á cada uno de los llamados á la sucesión y á la relación particular en que estén con el causante. He dicho

hace un momento que los parientes llamados á heredar no acreditan su derecho á la sucesión como individuos y en virtud de las circunstancias particulares que en ellos concurren, y pudiera parecer que existe contradicción entre esta afirmación que hice antes y lo que ahora digo; pero una ligera indicación la desvanecerá por completo.

El grupo de parientes llamados á la herencia (hijos, colaterales en cierto ó en ciertos grados, etc.) son declarados herederos forzosos por la ley en razón de que por su grado de parentesco son, como tal grupo, los que mejor y más genuinamente representan á la familia del causante; y esto es así independientemente de toda personalísima circunstancia de que puedan estar adornados tales individuos. Pero esto no excluye ni se opone á que, una vez que haya quedado reconocido su derecho como miembro del grupo y se haya impuesto al testador la limitación de que tenga que disponer entre ellos de una porción de sus bienes, se tengan en cuenta sus peculiares circunstancias en el modo práctico de hacer efectivo su mencionado derecho, y á dichas circunstancias se atienda para que el tanto de participación de cada uno de los individuos del grupo resulte tan justo como sea posible.

Explicada de esta manera la aparente contradicción, y continuando mis observaciones sobre este punto, no necesito decir cuáles son las circunstancias que deben influir para que la fijación del tanto de cada individuo sea la justa y debida, pues ya el lector discreto comprenderá que aludo á todas aquellas que un buen padre de familia suele tener presente al ordenar su última voluntad. Así, la mayor ó menor fortuna que posea cada uno de los miembros del grupo, su conducta moral, la edad, el sexo, las causas de incapacidad que en ellos pueden concurrir, el estado, sobre todo en las mujeres; las necesidades que cada uno se haya creado á la época en que ocurra el fallecimiento del causante; los motivos de gratitud y tantas otras circunstancias variables hasta el infinito, no pueden ser extrañas á las determina-

ciones de la voluntad que fije el tanto de participación de cada individuo, ya sea la voluntad del Estado consignada en la ley, ya sea la del mismo causante de la sucesión.

La segunda clase de exigencias que deben satisfacerse para que el reparto se inspire en los principios de la justicia afecta á la naturaleza de la propiedad.

La colectividad social tiene un manifiesto interés en que su órgano de nutrición, como llama muy acertadamente Cimbali (1) á la propiedad, se conserve apto y expedito para la realización de las importantes funciones que le son peculiares. En este sentido se puede afirmar, como algunos han dicho, que las cosas tienen también sus derechos.

La clase de riqueza en que consiste la herencia relicta, las necesidades de su explotación en buenas condiciones económicas, la vocación ó particular aptitud que para el manejo y desenvolvimiento de esa determinada riqueza pueda concurrir en alguna de las personas llamadas á la sucesión, el que la naturaleza de los bienes permita ó no esos fraccionamientos tan funestos las más de las veces para el haber social, y por consiguiente para el bienestar individual, son datos que, en unión de otros muchos, deben ser tenidos en cuenta cuando del reparto de una herencia entre los distintos copartícipes se trata.

Ahora bien: si con estos antecedentes á la vista reflexionamos un momento sobre la pregunta que antes formulé de si puede el Estado fijar anticipada é inflexiblemente el tanto que á cada uno de los herederos corresponda, bien imponiendo una igual distribución por cabezas ó por estirpes, ó bien por otro medio cualquiera, comprenderemos que la respuesta no puede por menos de ser negativa.

Las relaciones familiares y personalísimas de cada uno de los llamados á la herencia, factor sin el cual no se puede llegar á una solución justa en la materia del reparto, por su índole esencialmente privada escapan á la acción del Esta-

(1) Obra citada.

do, no armonizan con los medios de que éste dispone para cumplir y hacer cumplir el derecho en este respecto, y suponen una variedad tal de casos y de estados de conciencia, que la regla jurídica es impotente, al menos por ahora, y no contando como no cuenta con órganos auxiliares (1), de una parte, para presuponer todos los casos, y de otra, para encontrar feliz expresión de un principio que á todos los comprenda. Exactamente lo mismo se puede decir del segundo orden de exigencias á que antes aludí, referentes á la naturaleza de la propiedad en sí misma y en relación con las personas llamadas á dirigir su desenvolvimiento y explotación: también escapan á la acción del Estado, y tampoco pueden ser tenidas en cuenta por éste con la suficiente virtualidad para que el reparto que la ley civil consignase pudiera calificarse de justo.

Esta incompetencia del Estado para fijar por sí el tanto de la participación que á cada individuo corresponde en la masa hereditaria, ha sido ya tácitamente reconocida por la tradicional legislación de Castilla, y más todavía por el Código civil vigente. En efecto, no otra cosa que el reconocimiento de esa incompetencia significa la institución de las mejoras, si bien el empirismo y la rutina que caracterizan á nuestras reformas legales no hayan permitido sacar de ese principio las lógicas consecuencias que contiene y se haya limitado la acción del legislador á dar una mayor amplitud á la facultad de mejorar, más por espíritu de transacción y de concordia con el derecho foral, que por atento examen y reflexivo estudio de los principios de justicia que deben ordenar el reparto de toda masa hereditaria.

Porque, reflexionemos un momento: ¿cuál es la razón de que conceda el Código civil la facultad de mejorar? ¿No es cierto que al establecer y ampliar esta institución del Fuero

(1) Claramente se comprende que en esto de los órganos auxiliares me refiero al Consejo de familia.

Juzgo persigue, sin duda alguna, el fin de que en el reparto de los bienes de la herencia impere una mayor justicia que la que puede producir la distribución igualitaria que se derivaría de la ley si en ésta no se reconociesen las *mejoras*? Luego el mismo Código viene de modo expreso á convenir en que en esta cuestión del reparto hereditario á que me refiero hay motivos y circunstancias y puntos de vista, los cuales, más que para presupuestos en la ley, son para apreciados en la individualidad de cada caso por quien reúna condiciones de capacidad para ello.

Leyendo entre líneas en los artículos del Código dedicados á las mejoras, no es difícil el vislumbrar la desconfianza que á la misma ley inspira su igualitario reparto. Y si con espíritu de serena crítica se llega á las últimas consecuencias, allí donde quiera que se perciba un principio con más ó menos vaguedad expresado, vendremos á concluir: primero, que las exigencias á que antes me he referido no pueden ser atendidas por el Estado en la ley civil; y segundo, que sólo el padre de familia, ó, en términos más generales, el testador, es el que se encuentra en condiciones de apreciar toda la circunstancialidad del caso de su sucesión, para procurar que en el reparto de sus bienes no resulte perjudicada la justicia.

Es ésta una solución que, cuanto más se considera, más se muestra como la única adecuada. ¿Quién más competente que el testador para juzgar las circunstancias personales de cada uno de los miembros del grupo de individuos que representan el organismo familiar? ¿Quién puede conocer mejor las necesidades del orden económico, industrial, mercantil ó agrícola de la masa de bienes que constituyen la herencia, que la persona que durante su vida ha consagrado toda su actividad y toda su inteligencia á manejar esos mismos bienes, manteniéndolos en buenas condiciones de producción é intentando conseguir con el menor esfuerzo el mayor número de utilidades posible? Y ¿qué mayor sagacidad, qué observación más perspicaz ni qué investigación

más acuciosa pueden sustituir á las que el testador está en condiciones de poner en juego para estudiar las particulares aptitudes de sus herederos y descubrir cuál es el que mejor puede continuar la obra económica y la peculiar tradición de la familia?

Por razón, pues, de lo que hay de personal en el problema de la sucesión testada, en atención también á lo que impone la naturaleza de las cosas y como justa exigencia del interés social, hay que reconocer que la fijación del *tanto* que á cada miembro del grupo de parientes llamado á la herencia corresponde percibir, debe ser fijado por el mismo testador. Contra el capricho ó la manifiesta ineptitud del causante, la ley civil puede tomar medidas; pero el principio que debe imperar en esta materia es el que creo haber ya expuesto con la suficiente claridad.

Volvamos después de todo lo dicho al punto de partida. Quedan ya explicados los problemas fundamentales de la sucesión testada tal y como alcanzo á comprenderlos, desde los puntos de vista que estimo justos; recordemos ahora que al principio de este capítulo, y una vez sentada en el anterior la indivisibilidad de la casería, llamaba la atención acerca de la extraordinaria importancia que ofrecían las transmisiones del dominio de los inmuebles y acerca del peligro que ese momento de la transmisión lleva consigo cuando una reglamentación adecuada no suministra los medios precisos para que el ejercicio de los actos característicos del dominio no redunde en daño del equilibrio económico de la sociedad.

Decía entonces también que, como el sentido de este trabajo no era otro que el de examinar de qué manera los principios de Derecho en sus instituciones particulares se han manifestado en este medio social, importábame traer á reflexión dichos principios, para que pueda comprobarse si la resultante de ellos y del mencionado medio social es la fórmula consagrada por el Fuero, ó si, por el contrario, son de notar desviaciones y variantes que el Derecho mismo repugna y la sana crítica condena, y, después de todo lo expues-

to, creo haber presentado ya todos los datos indispensables para poder dar justa contestación á la siguiente pregunta, objeto final de la investigación en que he venido ocupándome.

Los principios explicados, ¿suministran medios aptos para que al través de las sucesiones testamentarias pueda mantenerse la unidad de la casería y su indivisión actual? Ó de otro modo: puesto que esa indivisión, según tengo dicho, subsiste por la iniciativa de los particulares y como justa expresión de un estado de conciencia, ¿garantiza la teoría expuesta la libertad civil hasta el punto preciso de que los individuos en uso de ella puedan hacer efectiva esa indivisión tantas veces citada?

El problema propuesto mira por una parte al derecho de sucesión y por otra al derecho de propiedad, y más que á éste en sí mismo y en su consideración abstracta, al lado social de la propiedad. La solución, por lo tanto, para que sea justa, para que sea propiamente *jurídica*, necesita tener cuenta de la complejidad del problema.

Es menester, al reglamentar la sucesión testada, conseguir el fin práctico de procurar la indivisión de la casería; es menester también que no se quebrante ningún principio del derecho sucesorio, ó, dicho en otros términos, ese fin práctico se ha de realizar dentro de la doctrina más racional de la sucesión testada.

Ahora bien: la teoría expuesta, ¿satisface todas estas exigencias? ¿Cabe, por decirlo en esta forma plástica, dentro de ella, la realidad, el medio social que he estudiado en el capítulo segundo? Entiendo que sí.

Los principios explicados son tan amplios, tan comprensivos, tan flexibles, enlazan de modo tan necesario con la naturaleza de las cosas, que lo individual y lo social en ellos se armoniza y sistemáticamente se combina sin oposiciones insolubles ni contradicciones nacidas, por lo común, de un limitado y parcial punto de vista.

La teoría cuyas bases quedan apuntadas tiene como

espíritu que la anima y la hace fecunda en provechosas consecuencias, el reconocimiento de que parte, como de supuesto indispensable, de la libertad civil, de ese régimen que tan exactamente definía el Sr. Costa; en ella, los preceptos de derecho necesario no se convierten en derecho voluntario por dejación de los fueros y de las prerrogativas del poder, ni por insoportable tiranía del poder tampoco el derecho voluntario se hace pasar á la categoría de necesario.

No hay mayor injusticia que la que el Estado consagra por ser el órgano superior del Derecho; la delimitación de su esfera propia y la no invasión de sus atribuciones en otros organismos jurídicos es firme garantía de la paz de las conciencias y del buen orden social.

Pues bien: desde el momento en que la fijación del tanto que á cada partícipe corresponde en la masa hereditaria se ha reconocido ser de la competencia exclusiva y preferente del testador; desde que he venido á parar á la conclusión de que las particulares circunstancias referentes á las personas de los herederos y á la naturaleza de los bienes sólo pueden ser debidamente apreciadas por el causante para que, una vez meditadas por éste, puedan sugerirle la idea más justa del reparto de sus haberes, fácil es el comprender que, inspirándose en esta doctrina, la ley civil está en aptitud de procurar, dentro del más absoluto respeto á los principios del derecho sucesorio, la realización por medios individuales del fin social que al buen régimen y á la organización de la propiedad afecta.

No es menester añadir una palabra más. ¿Corresponde de derecho, según la más racional teoría de la sucesión, al testador el fijar el tanto que á cada heredero, de los del grupo llamado por la ley, toca percibir del completo *as* hereditario? Pues ese testador, si es vizcaíno y posee propiedad agrícola en la tierra llana ó infanzonada, tendrá en su conciencia como verdad axiomática la indivisibilidad de la casa, y á buen seguro que se atreva á atentar á ella. Ese tes-

tador examinará con serenidad cuál de sus herederos es el que muestra mayor vocación y mejores aptitudes para continuar el cultivo; tendrá presente quién de ellos es el que le ha prestado una más activa é inteligente cooperación durante su vida; será á las veces la hija y no los hijos la escogida como heredera, porque las condiciones personales del yerno podrán pesar mucho en la balanza de sus decisiones; ordenará al que designe como sucesor en la casería que dé pensiones ó capitales á sus hermanos; pero estos capitales y estas pensiones no agobiarán al que ha de pagarlos ni constituirán para él una incurable perturbación económica de su hacienda, porque la más providente discreción fijará su cuantía, que no estará determinada por la ley en el concepto de nuestra clásica legítima *estricta* ó *diminuta*. Ese testador disfrutará, en cuanto á la ordenación de su última voluntad, de una plena libertad civil, porque su razón podrá comprender que en aquello que por muy poderosos motivos es de su exclusiva competencia, no viene la ley del Estado á limitar su actividad jurídica, á interrumpir la elaboración de su propio derecho ni á truncar las racionales manifestaciones de su personalidad. El individuo, al comprender la fuerza y la *oportunidad* de su derecho, lo ejercitará, y el derecho mismo se robustecerá ejercitándose. Todavía me parece que viven los antiguos romanos cuando en los contratos de capitulaciones matrimoniales de Vizcaya leo que, al concederse los novios recíproco poder para testar, invocan siempre la previsión de *las funestas consecuencias* de una muerte intestada.

Y aun los fines sociales de la propiedad resultan así mejor servidos; porque cuando el derecho exige que un órgano individual realice determinadas funciones sociales, es inútil empeño el de sustituirlo por un órgano colectivo, pues con detrimento del Derecho mismo, el fin social se cumplirá deficientemente, ó, lo que es lo mismo, quedará en rigor incumplido.

Este sistema es el que ha adoptado el Fuero de Vizcaya:

la fórmula, pues, en él consignada es la fórmula del Derecho, porque en ella están armonizados el interés individual y el interés social, y porque las reglas jurídicas que la contienen encuentran su fundamento en la realidad y en la naturaleza de las cosas.

El examen de las leyes del Fuero, á pesar de las graves imperfecciones técnicas de que éstas adolecen, convencerá de cuanto llevo expuesto.

La ley 14, tít. 20, que trata de *«En que manera se puede disponer de los bienes muebles, y raices, y tronqueros habiendo Hijos, y no los habiendo»*, dice así: *«Otrosi, dixeron: que havian de Fuero, uso, y costumbre, y establecian por Ley, que qualquier Home, ó Muger que oviese bienes muebles, assi vacas, ó bueyes, ó otros qualesquier ganados, y ropas de lino, ó lana, ó oro, ó plata, y otros qualesquier bienes muebles, en caso que tenga Hijos, ó decendientes, ó acendientes legitimos, pueda mandar, y disponer de todo lo tal, fasta el quinto de todos sus bienes muebles, y rayces, y no más: Y á falta de los tales decendientes, y acendientes legitimos, pueda disponer de todo el mueble á su voluntad, reservando la raiz para los profincos tronqueros: Con que si deudas oviese, y bienes muebles el que tal raiz tuviese; de lo mueble se paguen las deudas, y no de la raiz.»*

El sentido de esta ley 14 se completa y aclara con la ley 18 del mismo título. Bajo el epígrafe *«A quien, y de que bienes se puede hacer donacion, ó manda»*, contiene la siguiente disposición: *«Otrosi, dixeron: Que havian de Fuero, uso, y costumbre, y establecian por Ley, que home alguno, ni muger no pueda facer donacion, ni otra manda, ó disposicion á extraño, habiendo decendientes, ó acendientes legitimos, ó parientes profincos de traviesa del tronco dentro del quarto grado en bienes raices algunos. Pero de lo mueble puede disponer á su voluntad, como quisiere: Con que habiendo decendientes, ó acendientes legitimos, no exceda del quinto de sus bienes. Y que de la raiz pueda disponer, fasta el quinto por su alma, aunque haya los tales herederos legitimos, ó profincos.»*

Hay todavía otra ley, que es la 5.^a del tít. 21, la cual no puede por menos de ser citada y tenida en cuenta para saber quiénes son los herederos forzosos en Vizcaya. Trata esta ley de «*Como, y quando puede disponer de bienes rayzes, ó muebles, el que tuviese ascendientes, ó descendientes, ó el que no los tuviese*», y aun cuando los motivos de esta ley están limitados, según en ella misma se declara, á precaver los fraudes que se cometen con ocasión de los testamentos hechos ante testigos y sin escribano, es lo cierto que en sus disposiciones se fijan taxativamente las facultades del testador en orden á las limitaciones que en favor de su familia se le imponen. Y como no es de suponer, dados los manifiestos motivos de la ley, que para satisfacerlos se altere la facultad dispositiva del testador, es evidente que, á pesar de alguna diferencia de redacción, contiene el mismo precepto que las antes transcritas, como se puede apreciar con su simple lectura.

De todo lo cual se deduce que el Fuero, admitiendo el sistema de las legítimas, establece ciertas categorías de herederos forzosos, que se designan de la siguiente manera: descendientes, ascendientes, tronqueros de travesía del tronco de donde proceda la raíz hereditaria. En los capítulos siguientes me ocuparé de la troncalidad, y veremos el valor de este modo de suceder, así como haré objeto de mi estudio todos los pormenores del criterio general expuesto que, por su índole, puedan suministrar alguna luz acerca del genuino espíritu del Fuero.

Por ahora, y para no salirme del plan que me he propuesto, me basta con la afirmación de que el Fuero, reconociendo la importancia del elemento familiar, establece á su favor determinados derechos limitativos de la libertad del causante, fijando ciertos órdenes ó grupos de parientes á quienes por ministerio de la ley está atribuído el derecho sucesorio en la forma que más adelante examinaré.

Pero aun no está dicho todo: expuse antes que uno de los más graves problemas que hay que resolver al regla-

mentar la sucesión testada es la cuestión del *tanto* de la participación de los coherederos en la masa hereditaria, sobre lo cual llamé muy especialmente la atención del lector, en vista de la extraordinaria importancia que entraña. Pues bien: este problema se ha presentado á los redactores del Fuero, y por ellos ha sido tenido en cuenta, desde el punto de vista que la justicia y el interés social exigían de consuno.

Para convencerse de ello, basta con la lectura de las leyes XI, tít. XX, y VI, tít. XXI, que por su mucha extensión no transcribo. Consignase en ellas el derecho de los testadores de establecer el *tanto* que á cada partícipe de los comprendidos en el grupo de herederos forzosos corresponde en la masa hereditaria; y es tal la amplitud que al ejercicio de la voluntad de dichos testadores se concede, que con emplear la llamada fórmula de apartación, dejando á los herederos á quienes de este modo se excluye *algún tanto de tierra, poco ó mucho*, puede darse todo el caudal á un solo heredero. De manera que, como dice muy exactamente el señor Chalbaud (1), cada grupo de parientes en el orden de llamamientos no tiene otro derecho sino el de impedir que los bienes raíces se concedan á otros parientes que no sean pertenecientes á su grupo.

El profundo sentido jurídico que este criterio encierra y lo en armonía que está con la realidad social, son cosas ambas que, después de todo lo expuesto, sería ociosa repetición el dedicarse á demostrarlas. El Fuero, reconociendo en este respecto la libertad civil de los particulares, ha sancionado la fórmula mediante la cual éstos pueden mantener la indivisión de la casería, base de la explotación agrícola de Vizcaya; el Fuero no ha tenido la pretensión de procurar por medio de disposiciones inflexibles lo que no está dentro de su hipótesis jurídica, ni por tanto de su competencia, y, sin

(1) *La troncalidad en el Fuero de Vizcaya*: Bilbao, 1898, pág. 53.

invadir ajenas esferas, ha llegado hasta donde podía lícitamente llegar, á instituir ciertas categorías de herederos forzosos, pero inspirándose en un discretísimo respeto hacia lo que, por las razones que tengo explicadas, debe ser atribución individual y en modo alguno negocio prearreglado por la regla jurídica social.

Con esto y con señalar una parte del patrimonio de los particulares, parte que representa un no crecido tanto por ciento del total de los bienes como de libre disposición, ó, lo que es lo mismo, con reconocer la eficacia del elemento individual de la propiedad en la teoría de la sucesión según los buenos principios aconsejan, como al comienzo de este capítulo demostré, el Fuero establece las líneas generales de la sucesión testada en los términos expuestos.

Del segundo lado social de la propiedad, ó sea de la cuota que al Estado corresponde en toda sucesión, no habla el Fuero ni tenía para qué hablar, porque esa es materia que cae de lleno dentro de las leyes rentísticas. La Diputación provincial de Vizcaya, en uso de la autonomía administrativa de que disfruta, tiene organizada la cobranza del impuesto de derechos reales y concertado con el Estado lo que debe entregar por razón de esa fuente de tributación; pero no entra en la índole de esta obra ni en los propósitos de su autor el estudio del reglamento que en la actualidad rige.

Dos palabras antes de terminar este capítulo.

Si recordamos ahora cómo en el capítulo primero, al presentar los datos que nos llevaron á proclamar la unidad é indivisibilidad de la casería, y en el presente, al exponer los fundamentos de la sucesión testada, hemos venido por lógica asociación de ideas á afirmar que el problema que el Fuero tenía que resolver en cuanto al acto de transmisión de dominio de los inmuebles que me ocupa era el de mantener la indivisión de la casería, ó, mejor dicho, el de dar á los particulares los medios adecuados para que éstos, manifestando su estado de conciencia, mantuviesen esa

indivisión dentro del más absoluto respeto á los principios del derecho sucesorio, con sólo la lectura de las leyes citadas se adquirirá el convencimiento de que la ley civil de Vizcaya ha sabido estar á la altura de su misión en cuanto al criterio general adoptado cuyo sentido queda expuesto.

No es mi intención el escribir un trabajo de comentario ni de glosa de las leyes del Fuero: el pormenor de sus disposiciones, importantísimo cuando de su aplicación se trata, como tal pormenor carece, por lo tanto, de interés para mi estudio, dada la índole de mis propósitos; pero como esos pormenores pueden revelar en muchos casos un rasgo esencial, en otros hacer patente una desviación del principio, y en no pocos servir de poderosa ilustración por diversas razones para el objeto final de esta obra, con distintos motivos tendré que detenerme en ellos, aunque sin ánimos, repito, de hacer propiamente un comentario, ni de escribir un libro de aquellos en los cuales se agotan todos los casos imaginados por su autor, y que á virtud de esta circunstancia son calificados de *útiles* por la generalidad de los abogados que frecuentan el foro, á quienes las necesidades del bufete y (dicho sea con perdón y salvando las excepciones) su falta de cultura jurídica tienen constantemente abierto el apetito del *caso de Derecho*, que siempre desean encontrar resuelto en letras de molde, y que, por ley eterna del destino, están condenados á buscar en vano de por vida.

Explicado una vez más el alcance de este trabajo, en el capítulo siguiente continuaré estudiando la sucesión testada, y procuraré poner de manifiesto el espíritu de estas simpáticas leyes de Vizcaya.

CAPITULO IV

Continúa el estudio de la sucesión testada. — La parte de libre disposición, según el Fuero y según el APÉNDICE redactado por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya. Los denominados legados en favor del alma: estudio de la ley X, tit. XXI: criterio que inspira al APÉNDICE.

Propóngome empezar en este capítulo el estudio de las reglas especiales que rigen la sucesión testada según el Fuero; y para seguir el precepto que aconseja que se debe proceder de lo fácil á lo difícil, de lo menos complejo á lo que lo es más, comenzaré por ocuparme en el sentido que, según las leyes civiles vizcaínas, tiene lo que en la doctrina de la sucesión testada se llama parte de *libre disposición*.

Ya en el capítulo anterior he dicho que el reconocimiento del elemento ó factor individual de la propiedad lleva consigo la consagración en la ley civil de la libertad de los testadores para disponer como gusten de una parte de su patrimonio, sin consideración á lo que el elemento familiar demanda y que la ley misma satisface en forma de legítimas. También dejé en el mismo lugar demostrado que esa libertad de los testadores en modo alguno puede entenderse como sinónima de arbitrariedad ni de sanción legal del capricho; y concretando mi pensamiento en fórmula abreviada, añadí que el sentido de esa llamada *parte de libre disposición* no era otro que el reconocimiento en el testador de la libertad necesaria para hacer con determinada porción de

sus bienes todo lo que la ley hubiera seguramente hecho si hubiese tenido conocimiento de las circunstancias particulares y personalísimas que en él concurrían.

Con estos antecedentes á la vista, veamos las disposiciones del Fuero y analicemos su sentido.

Del texto de las leyes XIV y XVIII del tít. XX, que en el capítulo anterior inserté, y del de la V, tít. XXI, que copio ahora, resulta, aunque no con la suficiente claridad, el criterio del Fuero en este punto.

Dice así la ley V del tít. XXI:

«Cómo, y de cuanto puede disponer de bienes rayzes, ó muebles, el que tuviere acendientes, ó decendientes, ó el que no los tuviere. Otrosí, dixeron : Que havian de Fuero, y establecian por Ley; que por quanto por se hacer los dichos Testamentos ante, y en presencia de Testigos sin Escrivano público, en ellos se hacen, y cometen muchos fraudes, segun la experiencia lo ha mostrado, assi porque entre los herederos y successores, y legatarios se hacen probanzas de Testigos de diversas maneras, y mandas no verdaderas, como porque á vezes uno de los Testigos, se pone, y se atreve de suyo, ó encargándole el Testador que escriba por Memorial lo que él manda, y dispone : Y muerto el Testador el Escriviente escribe su Memorial (por ventura) como se le antoja, añadiendo, ó menguando en su favor; y los Testigos se refieren despues á él, no teniendo en memoria lo que dispuso en presencia de ellos el Testador: Y sobre esto nacen muchos Pleytos, y debates. Por ende, por obviar todo ello, dixeron : Que ordenaban, y ordenaron, que en ningun Testamento, ni última voluntad, que no passare en presencia de Escrivano público. Testador alguno, que tenga decendientes, ó acendientes, pueda mandar á estraños mas de la quinta parte de sus bienes; de la qual quinta parte, se hayan de sacar, y hacer las animalias, y mandas pias, ante todas cosas: Y en caso, que no tenga decendientes, ó acendientes, pueda mandar el dicho quinto de su hacienda, por su Anima, y no mas. Y esto se entienda en los bienes rayzes; pero de los bienes muebles, no haviendo decendientes, ni acendientes, pueda mandar de ellos á su voluntad, como quisiere: Con que de ellos se cumplan ante todas cosas las animalias.»

Esta ley, después de anunciarnos en su epígrafe un precepto de gran generalidad (en sustancia, el mismo que encierra la ley XVIII del tít. XX), limita luego su contenido

en la primera parte, dedicada á exponer sus motivos, á precaver los fraudes que suelen cometerse en los testamentos que se hacen sin escribano; pero en seguida, en la parte dispositiva de la misma, se torna á la generalidad del epígrafe, y los motivos, tan al pormenor expuestos, quedan sin satisfacer, puesto que nada hay en ella de especial que tienda á evitar los mencionados fraudes de que el legislador se ha lamentado.

Que *en ningún Testamento, ni última voluntad, que no passare en presencia de Escribano público*, pueda el testador que tenga descendientes ó ascendientes mandar á extraños más del quinto de sus bienes; que no teniendo descendientes ni ascendientes, pueda disponer de lo mueble á su voluntad. Tal dice la ley V del tít. XXI; pero ¿acaso cuando el testamento se hace en presencia de escribano puede el testador que tiene descendientes ó ascendientes legar más del quinto á extraños, ni disponer de más que de lo mueble cuando carece de esos parientes? Evidentemente no, porque las leyes XIV y XVIII del tít. XX están terminantes y consignan el mismo precepto. Esta ley V del tít. XXI es una repetición completamente ociosa, y la economía del Fuero en nada se perjudicaría si esa ley se suprimiese. ¿Qué hay de nuevo en la ley V del tít. XXI que no esté ya declarado en otras leyes del Fuero? No es novedad el que por el ánimo se pueda mandar el quinto y *no más*, porque esto también se declara en la ley X del mismo título; aparte de que no se ve relación entre este precepto y los fraudes que suelen cometerse en los testamentos que se hacen sin escribano, y á los que alude la ley en sus comienzos. Tampoco es derivación de los motivos expuestos por el legislador el único precepto que no está repetido en otras leyes del Fuero de que del quinto se *hayan de sacar, y hacer las animalias, y mandas pias, ante todas cosas*.

Si la ley tiene realmente por objeto, como ella misma expresa, prevenir los fraudes que suelen cometerse en los testamentos que se hacen sin escribano, sin género alguno

de duda se puede afirmar que no cumple su fin, puesto que nada hay en la parte dispositiva de su texto que á ello tienda. Después de haber dicho el Fuero en la ley que antecede, IV del mismo título, cómo se hacen esos testamentos, parecía natural, si se quería evitar los mencionados fraudes, que se aumentasen las garantías del acto añadiendo nuevos requisitos en cuanto á los testigos, á la forma de la adverbación, á los plazos para la misma; en una palabra, en cuanto á todo aquello que es solemnidad externa destinada á suplir la fe pública de que el acto no va acompañado. Pero la repetición de los preceptos referentes á lo que hay de sustantivo en la ordenación del testamento, el dar con motivos impertinentes nueva redacción á una regla ya formulada en otros lugares, acusa una de las graves imperfecciones técnicas, de las que, como no há mucho dije, no se halla exento el Fuero.

Esta imperfección da lugar á que alguien haya creído ver disparidades entre la ley V del título XXI y las XIV y XVIII del título XX; pero creo que, como dice el Sr. Chabaud (1), esa ley es una redundancia en su parte dispositiva; y añadido por mi parte que jamás ha podido estar en la mente del legislador, bajo el pretexto de prevenir *los abusos que puede ocasionar* la falta de solemnidades externas de un testamento, el atentar á las facultades del testador en orden á la disposición de sus bienes. Tanto valdría esto como el afirmar que las deficiencias del Derecho adjetivo se suplen ó enmiendan modificando el sustantivo, sin detenerse ante el temor de negar sus mismos principios. El buen sentido, por lo tanto, exige que la ley V del título XXI se interprete de perfecto acuerdo con las XIV y XVIII del XX, y que en nada se entiendan que éstas están modificadas, ampliadas ó restringidas por la primera.

Ahora bien: la ley XIV del título XX distingue, para seña-

(1) Obra citada.

lar la parte de libre disposición, según que el testador tenga hijos ó descendientes ó ascendientes, ó que, por el contrario, carezca de ellos. En el primer caso, la parte de libre disposición es el quinto de todo el caudal, siempre que ese quinto quepa dentro del valor de los bienes muebles, para la cual interpretación me fijo en el sentido de las palabras *disponer de todo lo tal* de la expresada ley XIV, porque ese *todo lo tal* es, sin duda alguna, el conjunto de bienes muebles. Igual precepto contiene para idéntico caso la ley XVIII del mismo tít. XX; pues si bien, invirtiendo el orden de la ley XIV, dice primero que de lo mueble se puede disponer á voluntad, á seguida establece la limitación al afirmar «*Con que habiendo decendientes, ó acendientes legítimos, no exceda del quinto de sus bienes*».

En el segundo caso, ó sea en el de no tener descendientes ni ascendientes legítimos, según las leyes XIV y XVIII á que vengo refiriéndome, la parte de libre disposición es todo lo mueble; añadiendo la últimamente citada que de la raíz se puede disponer hasta el quinto por el alma, aunque haya los tales herederos legítimos ó profincos. De todo lo cual resulta que la parte de libre disposición, según el Fuero, es, en el primero de los casos expuestos, el quinto del caudal, siempre que quepa dentro de lo mueble, y en el segundo, todo lo mueble. De las mandas en favor del alma me ocuparé en seguida; mas antes he de detenerme un momento en una cuestión que aquí surge y que no he visto tratada en ningún autor.

El tipo de lo que el Fuero llama lo *mueble* es, según se ha podido apreciar, el regulador de la parte de libre disposición en las sucesiones testadas, puesto que hasta el *quinto* de todo el caudal está subordinado á la cuantía de lo *mueble*.

Pero ¿qué se entiende por lo *mueble*? Es, sin duda, el conjunto de *bienes muebles* de una herencia; pues bien: ¿qué son bienes muebles? Á esta pregunta no responde el Fuero, que se limita á reconocer la distinción, sin definir cada uno de sus miembros; pero á ella contesta el Código civil. ¿Supli-

remos, en vista de esto, el silencio del Fuero por la expresión del Código? ¿Usaremos en este caso, como en otros muchos, del socorrido expediente, autorizado é instituído por la ley en forma de precepto obligatorio, que consiste en acudir al Código en busca de todo, aun de aquello que evidentemente no puede darnos? ¿No nos asemejaremos á esas mujeres que frecuentan las tiendas para encontrar cierta tela con que remendar un vestido, y al fin transigen con llevarse *la más parecida?*

Digno de reflexión es el caso. Desde que el Fuero se escribió hasta la fecha, el concepto de lo mueble ha variado mucho, ó, para expresarme con más exactitud, mejor que su concepto, su contenido. Se consideran hoy como bienes muebles muchas cosas que antes no existían, ó existían en germen, razón por la cual no se había sentido la necesidad de su calificación jurídica dentro del cuadro general de los bienes. ¿Será preciso que me esfuerce en explicar el extraordinario aumento que ha experimentado la riqueza mobiliaria? Nadie ignora la perturbación que el desarrollo de las grandes industrias y la producción de la riqueza mueble en sus múltiples formas han ocasionado en la vida económica de las naciones modernas, abriendo nuevos horizontes al Derecho y á las ciencias sociales todas. La más ligera observación basta á demostrar que entre las *vacas, ó bueyes, ó otros cualesquier ganados, y ropas de lino, ó lana, ó oro, ó plata*, que, á guisa de ejemplo de lo que por muebles se entiende, enumera el Fuero (1), y la riqueza mobiliaria de los presentes tiempos, representada por papel del Estado, acciones, obligaciones y esos infinitos títulos bajo cuyas formas el crédito se manifiesta y opera sus milagros, media un verdadero abismo. Son especies de un mismo género; pero tan distantes entre sí, que, por su propia naturaleza, la inteligencia las percibe como fronteras y como puntos de tránsito

(1) Ley XIV del tit. XX.

á otros géneros diferentes. Esas vacas y esos bueyes acér- canse á los inmuebles desde el momento en que forman parte del conjunto de enseres empleados en una explotación agrícola; y los valores industriales y mercantiles y los títulos de crédito, por el contrario, en virtud de los fines económicos que vienen á cumplir y de las formas de su transmisión, parecen dotados de más aptitudes para la movilización que los mismos muebles.

Después de esta observación, ¿entenderemos el concepto de lo *mueble* del Fuero como comprensivo de todo lo que el Derecho actual, atendiendo á las circunstancias presentes, hace entrar en esa categoría de bienes?

Creo que tal interpretación sería errónea y completamente opuesta al sentido del Fuero. Si se admitiese, se daría el caso de que, bajo el pretexto de rendir respetuoso culto á sus disposiciones y amparándose en el rigor de su letra, se falsearía su espíritu: siempre la injusticia, haciendo alarde de adhesión al Derecho, sigue el mismo camino, toma el signo por lo significado, y, rompiendo una lanza por la forma, sustituye la idea que la anima por otra, á la cual podrá venir más ó menos holgada la vestidura exterior en que se pretende encarnar, pero que desde luego no es expresión de lo justo.

El Fuero no ha tenido en cuenta los bienes muebles á que me refiero, y que son producto del progreso económico de tiempos posteriores: ¿cómo, pues, ha podido legislar para supuestos de hecho en que tales bienes entrasen? Y si se reconoce, como forzosamente hay que reconocer, que el Fuero no ha legislado para bienes respecto de los cuales no tenía conocimiento, ¿qué razón ni qué pretexto pueden autorizar para hacer decir á sus leyes lo que tan distante estaba de sus verdaderos motivos?

Podría decirse que la dificultad que surge en el problema expuesto encuentra su solución en el art. 346 del Código civil, en donde, á semejanza de aquel tratado de la significación de las palabras que nos ofrece el Derecho romano, se

fija el sentido de las expresiones *cosas ó bienes muebles ó inmuebles* y el de las de simplemente *muebles ó inmuebles*. Pero sobre que el art. 346 del Código está concebido y redactado para este cuerpo legal en vista de todos sus preceptos y no para otro alguno, existe además la consideración, que imposibilita el dar por bueno ese expediente, de que el Fuero, en unos pasajes de sus leyes, dice *bienes muebles*, y en otros, *lo mueble ó el mueble*, y es de toda evidencia, según se desprende del texto de las disposiciones citadas, que esta diversidad de expresión en modo alguno quiere denotar ideas distintas, sino, antes por el contrario, sinónimas y en absoluto equivalentes.

Si se consideran comprendidos en los bienes muebles de que habla el Fuero esos otros muebles que el moderno desarrollo económico ha creado, la parte de libre disposición se aumenta notablemente en muchos casos: basta fijarse para comprenderlo así en el supuesto de que se tratase de la herencia de un vizcaíno que tuviese solamente una ó dos caserías de escaso valor, por ejemplo, heredadas de sus padres, y una cantidad respetable de créditos y efectos públicos en los que hubiese invertido los productos de un trabajo personal afortunado: el caso, ni es imposible ni extraordinariamente raro.

Ahora bien: ¿ha sido propósito del Fuero el conceder facultades de libre disposición á los testadores sobre parte tan considerable de su caudal? Creo que no; precisamente la facultad de repartir á su voluntad su capital entre los herederos forzosos encuentra una de sus limitaciones y una manifiesta compensación en la escasa cuantía de sus bienes, sobre la que se le reconoce el derecho de disponer libremente con entera y absoluta libertad. El Fuero, al señalar esa parte de libre disposición y al tomar como tipo regulador lo que denomina *lo mueble*, se fijó en la proporción media en que en su tiempo estaban en los patrimonios particulares lo mueble y lo inmueble, y entiendo que no es lícito alterar esa proporción, y, de consiguiente, los derechos legitimarios

á título de hacer entrar en el concepto de muebles del Fuero ciertos bienes, sobre los cuales, como antes he dicho, este cuerpo legal no ha podido legislar.

Ni vale el decir que, al atender el Fuero al tipo de *lo mueble* para fijar la parte de libre disposición, su propósito ha sido fijarse en lo que no es troncal, porque no todo lo raíz es siempre troncal, como tiene declarado la jurisprudencia con muy sólidas razones, según más adelante veremos.

Ha llegado á mi poder, cuando terminaba de escribir el anterior capítulo, el proyecto de *Apéndice del Código civil*, referente á Vizcaya, redactado por el abogado del Colegio de Bilbao D. Carlos de la Plaza y Salazar, en vista de los acuerdos tomados por la Comisión especial de Codificación de esta provincia. A dicha Comisión me hubiera yo dirigido, exponiéndole las observaciones que el estudio de ese Apéndice me sugiere; pero es tan corto el plazo que á este efecto otorga, que carezco, en realidad, de tiempo para ordenar mis notas; razón por la cual prefiero darlas á conocer en este libro, cuyo plan ya tenía trazado, y en cuya redacción me ocupaba cuando el Apéndice se publicó.

Y comenzando, con motivo de la parte de libre disposición en las sucesiones, mis referencias á dicho Apéndice, parece-me oportuno el consignar aquí el criterio que en él se mantiene.

«Teniendo hijos legítimos ó descendientes legítimos, el testador podrá disponer libremente del quinto de todos sus bienes» (1).

«No habiendo hijos legítimos, ni descendientes de igual clase, pero sí ascendientes legítimos, el testador podrá también disponer libremente del quinto de todos sus bienes» (2).

«El quinto de libre disposición del testador, *cuando éste tuviese hijos ó descendientes ó ascendientes, todos ellos legiti-*

(1) Art. 39.

(2) Art. 40.

mos, se computará *teniendo en cuenta el valor de todos los bienes que dejare, después de hecha deducción de deudas*, pero será inoficioso en lo que exceda de los bienes no troncales» (1).

Así, diluido en tres diferentes artículos está en el Apéndice lo que podía haberse expresado en uno solo. Con decir que el testador que tenga descendientes ó ascendientes legítimos podrá disponer del quinto de todos sus bienes siempre que quepa en los no troncales, estaba dicho todo y de una vez; porque lo de *cuando éste tuviese hijos ó descendientes ó ascendientes, todos ellos legítimos*, en el art. 54, es una redundancia, puesto que precisamente sólo en esos casos es cuando según los artículos anteriores hay quinto de libre disposición, según el Apéndice; y lo de *tener en cuenta el valor de todos los bienes que dejare, después de hecha deducción de deudas*, es regla tan elemental de partición, y exigencia tan imperiosa del más vulgar sentido, que con omitirlo no hubiera dejado de realizarse en la práctica.

Pero, prescindiendo de la mayor ó menor fortuna con que resulte tratada esta parte artística que toda ley debe tener, aunque, en rigor, más hay derecho á pedir en este punto á los redactores del Apéndice que á los que escribieron el Fuero, después del tiempo transcurrido y de los modelos que han podido ser consultados, fijémonos en el fondo de los preceptos.

Desde luego se echa de ver que, así como, en el Fuero, el tipo regulador de la parte de libre disposición es *lo mueble*, en el Apéndice, ese tipo se ha sustituido por el de los *bienes no troncales*.

Han creído los dignos miembros de la Comisión especial de Codificación de Vizcaya que todo el secreto de las particularidades del Fuero estriba en la troncalidad: han visto en ella la institución cardinal del Derecho civil viz-

(1) Art. 54.

caíno, estimando que todas las demás instituciones le están subordinadas; han considerado que en este Derecho foral no hay más que un principio, la *troncalidad*, y que todo lo demás no es otra cosa que manifestación de ese principio, y, lógicos con esa doctrina, han comenzado desde este momento á aplicarla, sustituyendo el tipo de *lo mueble* por el tipo de *lo no troncal*.

No he entendido yo de esa suerte el Fuero de Vizcaya. Como más adelante diré, creo que no es la troncalidad la institución cardinal de estas leyes civiles, y que su valor está limitado á ser una compensación de la libertad de testar, facultad indispensable para conservar la indivisión de la casería, la cual indivisión es el verdadero fin social que el Fuero se propone, y al que están ordenadas todas sus instituciones.

Pero, dejando á un lado cuestiones que no son de este lugar, y á reserva de recoger más tarde las alusiones que ahora hago, sí me importa dejar aquí consignado que la sustitución del tipo de *lo mueble* por el tipo de *lo no troncal* no parece novedad digna de aplauso si se relaciona con lo que, según el Apéndice, se entiende por bienes troncales (1). Esta innovación, en unos casos aumenta y en otros disminuye la facultad de libre disposición del testador, y aun no faltarán casos en que la anule por completo, desde el momento en que, según el artículo citado, tienen la consideración de troncales, con relación á la línea descendente, todos los bienes raíces sitos en el infanzonado, lo mismo los heredados que los comprados, aunque hubiesen sido comprados á extraños.

En cambio, á la Comisión codificadora de Vizcaya se ofrecía precisamente con este motivo de la parte de libre disposición ocasión abonadísima para haber modificado en otro sentido los preceptos del Fuero. Aconsejan los buenos prin-

(1) Art. 12.

cipios en materia de sucesión testada, y así se desprende de cuanto he dicho en el capítulo anterior, que esta parte de libre disposición sea mayor ó menor según el grado de parentesco de las personas que, representando al organismo familiar, *como grupo de parientes*, tienen derecho á legítima.

Pues bien: esta racional exigencia está en el Fuero sin satisfacer, ya que es una misma, según sus leyes, la parte de libre disposición cuando hay descendientes que cuando, faltando éstos, sólo existen ascendientes; y sería, por otra parte, tan justa la modificación de ese precepto; percíbense con tanta claridad los fundamentos y los motivos de la reforma apetecida; encaja ésta tan bien en la doctrina de la sucesión testamentaria, que ya valía la pena de haber recogido esta indicación y de haberle dado el desarrollo de que es susceptible, sin que por ello hubiesen padecido los principios del Fuero. No se ha hecho así, sino que se ha señalado una cuota inflexible, y, por lo tanto, en mi opinión, injusta.

Escritor tan amante del Fuero como el Sr. Artíñano (1) indicaba ya en el año 1885 la conveniencia de que la parte de libre disposición fuese mayor cuando sucediesen los ascendientes que cuando los descendientes heredasen.

Resumiendo cuanto llevo dicho, afirmaré que los preceptos del Apéndice, en una palabra, rompen el equilibrio que el Fuero había establecido entre las legítimas y la parte de libre disposición; no atienden las razonables indicaciones que la ciencia recomienda; no modernizan sus leyes, reconociendo en los testadores la facultad de disponer libremente de una parte de su patrimonio cuando todos los bienes que dejen sean troncales; instituyen una regla jurídica inflexible, cuando las circunstancias demandaban diversidad de hipótesis en ella, y, para concluir, significan un retroceso en vez de un progreso.

(1) *El Señorío de Vizcaya histórico y foral*: Barcelona, 1885; página 414.

He dicho en el capítulo precedente, y he vuelto á repetir en éste, que *parte de libre disposición* en las sucesiones testamentarias no quiere decir, en buenos principios, parte dejada á la caprichosa voluntad del testador. Con sólo recordar cuanto acerca de este extremo tengo manifestado, se comprende la justicia con que las leyes, á las veces, intervienen en esta parte de libre disposición, imponiendo limitaciones, bien para asegurar la espontaneidad con que la voluntad del causante se manifiesta, bien, fundándose en poderosas razones del orden público, para encauzar, en la medida que á la ley civil le es posible, la distribución y circulación de la riqueza, en vista del estado económico del país.

Esto me lleva como de la mano al estudio de la ley X, título XXI, del Fuero de Vizcaya, que para mayor claridad inserto á continuación:

«*Ley X. DE LO QUE SE PUEDE MANDAR POR EL ANIMA.*—Otro sí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que Home, ni Muger, que no haya herederos decendientes, ni acendientes, no pueda dar, ni mandar por su alma mas de la quinta parte de los bienes rayzes; y aun este quinto, no haviendo bienes muebles: Ca si oviese mueble, que montare la quinta parte de la rayz; no pueda dar, ni mandar en vida, ni en muerte de los bienes raizes, aunque sean comprados, ó de otra qualquier manera adquiridos por el Testador, salvo á sus herederos profincos, y tronqueros, que conforme á este Fuero, deban heredar, y que el Testador eligiese, y quisiese nombrar, que sucedan en ellos, aunque sean en grado mas remotos, que otro, ó otros profincos tronqueros mas cercanos, aunque sean comprados, ó adquiridos en vida, apartando á los otros parientes profincos con algo de rayz, poco, ó mucho; y que de lo mueble pueda hacer lo que quisiere.»

Apréciase, desde luego, en esta ley X su defectuosísima redacción, que es la que ha dado lugar á una interpretación torcida y en completa oposición con el espíritu del Fuero, por lo que he de detenerme en combatirla y en fijar el genuino sentido del precepto.

Entiéndese por no pocos abogados, y así se ha afirmado

recientemente en un informe que tengo á la vista por uno muy distinguido del Juzgado de Guernica (1), que la prohibición que la citada ley X contiene de mandar por el alma más de la quinta parte de los bienes raíces, y aun esto no habiendo bienes muebles, solamente debe entenderse que rige existiendo bienes troncales y parientes tronqueros de esos bienes; pues si de tales bienes y parientes carece el testador, la libertad que éste tiene es completa, y le es permitido, por lo tanto, incluso el instituir como heredera á su alma en la totalidad de su patrimonio.

La sustancia del razonamiento que en defensa de esa opinión se hace es la siguiente. El motivo generador de la ley X, tít. XXI, es el defender los intereses de los parientes tronqueros: los bienes raíces á que se refiere son los bienes troncales únicamente; de la relación existente entre la ley X y otras muchas del Fuero que están unánimes al afirmar que los bienes troncales se reservan para los parientes tronqueros, dedúcese que el objeto de la ley X no es otro que añadir una reforzadura más á los preceptos que garantizan la efectividad del principio troncal de las sucesiones: las palabras de dicha ley *salvo á sus herederos profincos, y tronqueros, que conforme á este Fuero deban heredar*, encierran todo su sentido, y son signo inequívoco de su espíritu.

Veamos el valor de este argumento. En primer lugar, si sometemos la ley X á un detenido examen, nos encontramos con que su epígrafe hiere, desde luego, nuestra atención, denunciándonos algo que está manifiestamente en pugna con el criterio que combató. *De lo que se puede mandar por el Anima*: este título, que á leguas transcende á la idea de limitación, de disminución de facultades en el testador, de sentido prohibitivo, de materia sobre la cual la ley va á obrar restringiendo y no ampliando, claramente nos indica cuál va á ser el objeto del precepto, muy otro que el de ase-

(1) El Sr. D. Joaquín de Arana.

gurar una vez más la reserva troncal. Si con nuestra inteligencia tratamos de reconstruir el proceso intelectual que acompañó á la redacción de la ley en la mente de su autor, convendremos en una de estas dos cosas: ó el epígrafe se ocurrió antes que la ley, ó ésta se enunció primeramente, dotándola después de epígrafe. En el primer caso, el espíritu del precepto resulta bien manifiesto, puesto que el epígrafe, lógicamente, es como la expresión abreviada del fin que el legislador se proponía conseguir, como la declaración del motivo que le impulsaba á legislar; en el segundo supuesto, esto es, si el epígrafe se redactó después que la ley, dicho epígrafe no puede ser otra cosa que el extracto de la disposición, lo esencial de la disposición misma, puesto en cabeza de ella para darla á conocer y facilitar el manejo del Fuero.

¿Se quiere, como de contrario se afirma, que la ley X del título XXI no contenga una prohibición expresa, existan ó no bienes troncales y parientes tronqueros, y sí tan solo una garantía más en favor de la reserva troncal? Pues hay que reconocer entonces una total é inexplicable discrepancia entre el epígrafe y el texto; y digo inexplicable, porque, por muchas que sean las imperfecciones técnicas de que el Fuero adolezca, no hemos de suponer á sus autores tan lerdos que en tan manifiestos errores incidiesen. Ciertamente que en el Fuero se encuentran algunas leyes en las que existe una relativa disconformidad entre el epígrafe y el contenido (por ejemplo, la ley V del mismo título, ya citada); pero esa divergencia no pasa de ser nunca más que relativa, porque al cabo algo hay siempre en las leyes de lo que el epígrafe indica, y en este caso, reducido el precepto de la ley X del título XXI á asegurar la reserva troncal, como algunos opinan, nada contendría en rigor de lo que el epígrafe anuncia, que es, no hay que olvidarlo, *lo que se puede mandar por el Ánima*.

Pero hay más: si la ley X del tít. XXI no contiene la prohibición expresa y terminante de mandar por el ánima,

en todo caso, y ya se trate ó no de bienes troncales, más del quinto del caudal, ¿qué es lo que queda de sus disposiciones? No se han fijado los intérpretes cuya opinión combato en que, descartando ese clarísimo precepto, nada queda de la ley X, tít. XXI, porque el afirmar simplemente que se puede mandar por el alma la quinta parte de los bienes raíces, ya estaba dicho en la ley XVIII del tít. XX, y el decir que dichos bienes raíces son para los profincos tronqueros, es repetición tan innecesaria de lo dicho en la propia ley XVIII y en la XIV del mismo tít. XX y en tantas otras, que cuesta trabajo creer que el Fuero haya podido incurrir en falta tan garrafal.

No: la ley X no tiene por objeto el defender los intereses de los parientes tronqueros garantizando una reserva que el Fuero ha procurado en otros lugares dejar á buen seguro: la ley X prohíbe terminantemente *en todo caso, y con absoluta independencia de toda idea de troncalidad*, el que se deje al alma más del quinto de los bienes raíces, y aun este quinto no habiendo muebles.

Las palabras de la ley de que los bienes raíces vayan á los *herederos profincos, y tronqueros, que conforme á este Fuero deban heredar*, no tienen el restringido sentido que se les quiere dar, haciendo que únicamente se refieran á los tronqueros á cuyo favor se establece la reserva: esa expresión, *que conforme á este Fuero deban heredar*, comprende todas las sucesiones legales, lo mismo la testada que la intestada, la de los que heredan en virtud del principio troncal, que la de aquellos que suceden en los bienes por la sola razón del parentesco y con independencia de la troncalidad; porque, como procuraré demostrar dentro de poco, no todas las sucesiones son, según el Fuero, troncales. *Herederos profincos, y tronqueros*, dice á mayor abundamiento la ley, convenciendo hasta con la forma de su dicción, con el lugar donde está puesta la coma, de que se refiere á entidades distintas; una la de los profincos, y otra la de los tronqueros.

Por otra parte, si la prohibición de disponer de más del quinto de los bienes raíces en favor del alma se refiere únicamente á los raíces troncales, ¿por qué no lo ha dicho terminantemente la ley? Si ésa ha sido la mente del legislador, ¿cómo ha podido olvidar lo más esencial de su precepto, la expresión de que sólo á los raíces troncales se refiere? Porque para expresarlo así, ninguna dificultad insuperable se oponía; y cuando el Fuero ha querido ciertamente referirse á los bienes troncales y á los parientes tronqueros, ha dicho, como en la ley XVIII del tít. XX, «*parientes profincos de traviesa del tronco*», ó como en la XVI del mismo título, «*rayz de Patrimonio y abolengo*», ó «*bienes troncales*», como en la XV, ó «*profincos tronqueros*», como en la XIV, sin que se haya cuidado de intercalar coma alguna que separe estas dos palabras.

Pero es menester cerrar los ojos á la realidad para no comprender el genuino sentido de la ley X del tít. XXI. He dicho en otro lugar que ni todo el Derecho de Vizcaya está en el Fuero, ni todo lo que hay en el Fuero es vizcaíno, ó, mejor dicho, peculiar y exclusivo de esta provincia. Pues bien: aquí estamos en presencia de una ley del llamado Derecho común, de una ley cuyo nacimiento no es debido á privativas circunstancias propias de Vizcaya y no sentidas en Castilla, sino, por el contrario, dada á luz por la fuerza de necesidades sociales igualmente sentidas aquí que en Castilla.

Si consultamos la obra de una de las personas que más han profundizado en el Derecho medioeval de nuestra patria (1), veremos cómo nos dice que fué constitución fundamental de nuestro antiguo Derecho que ninguno pudiese al fin de sus días disponer de sus bienes á favor de las iglesias, ni dar por motivos piadosos, ó, como entonces se decía,

(1) Martínez Marina, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación*, etc. Tomo I, pág. 280.

mandar por el alma, sino el quinto del mueble, al que tenía derecho la *collación* ó parroquia en caso de morir el propietario *ab intestato*.

Aunque, en rigor, no es necesario acudir á la autoridad del erudito escritor citado, porque con sólo conocer superficialmente la historia de nuestro Derecho de la Edad media, de nuestro Derecho genuinamente nacional, se puede apreciar sin gran trabajo que sus leyes, de una parte, están inspiradas por un sentido completamente opuesto á todo lo que signifique amortización eclesiástica y enriquecimiento de este brazo del Estado, y de otra, por un criterio tutelar que tiende á que el miedo de los castigos de ultratumba, tal vez ayudado por sollicitaciones interesadas, no ocasione dispendios de última hora que, á pretexto de salvar el alma de los que mueren, pierdan ó contribuyan á perder el cuerpo de los que quedan, introduciendo una perturbación económico-social de difícil arreglo y funestos resultados.

Hay en nuestro Derecho de la Edad media una verdadera red de preceptos que todos conspiran á un mismo fin, animados por un solo sentido, manifestación limitada del cual es en Vizcaya la ley X del tít. XXI.

¿Qué inteligencia libre de preocupaciones podrá dejar de ver á la conciencia nacional expresando la fuerza de su Derecho en las leyes que restringían la testamentifacción de los monjes (1); en las que consideraban como hombre muerto civilmente al que entraba en religión, y decían, como el Fuero de Soria, que *tuerto serie el desheredar* á los parientes y *darlo á la orden*, imponiendo que la raíz quede siempre para éstos y no se pueda aportar al convento (2); en las peticiones de las Cortes, que, como la XXXIII de las de Valladolid de 1351, clamaba por medidas desamortizadoras, especialmente después de aquellos terribles días del

(1) Véase Martínez Marina.

(2) Idem.

siglo XIV, en que el azote de la peste, con sus duelos y quebrantos, poniendo miedo en los espíritus y turbación en las conciencias, impulsaba á las masas á dejar patrimonios enteros al brazo eclesiástico en diversas formas y maneras, para de esta suerte desarmar la manifiesta ira del Cielo y conseguir la salvación eterna; ó como aquella otra petición XLV de las Cortes de Valladolid de 1523, que hizo exclamar á los reyes al contestarla, que *«según lo que compran las iglesias y monasterios, y las donaciones y mandas que se le hacen, en pocos años podía ser suya la mas hacienda del reino»?*

¿Cómo no ver íntima relación y fuertísimo enlace entre las disposiciones á modo de ejemplo citadas y aquellas otras que prohibían en estado de enfermedad mandar más del quinto en favor del alma, como hicieron el Fuero Viejo y el de Burgos y el de Cereceda y el de Plasencia, con ligeras diferencias de expresión, por no citar otros? (1).

Y no se arguya, con espíritu de ergotista leguleyo, que una cosa es mandar por el alma y otras las restricciones de la testamentifacción de los monjes, y otras, las medidas desamortizadoras, porque es menester penetrar en el fondo de los preceptos y apreciar su disposición sistemática y sus enlaces lógicos, si es que de buena voluntad se va en busca del principio que á todos los anima como fundamento orgánico de una declaración de Derecho de un determinado orden de la vida.

La justa distribución de la riqueza, el equilibrio económico, la debida explotación de la tierra y no la incuria y el abandono á que por necesidad ciertas entidades propietarias forzosamente la condenan: estos son los fines que resplandecen en nuestro Derecho de la Edad media, más evi-

(1) El citado Martínez Marina estudia muy bien el sentido de todas estas disposiciones, y en su notable obra se puede ampliar lo que aquí no hago más que indicar.

dentos para nuestros antepasados cuanto mayor suma de capital veían improductivo en manos muertas. Á este fin se subordinan todas las disposiciones referentes á la propiedad: para evitar esa acumulación se piden medidas desamortizadoras y se limita á los monjes la testamentifacción, y se prohíbe disponer en favor del alma sin sujetarse á determinadas condiciones. Son hermanos todos estos preceptos: no son casos aislados; forman un conjunto sistemático.

Y no es esto, en verdad, una especialidad de Castilla: esto no es castellano, ni vizcaíno, ni catalán, ni aragonés: esto es español, porque en todas las regiones el elemento eclesiástico tuvo extraordinaria importancia, y en todas, la fe y el miedo á la justicia divina ejercieron la misma influencia sobre los espíritus, y en todas produjeron las mismas liberalidades en favor de la Iglesia, y en todas llegó un momento en que se vió con la claridad de la luz meridiana que por ese camino no se podía seguir, que no podían ser los más máquinas que trabajasen en beneficio de los menos. Y cuando esto empezó á verse y á tocarse y á palpase, y las estrecheces del presente y las perentoriedades de la diaria subsistencia amortiguaron algo el temor de la otra vida con los problemas de momento que en ésta había que resolver, entonces se pensó en poner remedio al mal, y, poco á poco, á medida que éste iba siendo más conocido en su desastrosa intensidad, comenzó la conciencia pública á concretar en fórmulas imperfectas, pero expresivas, lo que sentía y quería en orden á aquella necesidad social que estaba por satisfacer. Y así, de esta manera fraccionaria, van naciendo los preceptos, al parecer aisladamente y sin enlace entre sí, pero en realidad con la íntima trabazón de los eslabones de una misma cadena, como premisas de un solo silogismo, como el sucesivo brotar de la hoja y de la flor, y del fruto en que se va manifestando la sustancia del árbol.

Pero ya me figuro oír á los jurisperitos cuya opinión

combato alegar que todo lo dicho podrá ser muy exacto en Castilla, mas no en Vizcaya.

Vizcaya, me dirán, tiene su propia lengua, que no dialecto; su fisonomía moral propia y su Derecho especialísimo, *sui generis*, que nada tiene que ver con el Derecho que el resto de la nación ha ido elaborando en el transcurso de los siglos, sino que, por el contrario, producto de espontánea generación, no ofrece punto alguno de contacto ni de enlace con instituciones extrañas ni con reglas jurídicas en otras partes formuladas.

Nada más lejos de mi ánimo que el negar la sustantividad y el derecho á la vida que tiene la legislación civil de Vizcaya, como cumplidamente he demostrado en el capítulo primero; pero á pesar de ese criterio, por no decir que quizá por él, ¡cuánta exageración y cuánta inexactitud encierran las anteriores palabras!

Hay modas en las ideas como las hay en las ropas y en los muebles, que al fin la moda significa una manifestación, aunque degenerada, del continuo mudar que caracteriza á todo lo que vive, y ahora, en estos últimos tiempos, son tales las corrientes de particularismo (con más aparato y vocinglera exaltación que verdadera intensidad de pensamiento científica y socialmente definido) que á algunos espíritus irreflexivos arrastran, que hasta la unidad de la patria se ha considerado en peligro por los pusilánimes y poco observadores de la realidad del movimiento social.

Refléjense, como no podía por menos de ocurrir, estas ideas y estos conceptos, de vida tan efímera en sí mismos como de brillante porte exterior, en el Derecho llamado civil ó privado; y en la mente de los *intelectuales*, no en la conciencia de las masas, en las que sólo se determina la razón de justicia de los preceptos, toma cuerpo la idea de considerar el Fuero como una obra de cuyos materiales, de cuyos elementos todos, no existe ni uno siquiera que haya sido importado del exterior.

En vano se observa cómo siendo el Derecho organismo

viviente, por ser forma total de la actividad humana, que, como tal actividad es vida, está sujeto á mudanzas y á cambios, y á recíprocas influencias en todas sus manifestaciones particulares; en vano se observa sin salir de la historia de nuestra patria que, un día, las costumbres germanas; otro, el Derecho de Roma; otro, el canónico; más tarde, las doctrinas individualistas del Código de Napoleón, y en un porvenir no lejano el criterio social, van dejando una huella en el patrio Derecho no difícil de apreciar; en vano el ejemplo de lo que ocurre con los idiomas, cuya formación y desarrollo es tan semejante á la formación y desarrollo del Derecho, como han notado eminentes pensadores, al ponernos de manifiesto la manera cómo sus léxicos populares, esos léxicos no escritos por académicos idólatras del pasado, han admitido y admiten palabras y dicciones á las que falta de castizo lo que les sobra de exactitud y de sentido de la realidad, demuestra bien á las claras que la vida es cambio y mudanza y comunicación entre todos sus órdenes, y que sin ese comercio y esa renovación de elementos con que se repone el consumo de las ideas, la muerte sobreviene á los organismos morales, de la misma manera que á los organismos físicos cuando cesan de ingerir lo necesario para compensar el irremediable desgaste.

En vano todo esto: tales observaciones no producen saludable enseñanza á los que, poseídos de un amor verdaderamente suicida hacia la patria chica, insisten y persisten en afirmar que el Fuero es *todo él* una excepción, como flor de estufa saturada de especialísimos efluvios que no tienen iguales ni semejantes siquiera, como pieza moldeada en troquel secreto único en su clase, como *non bis in idem*.

Ni aun admiten que las mismas causas producen los mismos efectos; que determinadas necesidades sociales, de igual manera sentidas en regiones distintas, deben lógicamente satisfacerse con análogos medios, porque incidiendo en la manía particularista los *intelectuales* vascófilos á quienes me refiero, comenzarán por negar el supuesto, esto es,

comenzarán por no admitir que haya una sola necesidad social siquiera en otra parte análoga ó semejante á cualquiera de las que se han podido apreciar en la historia de Vizcaya.

Pero limitándome á la cuestión presente, los hechos hablan mucho más alto que todas esas especiosas razones, hijas de un criterio meramente discursivo.

La importancia del brazo eclesiástico en Vizcaya y en toda la tierra vascongada, la fe de sus habitantes y la acumulación de riquezas en las personas y entidades que representan á la Iglesia, son hechos sobre los cuales no cabe discusión. Por otra parte, el apoyo que en este país han encontrado los elementos que han mantenido dos largas y funestísimas guerras civiles en defensa de una bandera, en la cual, junto al dogma político y como sustancia de él, estaba escrito el dogma religioso, ¿no indica nada en la cuestión que se debate?

Mas para no insistir en observaciones que todo el mundo puede hacer á cualquier hora, y por no hablar de los datos que las antiguas Contadurías de hipotecas pueden suministrar, voy á citar hechos concretos, directamente relacionados con la ley X, tít. XXI, que acabarán de convencer al más rehacio, de que el objeto de esa ley, lejos de ser el de establecer una garantía más en favor de los parientes tronqueros, es el de instituir, como medio de realizar un fin profundamente social, que *en todo caso* no se pueda disponer en favor del alma más que de aquello que la ley terminantemente expresa.

No podrán negar los jurisperitos cuya opinión combato que las Juntas de Guernica, órgano fiel de la conciencia del país, estuvieron siempre identificadas con éste, y que, por lo tanto, su opinión es la de la mayor autoridad á que se puede acudir en este orden de cosas. Pues bien, las Juntas de Guernica dijeron cuáles eran los verdaderos motivos de la X, tít. XXI: las Juntas de Guernica se ocuparon expresamente de esa ley.

Abramos los cuadernos de actas, y en la de la Junta general celebrada en 24 de Julio de 1748 encontraremos un apartado que dice así:

«Trata en razon de precaber la enagenacion de vienes raices á Yglesias ó comunidades Eclesiasticas.

»Se expuso en este congreso que p.^r las leies quinta y Décima titulo veinte y uno del fuero de este señorío esta dispuesto que no se pueda mandar por el anima mas de la quinta parte de vienes raices y esto sino tubiere en muebles otro tanto como el valor del Quinto cuia resolucion fue motibada de la corta extension de las Propiedades de Vizcaia necesarias para mantener al Estado secular sin el qual, el Ecc.^{co} habia de carecer del necesario para su manutencion, pues ni habria xmos, oraciones, y limosnas, y siendo esta la mente y Animo de las citadas Leies se hallan yndirectamente ofendidas p.^r la experiencia que se tiene de las muchas posesiones que gozan Comunidades Eclesiasticas, y Capellanias, y obras pias, para siempre enagenadas, y los seculares Constituidos p.^r meros ynclinos y arrendatarios, y para que en adelante no sea maior el perjuicio Acordaron se obserben las leies del fuero ya referidas, y que no se puedan bender donar ni en manera alguna enagenar bienes raices situados en el ynfanzonado de este señorío sus Anteyglesias Ciudad y Merindad de Durango, y qualquier contrato ó disposicion contraria sea nula y de ningun balar, y para que este acuerdo tenga firme y perpetua obserbancia se implore la real confirmacion que se promete este señorío de la Soberana clemencia de S. M. p.^r lo que conduce al real servicio, conserbacion y aumento de tan leales vasallos» (1).

En el acuerdo que literalmente he copiado se declara sin rodeos ni vaguedades que, según las leyes V y X del título XXI del Fuero, *no se pueda mandar por el anima mas de la quinta parte de vienes raices y esto sino tubiese en muebles otro tanto como el valor del Quinto*: no habla el acuerdo al consignar el precepto de las leyes V y X de parientes tronqueros ni no tronqueros, sino que, como se ha podido apreciar, menciona la prohibición en absoluto. Si el espíritu de

(1) Puede consultarse este acuerdo en el Archivo de la Diputación de Vizcaya.

la ley X fuese el garantizar la reserva troncal, ¿cómo es posible que la Junta de Guernica, al pedir ratificación de su mandato, al solicitar más fuerte sanción de sus disposiciones, no hubiese repetido el motivo de la ley para hacerse fuerte en él y poner más de manifiesto la necesidad del cumplimiento del precepto?

Pero esos motivos de pura troncalidad no aparecen en el acuerdo, porque no han existido nunca. En cambio se consignan los verdaderos motivos de la mencionada ley X, en las palabras «*cúia resolucion fue motibada de la corta extension de las Propiedades de Vizcaya necesarias para mantener al Estado secular sin el cual, el Ecc.^{co} habia de carecer del necesario para su manutencion, pues ni habria xmos, oraciones, y limosnas, y siendo esta mente y Animo de las citadas Leies se hallan yndirectamente ofendidas p.^r la experiencia que se tiene de las muchas posesiones que gozan Comunidades Eclesiasticas, y Capellanias, y obras pias*», etc., etc.

¿Se quiere más expresa demostración del criterio que vengo sosteniendo?

Para el que sepa leer entre líneas, para el que sepa comprender el convencional *argot* de los documentos oficiales, antiguo ya en nuestra patria, desde que los reyes, cuando no querían acceder á peticiones de las Cortes, empleaban la formula de «haremos lo que convenga á nuestro servicio», el acuerdo copiado no podrá por menos de ser muy elocuente. Vislúmbrase en él el malestar social que la mala distribución de la propiedad ocasionaba; percíbese entre sus conceptos la presión ejercida por la gran influencia del brazo eclesiástico, y puede apreciar, desde luego, el observador más miope, cómo de aquel malestar y de esta presión brotó el eufemismo para revestir de dulces mieles la amarga realidad que no era posible ocultar por más tiempo, y de aquí, aquello de que no habría xmos, ni oraciones, ni limosnas, y que el Estado eclesiástico carecería de lo necesario para su manutención si el Estado secular no estaba en condiciones de suministrárselo.

Á este acuerdo de las Juntas de Guernica se otorgó la confirmación pedida en la Real Provisión de 8 de Julio de 1750, y en el acta de la Junta de 20 de Julio del mismo año existe otro acuerdo, que dice así:

«Trata en razon del Réal despacho prohibitivo de enagenazion de vienes raices á comunidades Eclesiasticas.

» Vista y obedezida la real Provision librada por los Señores del Consejo en ocho de este mes en confirmacion de lo acordado en Junta gral de veinte y quatro de Jullio de mil setecientos quarenta y ocho acordaron se guarde cumpla y execute en todo y por todo como en ella se contiene y que para su puntual y devida obserbançia los Escrivanos reales ó numerarios de este Señorío no permitan que en su fee y testimonio pasen ni se otorguen escrituras de contratos, Donaciones, ni disposiciones testamentarias ni otras contra el thenor y forma de dicha real Provision, lo en ella dispuesto prevenido y mandado, so las penas contenidas en ella y demas establecidas por fuero y dros.» (1).

No se corrigió, sin embargo, el mal á pesar de estas disposiciones; antes, por el contrario, no ya sólo pasaban al brazo eclesiástico los bienes comprados, los que no tenían el carácter troncal, sino que hasta los mismos bienes troncales iban á parar á su poder en perjuicio de los parientes, como se demuestra con el siguiente acuerdo de la Junta general de 17 de Marzo de 1752, que dice así:

«Por los daños y notables perjuicios que se han experimentado á las familias, é hijos de este Señorío por las enagenaciones, que se hacen de Bienes Rayces Troncales á Comunidades, asi Eclesiasticas como seculares, Capellanias, Obras pias, y otros poderosos, con infraccion de las Leyes del Fuero, Reales Provisiones y Ejecutorias; y que los perjudicados en las enajenaciones no siguen tal vez sus derechos de nulidades, lesiones enormes, ó enormisimas, y otros efugios, para retrotraerlos á su tronco, temerosos del poderío de sus contendores; acordaron y decretaron, que si los agraviados en sus probables justos derechos en juicio pidiesen auxilio, y citaren á qualquiera de los Señores Síndicos Generales para la defensa, sal-

(1) Igualmente puede consultarse este acuerdo en el Archivo de la Diputación de Vizcaya.

gan estos á la causa, y coadyuben las pretensiones legítimas de los que así fueren perjudicados en las referidas enagenaciones contra el orden del Fuero y sus decisiones» (1).

Y transcurren los años, y el mal continúa; y ante el creciente poderío del brazo eclesiástico y la absorción que iba realizando de los patrimonios privados, las Juntas no acuden ya á los inocentes tópicos de 1748 cuando quisieron convencerle de que era su propio interés el interés del brazo secular; sino que, fundándose quizá en la ley XVI del título XX, á algún escribano hábil debió de ocurrírsele el intentar el medio de declarar troncal todos los bienes raíces de Vizcaya, no sólo en posibilidad como hoy día se entien- de, sino de hecho y efectivamente.

Así, en el acta de la Junta general de 7 de Junio de 1764, se lee el siguiente acuerdo:

«Siendo como son todos los bienes raíces de este M. N. y M. L. Señorío troncales, y de fide y comiso, legal, familiar; y para su conservacion previenen las leyes de su Fuero diferentes providencias, y entre otras, la de que aunque el dueño de ellos no tenga descendientes, ni ascendientes, no pueda mandar por su alma mas de la quinta parte, y esta si no tuviese muebles, y sin embargo se reconocen graves inconvenientes en las muchas enajenaciones, que se han hecho y se continuan todos los días, para cuyo remedio, acordaron, que en adelante no se permita enagenación alguna de bienes raíces á Comunidades eclesiasticas y se pida confirmacion en cuanto se ha de pedir á su Magestad y Sres. de su Real Consejo» (2).

Pero la subsistencia de las mismas causas continuó produciendo los mismos efectos: el inmoderado deseo de lograr en esta vida con medios materiales la eterna salvación en la otra, ocasionaba un derroche constante, era como una sangría abierta en los patrimonios privados, en beneficio

(1) He consultado este acuerdo en el Archivo de la casa solar de Mugártegui, en Marquina; pero tengo entendido que también se encuentra en el de la Diputación de Vizcaya.

(2) Archivo de la casa solar de Mugártegui, en Marquina, aunque supongo que también se encuentra en el de la Diputación.

del brazo eclesiástico y en grave daño del equilibrio económico social, y las Juntas generales y Reales Cédulas claman constantemente contra una de las formas de ese despilfarro, contra las publicaciones de misas, y hablando de éstas, dice un acuerdo de la Junta general de Guernica de 19 de Julio de 1776, cogido al azar, que *«Llega á tanto desorden este abuso, que olvidados los Fieles de estos principales fines (los de las misas), hacen solo publicar dichas Misas y Memorias por vanidad, y á competencia, unos de otros, que unicamente sirve de disipacion de sus haciendas»*.

Pero ¿qué más? Hasta la Real Cédula de 13 de Febrero de 1783, dada con motivo de los abusos que se notaban en el Obispado de Astorga, donde clérigos poco escrupulosos movían á los que confesaban en su última enfermedad á que los instituyesen por herederos, fué de aplicación en Vizcaya, pues adornada del favorable informe del Síndico y de auto del Corregidor de 13 de Marzo de 1783, expresamente se puso en vigor en este Señorío. Y cuenta que en la Real Cédula se decía que: *«se notaba que sin consuelo, ni libertad del enfermo se hacian seducciones violentas, y engañosas..... en perjuicio de los parientes pobres, á quienes la humanidad y las leyes quieren se prefiera.»*

«Que los párrocos de todo aquel territorio (se refiere al Obispado de Astorga) contravienen á las leyes, y disposiciones que han sido establecidas con urgentísimas causas, y maduro acuerdo, abusando de la rusticidad y pobreza de aquellos naturales, que por su ignorancia, ó falta de medios, y tambien por el respeto reverencial á sus propios curas, ó se aquietan á la voluntad de estos, ó se hallan imposibilitados de promover su justicia, y que los párrocos, por el contrario son ricos, y tienen medios para ofuscar estas contravenciones, y apropiarse las haciendas de los seglares, de que resultará la despoblacion de aquel país fronterizo á Portugal, en notorio perjuicio del Estado» (1).

(1) Archivo de la casa de Mugártegui.

Ahora bien: si en Vizcaya una triste experiencia no hubiese puesto de manifiesto los mismos peligros que en el Obispado de Astorga acechaban la voluntad de los testadores, ¿es posible que el Síndico del Señorío hubiese emitido su favorable informe para el acatamiento de la Real Cédula? ¿No hubiera, por lo menos, consignado prudentes salvedades para dejar á buen seguro el honor y el crédito del clero parroquial vizcaíno? Algo habría que hiciese oportuna la Real Cédula de 1783.

Y basta de datos. Con los apuntados sobra para comprender el genuino sentido de la ley X del tít. XXI: en ellos consta, de una parte, la manera como las Juntas de Guernica entendieron dicha ley; de otra, el espíritu general que á la legislación de Vizcaya inspira en orden á la distribución de la riqueza con relación al brazo eclesiástico.

La legislación de Castilla y la de Vizcaya aparecen animadas en este punto por el mismo criterio; ¡y cómo no, si era uno mismo el mal que en ambas regiones se sentía!

Concluyo, pues, con la afirmación, ya sólidamente cimentada en vista de todo lo expuesto, de que la ley X del tít. XXI limita las facultades de los testadores siempre y en todo caso, se trate ó no de bienes troncales, prohibiendo en absoluto el que se pueda mandar por el alma más de la quinta parte de los bienes raíces, y aun esto no habiendo muebles.

Si examinamos ahora este precepto á la luz de los principios que informan la doctrina de la sucesión testada; si recordamos cuanto tengo dicho acerca del racional sentido de lo que en ella se denomina de libre disposición, y tenemos en cuenta que *parte de libre disposición* no quiere significar parte sobre la que impere el capricho y la arbitrariedad; si consideramos que existe un verdadero motivo de orden público para que la ley civil, velando en el tanto que le corresponde por la justa distribución de la riqueza, por el equilibrio económico-social, impida la acumulación de la propiedad en entidades ó personas jurídicas incapaces de

cumplir el fin económico de la vida humana, encontraremos que la limitación establecida por la ley X del tít. XXI satisface todas las exigencias y es digna de figurar al lado de otros sabios preceptos del Fuero, á pesar de lo que su redacción deja que desear.

Bueno es, por último, hacer notar que, no obstante esa imperfecta redacción, su espíritu tal como queda explicado ha sido visto ya por jurisperitos tan expertos como mi distinguido compañero el Sr. Hormaeche (1), quien, refiriéndose á la ley X del tít. XXI, dice que tiene sus precedentes en otras disposiciones análogas de las leyes generales, y que se trató en ella de poner un límite á la generosidad á veces irreflexiva del testador, generosidad que en aquella época de gran fe, y en momentos en que el pensamiento se fija en la idea de la muerte, podía traspasar los límites de lo razonable, y aumentar considerablemente la acumulación de la riqueza de la Iglesia, poseedora á la sazón de grandes propiedades.

No ha sido tampoco un secreto ese indudable espíritu de la ley X, tít. XXI, para los ilustres historiadores de nuestro Derecho, Sres. Marichalar y Manrique (2), quienes, refiriéndose al Fuero de Vizcaya, dicen: «que en el título de los testamentos, la ley X tiene marcada tendencia á la desamortización eclesiástica de bienes, porque el testador, tenga ó no herederos forzosos, en ningún caso podría dejar por su alma más de la quinta parte de la raíz, por considerarse troncal toda la tierra llana»; y aunque no resulte muy congruente el principio del párrafo copiado con la frase con que termina, basta para mi objeto el que jurisconsultos tan distinguidos hayan apreciado el sentido desamortizador á que vengo refiriéndome.

Terminante es también la opinión de escritor tan vas-

(1) *Leyes civiles de Vizcaya*: Bilbao, 1891; pág. 129.

(2) *Historia de la Legislación y Recitaciones del Derecho civil de España*, tomo VIII, pág. 131.

congado y tan ortodoxo como D. Aristides de Artífano (1), quien afirma que, no teniendo el testador herederos forzosos, puede dejar para sufragios por su alma hasta el quinto de sus bienes, *pero no más*, subrayando estas últimas palabras.

Y, por último, el Sr. Chalbaud (2) coincide con lo que he venido sosteniendo de que el objeto de la ley X, tít. XXI, es fijar lo que se puede mandar por el ánima; lo demás, añade, es incidental. La razón legal de esa ley X, continúa más adelante diciendo el digno miembro de la Compañía de Jesús, es el evitar que se aglomeren los bienes raíces en manos de la Iglesia ó de fundaciones por su naturaleza perpetuas, y cita á este efecto los acuerdos de 24 de Julio de 1748 y de 20 de Julio de 1750 y la Real Provisión de 8 de los propios mes y año, aunque equivocando algo las fechas. ¡Lástima que en otro lugar de su obra (3) el Sr. Chalbaud aparezca apuntando la idea, si bien no con la suficiente claridad, de que cuando se trata de bienes no troncales se puede dejar al alma con entera libertad cuanto se quiera, incurriendo así en una injustificada contradicción, impropia del agudo ingenio que resplandece en su apreciablesimo trabajo!

Pero si claro se nos muestra el espíritu de la ley X del título XXI con su simple lectura, y mayormente después de cuanto llevo dicho, no ha sido entendido, sin embargo, de esa manera por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya.

Afirma ésta en el *Apéndice* que: «El legado del quinto hecho en favor del alma se computará también teniendo en cuenta el valor de todos los bienes, hecha deducción de deudas; pero se sacará, en primer término, de los muebles

(1) *El Señorío de Vizcaya histórico y foral*: Barcelona, 1885; página 366.

(2) Obra citada, páginas 30 y 31.

(3) Página 64.

y raíces no troncales. Sólo cuando el importe de estos bienes no llegue á cubrir el del legado, se acudirá á la raíz troncal para ello.

»Con la frase de legado en favor del alma se entienden todas las disposiciones piadosas del testador, como, por ejemplo, sufragios en general, limosnas para los pobres, legados á establecimientos de beneficencia y demás que tengan fines semejantes» (1).

«Cuando haya que acudir á la raíz troncal para cubrir el importe de las deudas ó legado del alma, se sacará lo que hiciere falta, por mitad é iguales partes» (2).

De la lectura de los dos artículos que quedan copiados y de la no existencia en el Apéndice de otros preceptos que regulen los legados en favor del alma, dedúcese lógicamente que los señores de la Comisión han derogado la sabia ley que prohibía, según tengo explicado, el que se pudiese mandar por el ánima, en todo caso é independientemente del principio troncal, más de la quinta parte de los bienes raíces, y aun esto no habiendo muebles.

¿Cuál ha sido la razón de esta novedad injustificada?

Mientras no se publique el tomo anunciado, que contendrá las actas de las sesiones celebradas por esa Comisión, no se puede contestar á esta pregunta con certeza; pero puestos á inquirir en el terreno de lo racional y de lo probable, hay que convenir en una de estas dos cosas: ó la Comisión no ha entendido la ley X del tít. XXI de la manera que tengo expuesta, ó, entendiéndola de ese modo, ha considerado que hoy día no subsisten las causas que la motivaron.

Si ha ocurrido lo primero, nada tengo que añadir á todo lo dicho, como no sea el hacer notar el gravísimo error en que la Comisión ha incurrido. Si lo segundo, entiendo que

(1) Art. 55.

(2) Art. 56.

su apreciación de la realidad social en que vivimos es de todo en todo equivocada. El extraordinario crecimiento del elemento eclesiástico en toda la nación de cierto número de años á esta parte, y muy especialmente en las provincias Vascongadas; la suma de bienes que va acumulando; el número de los conventos que continuamente se abren; el ejemplo de las clases directoras del país, que con su influencia y con su dinero prestan decidido apoyo á esta fuerza social que encarna en el estado eclesiástico, datos son en los que el espíritu observador descubre los gérmenes de una gran perturbación económica, primero, y más tarde, los de un implacable período desamortizador con todos sus desórdenes y todas sus imperfecciones; que, al fin, la desamortización en el Derecho civil es lo que la revolución en el Derecho político y lo que la Cirugía con sus remedios heroicos en el arte de curar; es como vida nueva á la que la muerte precede, como savia que lleva sus fluidos vitales á los órganos enfermos y extingue al paso las sustancias de que se alimentaban las excrecencias morbosas, en absoluto incompatibles con todo estado de salud y de prosperidad.

Esto ha debido verse por la Comisión, la cual, precisamente sin salir de Bilbao, tenía á su alcance elementos preciosísimos de observación social que no ha sabido ó no ha querido aprovechar. Por no haberlo hecho es acreedora á las más severas censuras.

Los legados en favor del alma han sido mirados con verdadero cariño por la Comisión. Para satisfacerlos, no sólo permite que se acuda á los bienes raíces, sino á los bienes raíces *troncales*. De modo que el Apéndice, que tan respetuoso se muestra con todo lo que á troncalidad se refiere, que amplía el contenido del principio troncal, que para dar una prueba, sin duda, de la importancia que le concede, le dedica el tít. II contra toda idea de plan racional y sistemático, no tiene inconveniente en admitir una desviación de ese principio y un atentado contra los inte-

reses de los tronqueros cuando se trata del favor ó del beneficio del alma.

Sube de punto la gravedad de esta disposición si observamos que el Fuero no autoriza semejante largueza de un modo expreso y terminante: si ese precepto se quiere encontrar en el Fuero, es menester inducirlo mediante un proceso de interpretación, cuyas bases tal vez no sean todo lo sólidas que las circunstancias del caso exigían para incurrir en contradicción tan palmaria con el alabado principio de la troncalidad á que tan afecto se muestra el *Apéndice*.

Consúltense las leyes V y X del tít. XXI, las XIV y XVIII del tít. XX, y véase que en todas ellas, al hablar de la raíz de que se puede disponer libremente, se habla de la raíz, de los bienes raíces, pero no de la *raíz troncal* de un modo expreso.

Pregonar la intangibilidad de la raíz troncal; dar este carácter á bienes inmuebles que en realidad no lo tienen; impedir, rindiendo excesivo culto á ese principio troncal, que el testador cuando sólo tenga bienes de esa clase pueda cumplir sagradas obligaciones de conciencia, y permitir luego que esa misma raíz troncal se desmembre en favor del alma, es una notoria inconsecuencia, una medida á todas luces impolítica y antieconómica, y un lamentable arcaísmo jurídico, impropio de los presentes tiempos.

Pero hasta en los pormenores se hace patente el espíritu anticuado que inspira al *Apéndice*.

Con la frase de legado en favor del alma — dice el artículo 55 — se entienden todas las disposiciones piadosas del testador, como, por ejemplo, sufragios en general, limosnas para los pobres, legados á establecimientos de beneficencia y demás que tengan fines semejantes.

Prescindo del empleo del tecnicismo *legado en favor del alma*, que bien podía haberse sustituido por otro, como en parte hace el Código civil, si bien tampoco está por completo libre de este lunar; pero penetrando en el fondo del párrafo segundo del art. 55, ¿quién ha dicho á la Comisión

de Vizcaya que son fines semejantes los sufragios, las limosnas para los pobres y los legados á establecimientos de beneficencia? ¿Es que la ilustrada Comisión no admite que la caridad pueda ejercerse más que en beneficio del alma? ¿Es que ya no es posible dar una limosna por el solo cumplimiento de un deber de conciencia y sin que la idea de la salvación eterna venga á mover nuestra voluntad? ¿Tan menguados estamos ya que no hay personas que amen la caridad por la caridad misma?

Cuando se deja parte del caudal para sufragios por el alma, se afirma la existencia del purgatorio, se teme que nuestro espíritu vaya á parar á él, y con objeto de conseguir el fin individual, puramente personal y, ¿por qué no decirlo?, egoísta, en el sentido recto de la palabra, de lograr la salvación eterna abreviando en lo posible ese período de sufrimiento, se ordena la celebración de los sufragios.

Cuando se dota de una renta á un establecimiento de beneficencia ó se ejerce cualquier acto de caridad, se puede creer en el purgatorio ó se puede no creer, y, aun creyendo, el acto de caridad puede ser verificado con la intención de que Dios lo tome en cuenta en descargo de nuestros pecados, ó ser, por el contrario, completamente ajeno á esa intención.

El art. 55, en su segundo párrafo, está sólo hecho para católicos y aun para cierta clase de católicos, y esto no debe ser en los presentes tiempos, en los que la Constitución consagra la tolerancia religiosa y en los que las leyes civiles se dan para los ciudadanos, sea la que fuere la confesión á que pertenezcan.

Por lo demás, el error de concepto que implica ese artículo 55 no está á la altura de la sólida y justificada reputación de la Comisión codificadora de Vizcaya, que, dando muestras de patriotismo, ha consagrado sus desvelos á la redacción de ese *Apéndice*, con buena voluntad siempre, aunque no con acierto en muchos casos.

CAPITULO V

Continúa el estudio de la sucesión testada. Herederos forzosos: motivo de las disposiciones del Fuero. — Carácter de la fórmula de apartación. — Si toda sucesión MORTIS CAUSA es en Vizcaya de naturaleza troncal: la ley XVI del tit. XX: criterio del Apéndice. — Derechos sucesorios de los descendientes ilegítimos en el Fuero y en el Apéndice.

Explicado ya lo que constituye la llamada parte de libre disposición y las principales cuestiones que, relacionadas con ella, contribuyen á poner de manifiesto el espíritu del Fuero de Vizcaya, tócame ahora, continuando el estudio de la sucesión testada, ir descendiendo á todo el pormenor de ésta, en el que, por su particular fisonomía y por su significación indudable, se descubra algún rasgo esencial bastante por sí mismo ó por las relaciones que implique á revelar lo que de fundamental hay en la legislación de que trato.

Ya he indicado antes de ahora que el Fuero reconoce el sistema de las legítimas, y que, dando la importancia que realmente tiene al elemento familiar en la propiedad, establece ciertos órdenes ó grupos de parientes á quienes atribuye la cualidad de herederos forzosos.

Estos grupos son: primero, los descendientes legítimos; segundo, los ascendientes de igual calidad; y tercero, los profincos tronqueros de travesía de los bienes raíces de cuya sucesión se trate, hasta el cuarto grado. Así resulta de las

leyes XI, XIV y XVIII del tít. XX, y de las III, V y VI del título XXI. El texto de algunas de estas leyes ha sido ya inserto anteriormente; el de las demás lo iré dando ahora á conocer á medida que su cita vaya siendo oportuna.

Una observación previa y común á todos los órdenes de herederos forzosos puede y debe hacerse en este lugar.

Recordará el lector que al exponer los fundamentos de la sucesión testada y el sistema de las legítimas, decía que el Estado, reconociendo la importancia del elemento familiar de la propiedad, fijaba ciertos órdenes ó grupos de parientes á quienes instituía por herederos forzosos, imponiendo á los testadores la obligación de que de cierta parte de sus bienes han de disponer precisamente entre los miembros de esos grupos ú órdenes.

Pero surgía en seguida la cuestión del tanto de la participación individual en el caudal hereditario de esas personas comprendidas en el grupo, y afirmé entonces que el Fuero, de acuerdo con lo que considero buenos principios de libertad civil en materia de sucesión testada, había resuelto ese problema negando la competencia del Estado para instituir un reparto igualitario; negando asimismo la justicia del eclecticismo que las mejoras del Derecho común significan, y reconociendo una exclusiva é indudable competencia en el testador para establecer el tanto de la cuota que á cada heredero debe corresponder en los bienes relictos.

Decía entonces que es tal la amplitud que al ejercicio de la voluntad de los testadores se concede, que con emplear la llamada fórmula de apartación, dejando á los herederos á quienes de este modo se excluye *algún tanto de tierra, poco ó mucho*, puede darse todo el caudal á un solo heredero, y citaba á este propósito la exacta afirmación del Sr. Chalbaud, de que cada grupo de parientes en el orden de llamamientos no tiene en rigor otro derecho que el de impedir que los bienes pasen á otros parientes que no sean pertenecientes á su grupo.

Pues bien : sobre esto he de hacer algunas observaciones antes de pasar adelante. Es la primera la de dejar aquí sentado que esa facultad se refiere á todos los grupos de herederos forzosos: de modo que lo mismo puede instituirse por heredero á un hijo, excluyendo á los demás, que á un ascendiente, que á un colateral, siempre, empero, que se guarde la prelación indicada de unos órdenes respecto de otros.

Refiérese la segunda observación á los motivos que dentro del Fuero son de apreciar como generadores de esa libertad que al testador se reconoce para fijar el tanto de participación de cada heredero en los bienes relictos y á la concordancia que entre ellos existe, y los que, según los principios expuestos, justifican esa particular determinación de la regla jurídica.

La incompetencia del Estado y la competencia de los testadores son, como recordará el lector, las razones que abonaban esta relativa libertad de testar á que vengo refiriéndome. Esta competencia de los testadores resulta de que sólo ellos pueden apreciar en su justo valor las circunstancias que por vía de ejemplo en el capítulo III enumeré, á saber: la mayor ó menor fortuna que posea cada uno de los miembros del grupo, su conducta moral, la edad, las causas de incapacidad que en ellos puedan concurrir, el estado, sobre todo en las mujeres; las necesidades que cada uno se haya creado á la época en que ocurra el fallecimiento del causante, los motivos de gratitud, la clase de riqueza en que consista la herencia relicta, las necesidades de su explotación en buenas condiciones económicas, la vocación ó particular aptitud que para el manejo y desenvolvimiento de esa determinada riqueza pueda concurrir en alguna de las personas llamadas á la sucesión, el que la naturaleza de los bienes permita ó no esos fraccionamientos, tan funestos las más de las veces para el haber social, y, por consiguiente, para el bienestar individual, y tantos otros datos más que al lector discreto desde luego ocurrirán.

Pues bien: estos motivos y no otros son los que han determinado al Fuero á adoptar la solución que queda indicada. No era menester que el legislador expresamente lo declarase para comprenderlo así; pero por si acaso alguna duda pudiera haber acerca de este extremo, el mismo Fuero se encarga de aclarar el punto, mostrando bien patente su verdadero espíritu.

En efecto: admite la legislación civil de Vizcaya el testamento por comisario, del cual me ocuparé más adelante; y en el tít. XXI, la ley III está dedicada á reglamentarlo. Prevé el Fuero en dicha ley el caso de que, fallecido el mandante, sus parientes que deban heredar, cualquiera que sea el grupo de los que quedan mencionados á que pertenezcan, sean todavía de muy temprana edad, ó, como dice la ley, sean *pupilos, y pequeños, y de tal edad, y condición, y calidad que los Comisarios no pueden convenientemente elegir, ni instituir entre los tales menores, qual es el mas idóneo, ó hábil, ó suficiente, ó conveniente á la Casa, para heredar, ó regir toda la Casa y Casería; y á esta causa por hacerse las tales elecciones entre niños, y tan breve, á veces no sucede bien;* concediendo el Fuero, para obviar estos inconvenientes, término de año y día á los Comisarios, dentro del cual deberán cumplir el mandato; pero en el bien entendido supuesto de que si los *tales hijos ó successores, fueren menores de edad, y disposición de se poder casar,* este término no empezará á correr hasta que las personas entre las cuales debe hacerse la elección no salgan de esa relativa incapacidad, de esas circunstancias transitorias que, según el Fuero, pueden ser causa de desacierto en la elección que al Comisario incumbe.

Percíbese en las palabras de la ley III, tít. XXI, que he citado, bien claro el sentido del Fuero, en un todo conforme con el criterio que antes he expuesto; y estimo que, en vista de esta observación, debe rectificarse un lugar común muy generalizado siempre que de la libertad de testar de Vizcaya se trata. Dícese, y es ésta una afirmación que se admite sin

debate y se considera como una de las bases de todo el Derecho civil de esta provincia, que el motivo que en el Fuero ha inspirado esta facultad de los testadores de distribuir libremente sus bienes entre sus herederos no es otro que el reconocimiento de la patria potestad en todas sus consecuencias. Se abusa de la nota poética al pintar la sociedad familiar vizcaína; se exageran sus, por otra parte, indudables virtudes, y se pretende hacer brotar todas las determinaciones de la regla jurídica de un estado social que la fantasía y el amor al terruño embellecen; empleándose, en suma, para tratar de estas cuestiones de Derecho, los medios y los procedimientos de que hacen uso los escritores que en literatura se llaman coloristas, y de esta suerte llega á tener carta de naturaleza entre nosotros una cierta especie de derecho literario, que satisface más pronto y con menos esfuerzo al general espíritu distraído que las investigaciones hondas y los puntos de vista, cuya asimilación exige un estudio más conienzudo.

Nada más funesto, sin embargo, para la recta interpretación de las instituciones jurídicas.

Si atentamente se examina la ley III del tít. XXI y se procura desentrañar el valor de las palabras que dejo copiadas, para lo cual, después de todo, no se necesita gran esfuerzo, veráse claramente que las que podríamos llamar consideraciones sentimentales acerca del poder paterno y de su autoridad innegable, no han suministrado al legislador motivos ni argumentos en que apoyar la determinación de la regla jurídica. La elección de heredero debe hacerse en condiciones tales, que el que elija disponga de medios bastantes para juzgar quién es el más *idóneo, ó hábil, ó suficiente, ó conveniente á la Casa, para heredar, ó regir toda la Casa y Casería*; estas son las palabras de la ley.

No se trata, pues, de premiar ni de castigar, ni de conseguir por este modo indirecto el robustecimiento de la patria potestad, la cual, si no tuviese prestigios más sólidos y un más firme asiento en la conciencia, fuera medrada, en ver-

dad, y poco honor haría á la familia vizcaína esta manera de entenderla. Las ideas del premio y del castigo son de todo en todo ajenas á los fundamentos de esta libertad que los testadores tienen para disponer entre los herederos designados por la ley: no se podrá citar una sola ley del Fuero en la que se encuentren vestigios siquiera suficientes á demostrar que el puntal más fuerte, si se me permite la frase, de la patria potestad en Vizcaya está en las disposiciones que estudio.

Claro es que los padres, haciendo uso de esta libertad, podrán otorgar los premios é infligir los castigos que estimen prudentes. Pero de esto á afirmar que la facultad á que aludo se ha reconocido por la ley para fortalecer el poder paterno, hay una diferencia muy grande.

Se opondrá además al punto de vista que combato la consideración de que, ejerciéndose la relativa libertad de testar que el Fuero establece, lo mismo cuando se dispone entre hijos que cuando se dispone entre ascendientes ó colaterales, llegaríamos á la consecuencia de que, en estos dos últimos casos, faltando el motivo de la ley, subsistiría, sin embargo, el precepto, ya que no cabe hablar de patria potestad tratándose de ascendientes y de colaterales.

Por otra parte, los que, arrancando del supuesto de un estado social de sencillez y de inocencia extraordinarias, recargan los tonos poéticos de la familia vizcaína y pretenden explicar sus instituciones jurídicas acudiendo á los brillantes matices de esa pintura, no observan que llegan á una conclusión contradictoria en absoluto con el supuesto de que parten; pues cualquiera que sea el punto de vista que se adopte, no puede por menos de notarse contradicción manifiesta entre ese patriarcal e inocente estado y la necesidad de que la ley civil, para fortalecer la patria potestad y mantener la disciplina familiar, arbitre esta especie de recursos, cuya esencia no es otra sino el amenazar con un perjuicio *económico* á los que no cumplan los deberes morales, á los que falten á las consideraciones que el puro afecto debe im-

poner como dictados ineludibles de la conciencia y como secuela necesaria del cariño.

La que se llama libertad de testar en Vizcaya, ó, como ya antes he indicado, la facultad de fijar el tanto de la participación de los herederos en el caudal relicto, no se funda en nada de eso. Arranca de la naturaleza misma del derecho de sucesión testada, tal como lo he dejado explicado en el capítulo III, y tal como se da á entender en la ley III del título XXI del Fuero, puesto que al decir ésta cómo se debe escoger el más *idóneo, ó hábil, ó suficiente, ó conveniente á la Casa*, paladinamente viene á declarar que el testador es el único que está en condiciones para apreciar esas cualidades y darles su justo valor; esto es, que la libertad de los testadores que la ley establece está abonada por incontrovertibles razones de *competencia*, que no asisten á la voluntad del Estado cuando, entrando en la esfera de lo que es y debe ser puramente individual, fija una norma inflexible, igual para todos los casos, y, por lo tanto, injusta.

Necesitábase conseguir también un fin social de grandísima importancia. La casería es indivisible, ya lo he dicho antes de ahora; este tipo de finca rústica no podía exponerse á los riesgos de fraccionamiento y de verdadera pulverización á que una indiscreta reglamentación de la sucesión testada podía conducirla. Era menester mantener la indivisión histórica y actual de la casería; pero era menester mantenerla sin lesionar otros principios de Derecho; no son jurídicos, en rigor, los arbitrios y expedientes que frecuentemente se imaginan para conseguir fines que podrán ser lícitos, pero que muchas veces se logran, más ó menos perfectamente, con grave deterioro de otros fines no menos racionales.

En la ocasión presente, el fin social de la indivisión de la casería debía alcanzarse dentro de la doctrina de la sucesión testada; alterar los fundamentos de ésta para procurar una utilidad social, dejar de conseguir esa legítima utilidad por no quebrantar los que á una observación ligera pu-

dieran parecer principios inflexibles de aquella teoría, hubieran sido extremos por igual viciosos. No existen en Derecho esas opiniones irreductibles de términos; precisamente el Derecho, por ser tal, es siempre fórmula de armonía.

Pues bien: como se desprende de todo lo dicho, el Fuero, con una intuición nunca bastante celebrada, ha sabido encontrar esa fórmula; ha partido de la realidad para la cual legislaba, y ha tenido muy en cuenta las exigencias sociales que no podía desatender; se ha encontrado con el sistema de las legítimas del Derecho romano justiniano; ha tenido á la vista también el atisbo que las mejoras de la legislación visigoda significan, y ha ido aún más allá que ésta, sentando la teoría de la sucesión testada sobre amplísimas bases, que permiten con holgura la realización de los fines humanos, que no constituyen un obstáculo para el progreso económico; que están inspiradas, en suma, en un sentido eminentemente realista. La facultad de los testadores de fijar el tanto de participación de los herederos en el caudal hereditario ha sido, pues, la fórmula de armonía de todos los intereses, el verdadero punto de enlace entre la teoría de la sucesión testada y la que atañe á la organización de la propiedad territorial; fórmula que, si por una parte atiende á lo que es debido á las justas iniciativas del propietario, por otra tiene en cuenta la función social que la propiedad misma viene á realizar en la vida colectiva.

*
* *

Una cuestión surge respecto de la manera de ejercitar esta libertad de testar, que no debo, en rigor, omitir.

Para que sea válida la elección de heredero cuando existe más de uno del grupo llamado por la ley, ¿es requisito indispensable el que expresamente se excluya ó aparte á los demás?

Si demandamos al Fuero la contestación á esta pregunta, nos encontramos en primer lugar con la ley XI del tí-

tulo XX, cuyos epígrafe y texto son bien terminantes en el sentido de exigir la concurrencia del requisito. Dice así:

«Como los Padres pueden dezar su hacienda á uno de sus hijos, apartando á los otros con alguna Tierra y de la succession de los Hijos, que no son legítimos.

Otrosí dixerón : Que havian de Fuero, uso, y costumbre, y establecian por Ley, que qualquier Hombre, ó Muger, que oviere Hijos de legitimo Matrimonio, pueda dar, assi en vida, como en el articulo de la muerte á uno de sus Hijos, ó Hijas legitimos, ó á nieto, y decendiente de su Hijo, ó Hija legitimo, que haya seydo fallecido, todos sus bienes, muebles, y rayzes, apartando con algun tanto de tierra, poco, ó mucho á los otros Hijos, ó Hijas, y decendientes, aunque sean de legitimo Matrimonio. Y si Hijos, ó decendientes legitimos de legitimo Matrimonio no oviere; que por essa mesma forma pueda dar, y apartar á los Hijos naturales, que oviere de Muger soltera : Con que Hijos de Manceba no puedan suceder, ni heredar en vida, ni en muerte con los Hijos, ó decendientes de legitimo Matrimonio : eceto, si el Padre, ó la Madre les mandaren, ó dieren alguna cosa de reconocimiento, assi en mueble, como en rayz : Con tanto, que no exceda de el quinto de todos sus bienes. Y si hijos legitimos, ni naturales, no oviere; y oviere hijos, que haya habido el home casado de alguna muger, ó la muger casada de algun home en vida del marido legitimo, ó el marido en vida de la muger legitima, ó otros incapaces, que los tales hijos, ó hijas, engendrados en dañado ayuntamiento, no puedan suceder, ni heredar en vida, ni en muerte, en bienes algunos del Padre : Salvo, si fuere legitimado por su Alteza. Y en quanto á la Madre, tampoco le puedan suceder, en vida, ni en muerte, fijos que haya havido Muger de Clérigo, ó Frayle, ni de tal ayuntamiento, por el qual merecia pena de muerte natural : Pero en tal caso, el Padre, ó la Madre para en alimentos les puedan dar y mandar á los tales incapaces, fasta el quinto de todos sus bienes, muebles, y rayzes, y no mas. Y que de este quinto salgan las animalias, y mandas gratuitas: Pero si la Muger oviere Hijos espurios de otra calidad, no de Clérigo, ni Frayle, de tal ayuntamiento, porque merezca muerte, sino Hijos de otra suerte; que á los tales les pueda dar, y mandar todo lo suyo que oviere en mueble, ó semoviente, pero no la raíz : Porque en ello han de suceder los profincos legitimos, segun que en adelante se declarará.»

Confirma el precepto de esta ley el de la XIII del mismo título XX, la cual, aun quando se refiere á *las donaciones que*

se hacen generalmente (1), es de perfecta aplicación al caso, porque, como más adelante veremos, la institución de heredero puede hacerse tanto en testamento como en acto entre vivos.

No menciona el requisito de la apartación la ley XV del título XX (2); pero su silencio no puede entenderse como declaración tácita de que la concurrencia del requisito á que aludo no es necesaria, porque el objeto de la ley es tan sólo el de fijar las facultades de los vizcaínos que residen en las villas respecto de los bienes que tengan en la tierra llana, pudiéndose, antes por el contrario, afirmar que el texto de esta ley da por vigente el requisito de la apartación en las palabras que emplea de «*que en vida y en muerte pueda disponer de ello, como podia disponer el Vizcaino, vecino de la tierra-llana*», ya que con anterioridad ha dicho el Fuero en las leyes citadas que es menester hacer la apartación.

(1) Ley XIII, tit. XX. «*CÓMO SE HAN DE ENTENDER LAS DONACIONES QUE SE HACEN GENERALMENTE. Otrosi dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por ley, que por quanto acaece que alguno dá á su Hijo, ó otro heredero su casa, y Caseria, con todos sus pertenecidos, y con todos los bienes muebles, y rayzes: Y ponen duda si tal donacion general de los bienes muebles vale, ó debe valer, y á qué bienes muebles se ha de estender. Por ende por evitar toda duda, é inconveniente, dixeron: Que ordenaban, que el tal contrato valga, y sea valido: Con que intervenga apartamiento de los bienes rayzes con tierra á los otros profincos, como arriba esta declarado. Y en quanto á la donacion de los bienes muebles, que el que da, y dona, pueda reservar lo que quisiere, y lo reservado sea para quien él quisiere: Y no reservando cosa alguna, la tal generalidad de bienes á él pertenecientes, se entienda solamente todo el aderezo, y alhajas necessarias para regir la tal Caseria que oviere, y las cubas, y arcas, y camas que oviere en la tal Casa, que dona, eceto lo reservado.*»

(2) Ley XV, tit. XX. «*QUE LOS VECINOS DE LAS VILLAS, QUE TUVIEREN BIENES EN LA TIERRA LLANA GUARDEN EL FUERO EN DISPONER DE ELLOS. Otrosi, dixeron: Que habian de Fuero, y establecian*

Tampoco se menciona este requisito en las leyes que tratan del testamento por comisario, ni era precisa tal mención desde el momento en que esas leyes no atañen al fondo de la testamentifacción, sino que, respetando lo ya dicho, tratan tan sólo de regular el modo especial de ejercicio de la facultad de testar, que consiste en ejercitarla mediante comisario ó mandatario.

Ni es extraño, por último, que la ley V del tít. XXI, que ya en otro lugar he citado, haga caso omiso de la apartación, porque, como se desprende de su simple lectura, tiene por único objeto el fijar la parte de libre disposición una vez más, á propósito de precaver los fraudes que pueden cometerse con motivo de los testamentos que se otorgan sin la presencia de escribano.

Reaparece de nuevo la necesidad de la apartación, consignada de un modo expreso en la ley VI del tít. XXI, en la que al decir que marido y mujer, juntamente ó por separado, tienen la facultad de designar heredero dentro de los grupos marcados por la ley, se añaden las palabras «apar-

por Ley, porque acaece, que algun Vecino de las Villas de Vizcaya entre otras tierras, y heredades, que tiene sitas en el juzgado de la tal Villa, de donde es, tiene, y posee otras tierras, y heredades, sitas en el Juzgado, y Tierra-llana, y assi troncales: Y acaece, que el tal suele disponer de las tales tierras troncales por si, ó á bueltas con las otras heredades de la tal Villa, agora en vida, agora en muerte: Y ponen duda, si de los tales bienes troncales ha de disponer, segun que de los otros, que no son troncales. Por ende, dixeron: Que ordenaban, y ordenaron, que el tal Vecino de Villa, de los bienes (segun Ley del Reyno) son partibles; que toda la tal rayz, que tuviere en la tierra-llana, y juzgado de Vizcaya, sea de la condicion, y calidad, Privilegio, y Fuero, que la otra rayz, que poseen los Vizcaynos de la tierra-llana troncal: Y tal, que en vida, y en muerte pueda disponer de ello, como podia disponer el Vizcaino, Vecino de la tierra-llana: Y sean admitidos para la tal rayz los tronqueros profincos, como, y segun se admiten á los bienes, que poseen, venden, y mandan los Vizcaynos, Vecinos de la Tierra-llana.»

tando á todos los otros con poco, ó mucho de tierra», y la ley VII del mismo tít. XXI, al establecer en qué casos es lícito y en cuáles otros no poner gravamen á los hijos, toda ella parte del supuesto de la necesidad de la apartación como de algo que es esencial á la perfecta institución de heredero.

De los datos expuestos se deduce que, según el Fuero, la apartación es un requisito esencial de la institución de heredero, y que, por consiguiente, institución que no vaya acompañada de esta accesoria manifestación de voluntad, merece, en buena lógica, el calificativo de nula.

Á esta consecuencia se llega; pero ¿no implicará la afirmación hecha un rigorismo excesivo, tan sólo capaz de resucitar arcaísmos jurídicos que el buen sentido y la interpretación moderna deben hacer desaparecer del Fuero para ponerlo en armonía con nuestras costumbres y con nuestro modo de ser actual?

Tratemos de buscar el verdadero punto de vista desde el cual debe ser examinada la cuestión.

Del estudio de las leyes del Fuero se desprende que el requisito de que vengo hablando es algo que tiene un marcado carácter *formal*: es un requisito de forma.

Indudable es el derecho del Estado á establecer las formas especiales á que han de acomodarse los actos jurídicos que libremente se realizan en la vida social, si es que estos actos han de tener la apetecida eficacia dentro del Derecho que el Estado mismo mantiene: la fijación de estas formas preconstituídas corresponde á la misión del Estado, y entra de lleno en la función tutelar que en el mismo orden jurídico ejerce.

Muy acertadamente ha dicho Ihering (1), con el encanto propio de su estilo, que la forma es para los actos jurídicos lo que el sello para la moneda, y que la facilidad y la segu-

(1) *Espiritu del Derecho romano.*

ridad del diagnóstico constituyen las grandes ventajas de la forma.

En la presente ocasión, la ley ha dicho: no es lo suficientemente clara la manifestación de la voluntad de los testadores cuando éstos se limitan á hacer la designación del heredero; el acto que realizan tiene importancia bastante para que se exija en su ejecución la concurrencia de aquellos signos exteriores, aptos para acreditar que han precedido en el sujeto de derecho la reflexión y el estado de conciencia que han debido dar nacimiento á esa determinación de la voluntad. Si haces la institución de heredero (ha dicho el Estado á los testadores) y no apartas á los que estén en el mismo grupo, entiendo que en tu conciencia no se ha dado el acto jurídico con la determinación necesaria; que tu voluntad no ha querido lo que sólo á medias ha sabido expresar, y, por consiguiente, niego toda transcendencia en mi esfera jurídica á esa volición imperfecta, cuya eficacia quedará á merced de lo que las personas á quienes interese decidan por su propia cuenta y fuera, pero no en contra, del orden de derecho que tengo establecido.

En una palabra: para que el acto de la institución de heredero sea eficaz (1), es menester que se acomode á la forma preestablecida.

Ahora bien: si el Estado puede y debe fijar esas formas, discreto es que lo haga como lo ha hecho en el Fuero en la ocasión presente, ya que la forma de la apartación es clara, precisa, de cómodo uso, adecuada á la naturaleza del acto á que se refiere, de sabor tradicional y, por último, popular.

De que es adecuada á la naturaleza del acto, convence desde luego el alcance de éste, puesto que si la institución de heredero, por una parte, contiene la designación de la persona favorecida, no es menos cierto que comprende tam-

(1) No tengo para qué decir que aquí, como en otros muchos lugares, me refiero á la eficacia en el Derecho social ó del Estado.

bién la exclusión de los demás parientes del grupo, y sólo cuando al mismo tiempo que se instituye al sucesor se excluye á los que no se quiere dar este título, es cuando se puede decir que la manifestación de la voluntad ha quedado perfectamente determinada; pues á la manera que en las definiciones, se ha expresado el género próximo y la última diferencia.

El requisito de la apartación tiene además, como he dicho, sabor tradicional. Ya el Derecho romano exigía que los hijos no estuviesen preteridos, y esto para que no hubiera duda sobre el valor de la manifestación de voluntad del testador (1); y entre esta exigencia de aquel Derecho y el precepto del Fuero, paréceme que, sin gran perspicacia, puede notarse muy íntimo enlace. El Fuero ha conservado este requisito con muy buen sentido, y la interpretación moderna debe afirmarlo, en vez de desecharlo como anti-gualla inútil, porque, como dice muy bien Ihering (2), la seguridad y la fijeza de todo progreso descansa en la continuidad histórica, ligazón íntima que une el presente con el pasado. La forma, continúa diciendo dicho eminente pensador, ocupa el primer puesto entre todo cuanto contribuye á esa continuidad. Todos los otros elementos internos, reales é históricos, se ocultan siempre más y más á la conciencia de las masas, y sólo son familiares á un corto número de gentes instruídas. La forma, por el contrario, es visible, y se reproduce siempre del mismo modo, sacando de ella el pueblo la conciencia de la continuidad histórica. Á medida que es más fuerte la impresión que les marcó una circunstancia particular, que después ha desaparecido (constitución, uso, moda), y á la cual debieron el ser, el observador encuentra extrañas ciertas formas; pero como los retratos de nuestros ascendientes, que tras largo tiempo de olvidadas costumbres despiertan el sentimiento de su aleja-

(1) Ortolan: Van Wetter.

(2) Obra citada.

miento histórico y resucitan el pasado, que se destaca visible con la plena luz de su carácter propio, ellas conservan entre el pueblo el recuerdo de antiguos días, hacen revivir la memoria de nuestros antepasados y transmiten esa línea de conducta para las cuestiones prácticas del presente, que admiramos con tan justo título en los romanos de los primeros tiempos y entre los ingleses de hoy. El sostenimiento de las formas tradicionales, cuando sobreviven, á la vez que resultado, es fuente fecunda de ese sentido histórico, sin el cual nunca se hubiera elevado ninguna edificación durable ni en el Estado ni en la Iglesia.

Por las razones sucintamente indicadas, para no insistir más en este punto, entiendo, pues, que el requisito de la apartación es esencial en el Fuero, que no expresa un vano precepto formulario á manera de las advertencias legales que consignan los notarios en las escrituras en cumplimiento de diversas disposiciones, y que, por lo tanto, la interpretación moderna del Fuero, que en rigor forma parte del Fuero mismo, procediendo de acuerdo con el común sentir de la gente vizcaína, debe mantener la necesidad de ese requisito con el carácter de esencial que acabo de expresar, que es como lo establecen, según se ha podido observar, las leyes citadas durante el curso de este capítulo.

Por su parte, el art. 44 del *Apéndice* redactado por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya, dice que «el testador podrá repartir los bienes como tuviese por conveniente (en los casos á que se refiere), ó elegir á un solo pariente, *apartando* á los demás de la línea respectiva, con poco ó mucho de tierra raíz»; de donde se desprende que los autores de dicho *Apéndice* han visto la cuestión de la manera que dejo explicada, si bien hubiera sido de desear una más concreta y terminante expresión en el sentido de afirmar el carácter esencial del requisito, estableciendo, por ejemplo, la sanción civil que su incumplimiento debiera llevar consigo.

En la verdadera manía, si se me permite la palabra, de ciertos escritores y abogados de bufete vizcaínos de encontrar motivos y casos de especialidad en el Fuero de Vizcaya que lo aparten de la legislación castellana, pretendiendo hacer ver que aquella simpática colección de leyes se ha producido como por generación espontánea, llégase á sentar afirmaciones que no resisten en mi opinión la crítica más superficial. Y ahora que vengo tratando de la sucesión testamentaria en la línea recta, creo muy de este lugar hacerme cargo de una de esas afirmaciones contrarias, á mi modo de ver, á la letra y al espíritu del Fuero.

La afirmación es la siguiente: Todo el derecho sucesorio vizcaíno tiene carácter troncal; la herencia, siempre y en todo caso, se defiere en virtud del principio de la troncalidad; y una vez sentadas estas premisas, sin retroceder ante ninguna de sus consecuencias, se declara que en la sucesión testada en línea recta, que en la misma herencia testamentaria de padres á hijos, aun en aquellos casos en que se trate de bienes que hayan sido adquiridos por los primeros á título de compra y no á virtud de retracto, es la troncalidad, y sólo la troncalidad, el principio que informa las leyes del Fuero.

No se dice siquiera que allá en los albores del Derecho vizcaíno, cuando empezaron á formularse en preceptos más ó menos precisos las disposiciones sobre sucesión testada, fué la troncalidad la forma especial en que á consecuencia de circunstancias dadas se fué manifestando el Derecho en aquellos lejanos tiempos, lo cual, al fin y al cabo, sería un aserto sujeto á comprobación de mayor ó menor dificultad práctica; sino que, dando esto por supuesto, según parece, añádese que en las mismas leyes del Fuero que conocemos, y aun en la conciencia de las gentes, es donde está vivo y manifiesto el principio de la troncalidad, presidiendo todos los órdenes de sucesión y constituyendo un sistema completo de todo en todo distinto al de la legislación castellana. Y si de la afirmación del hecho jurídico como verdad legal

pasamos á la crítica que su consideración inspira, con verdadero asombro veremos que en los escritores á que aludo todo es el hacerse lenguas de las excelencias de ese decantado principio, y el abogar por su conservación al través de los siglos como si se tratase del más preciado tesoro de que puede hacer gala la legislación civil de Vizcaya.

Nada más lejos, en mi opinión, de la realidad jurídica que dar al principio troncal esa exagerada extensión que pugna, no solamente con los preceptos expresos de las leyes del Fuero, sino con los sanos dictados de la conciencia y las imperiosas exigencias de la razón.

Es cosa llana y hacedera el decir más ó menos embozadamente que los escritores castellanos están poco menos que incapacitados y con perpetua é incurable incapacidad para penetrar el sentido del Derecho civil de Vizcaya, como si éste fuera un arca santa cuyos secretos están reservados para los oriundos del noble solar, y como si en las cuestiones científicas, cuando de buena fe se tratan, cupiera el mezclarlas con el estrecho espíritu de localidad, eterno enemigo de todo progreso social. No es difícil tampoco el concebir con la imaginación un especial estado de organización familiar que con un poco de sentido histórico se adereza y con otro tanto de bucólica poesía se sazona, y el poner después á contribución el ingenio para buscar coincidencias, rasgos y pormenores que con ayuda de la fantasía produzcan la ilusión de lo real y de lo verdadero, sin parar mientes en que de esta suerte la imaginación y la fantasía y el ingenio sustituyen, en grave daño del pensamiento científico, á la reflexión, á la razón y al entendimiento.

Pero si todo esto es fácil y llano y hacedero, no lo es, en cambio, sino antes por el contrario, en extremo difícil, el fundamentar ciertas afirmaciones en textos explícitos, precisos y terminantes. Limitemos nuestra observación á la sucesión testamentaria en línea recta, puesto que tal es en este momento el objeto de nuestro estudio. ¿Es ésta ó no una sucesión troncal? ¿Reconoce el Fuero el derecho á la

legítima en razón de la troncalidad y sólo por virtud de este principio, ó, por el contrario, sin tenerlo en cuenta, otorga el carácter de herederos forzosos á los parientes en línea recta, en consideración á lo que es debido á las bases fundamentales del derecho de familia y del derecho de propiedad, piedras angulares sobre las que descansa todo el edificio de la sucesión, ya sea testada ó intestada?

Mejor que con vanas disertaciones acerca de la familia vizcaína, entiendo que se contestará á esta pregunta con las leyes mismas del Fuero. Ellas pondrán de manifiesto de elocuente manera si la familia vizcaína está organizada en este respecto sobre los cimientos construídos por los juristas ó sobre los sentimientos y los afectos humanos; si dicha organización responde á los que pudieran llamarse principios exclusivamente técnicos del Derecho civil, ó si, por el contrario, el lazo de la sangre y el hecho de la convivencia han podido más que esas reglas que ahora se pretende hacer pasar como expresión genuina de la legislación de que trato.

La ley XIV, tít. XX, fundamental en la materia que me ocupa, puesto que, según su epígrafe, trata de «*En qué manera se puede disponer de los bienes muebles, y rayzes, y tronqueros habiendo Hijos, y no los habiendo*» (y hay que advertir que en esta ocasión el epígrafe es fiel reflejo del texto del precepto legal), dice que en caso de que existan hijos, ó descendientes, ó ascendientes legítimos, el testador puede disponer del quinto, por donde viene á reconocer la legítima, consistente en el resto del caudal á favor de dichos parientes, como en otro lugar he indicado. Y nótese bien el sentido de esta ley; pertenece la legítima á los parientes expresados, no por razón de troncalidad, sino por el solo motivo del parentesco, porque á renglón seguido la ley añade que, á falta de tales descendientes y ascendientes legítimos, se reserve la raíz para los profincos tronqueros. Hé aquí de modo expreso consignada la razón del precepto. Se instituye, en primer lugar, herederos forzosos á los descen-

dientes y ascendientes, y es esta cualidad, y no otra, la en que se fija la ley para hacer su designación: se llama después á otros parientes, pero exige el Fuero la cualidad de tronquero; es por razón de la troncalidad por la que los llama, porque su propósito es establecer, tratándose de colaterales, una sucesión troncal. Si toda ella fuera de esta clase, hubiéralo dicho así la ley en este ó en otro lugar. No lo dice en ninguna parte, y en verdad que se necesita para sostener que es troncal la sucesión testada en línea recta en el Fuero de Vizcaya, torcer y violentar su espíritu sin compasión para acomodarlo á lo que de antemano se ha convenido en que es tradicional y, por lo tanto, bueno.

Todo ello ha provenido (aparte de la natural predisposición de ciertos entendimientos) de la existencia en el Fuero del principio troncal en la sucesión intestada y aun en la testamentaria cuando se trata de colaterales. Pareceles quizá incomprendible que en un mismo cuerpo legal puedan coexistir los dos principios: el troncal y el que, prescindiendo de la relación de troncalidad, atiende al parentesco, á lo que pudiéramos llamar familia natural para regular la sucesión. En nuestro mismo Código civil se da también algo del principio troncal, y, sin embargo, á nadie se le ha ocurrido el decir que el criterio que informa su derecho sucesorio esté inspirado exclusivamente en ese principio.

No se han fijado los defensores de la opinión que combató en el elocuente testimonio que contra su modo de considerar la cuestión aporta la ley IX, tít. XXI, que por su importancia transcribo á continuación. Dice así:

«Cómo puede disponer el padre de los bienes, que heredó de algun hijo, quando tienen hijos de otro Matrimonio. — Otrosí, dixerón: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que si acaeciere, que turbada la orden natural, el padre, ó la madre (habiendo dos, ó tres, ó mas hijos) á alguno de los tales hijos heredare, ó haya heredado los bienes, y herencia, que assi tenia el hijo por fin y muerte de su padre, ó madre, y assi heredando el tal padre, ó madre á su hijo, se casare segunda, ó mas vezes, y huviere hijo de el tal Matrimonio segundo, ó tercero; que en tal caso, el tal padre, ó madre, no

pueda dar, ni mandar en vida, ni en muerte ningunos bienes rayzes, que assi heredó del hijo del primero Matrimonio á hijo, ni decendiente alguno del segundo, ni tercero Matrimonio; salvo á los hijos del primer Matrimonio: Con que entre ellos pueda dar á quien quisiere ó partir como quisiere, assi en vida, como en fin de sus dias.»

Esta ley, como desde luego puede apreciarse, viene á contener la institución de los llamados bienes reservables, sobradamente conocida en el Derecho de Castilla. No considero preciso hacer sobre ella comentario alguno: me basta consignar un hecho, que es el siguiente: al decir el Fuero que el padre ó madre que pasa á segundas nupcias está obligado á reservar á favor de los hijos del primer matrimonio los bienes que heredara de alguno de ellos, y que éste á su vez hubiere heredado de su padre ó madre, ya muertos, evidentemente niega el principio de la troncalidad en la sucesión testamentaria en línea recta. El supuesto de hecho á que alude dicha ley IX del tít. XXI, sólo puede darse admitiendo que no es troncal la sucesión á que vengo refiriéndome, puesto que si lo fuese, no habría tal obligación de reservar á favor de los hijos del primer matrimonio, porque no se concibe que un heredero tronquero pueda venir obligado á tales reservas, ni que el derecho que la troncalidad implica se resuelva en un derecho eventual, transitorio, sujeto á una verdadera condición resolutoria. Aparte de que si á la pura troncalidad atendiésemos (prescindiendo de la ficción de que después hablaré), no llegarían á heredar los padres en el caso de la ley IX del título XXI, sino que sucederían los hermanos, ya que á título de tronqueros más próximos ostentarían un preferente derecho.

Y fácil es el comprender que así como á la ley no se le puede pedir que prevea supuestos imposibles, tampoco se debe con notoria ligereza calificar de tales los que sus preceptos entrañan, porque no concuerden con el criterio científico que tenga el que los interpreta.

Pero ¿cómo puede un hijo ser heredero tronquero de

su padre, ó cómo puede serlo un padre de su hijo en la sucesión testada?

Sin anticipar en este momento lo que reservado queda para el capítulo siguiente, sí diré ahora que es elemental en materia de troncalidad la necesidad de un tronco de donde los bienes procedan, y al cual se refieran en relación de parentesco la persona cuya sucesión se va á deferir y la presunta heredera, y claro está que, tratándose de parientes en línea recta, falta la clave de toda idea de troncalidad, puesto que no hay ese tronco común, sino que el uno procede del otro; el ascendiente puede ser tronco respecto de su descendiente; pero no para computar el parentesco troncal consigo mismo, sino para computarlo con relación á otros de sus descendientes.

La idea del tronco siempre se ha considerado esencial en toda sucesión regida por la troncalidad, y ahora, en el afán de *especializar*, si se me permite la palabra, se quiere hablar de una sucesión troncal en la que no hay tronco; empeño tan vano como lo sería el pretender armonizar términos enteramente opuestos é irreductibles, la afirmación y la negación, por ejemplo, de una misma existencia.

Hay en este punto una confusión lamentable sobre la que debían fijar su atención los juristas cuya opinión combato. Guarda ciertamente muy íntima relación una serie de ideas que no son más que manifestaciones de una sola y misma cosa, aunque en razones y oportunidades diferentes. Así, por ejemplo, la necesidad del permiso de los parientes para celebrar el matrimonio bajo el régimen del Fuero de unidad en Castilla, el retracto gentilicio, la fórmula *paterna-paternis*, *materna-maternis* en los abintestatos, la troncalidad y hasta las antiguas formas del Derecho penal, expresiones vivas son del carácter familiar de la propiedad inmueble en aquellos tiempos en los que la familia, organismo muy distinto en verdad del que hoy conocemos con este nombre, cumplía una muy diferente misión social. Pero de esto á afirmar que todo ello sea troncalidad y pura

troncalidad, hay una enorme distancia. Lo que sí se puede decir es que esas instituciones que de pasada dejo enumeradas procedían del mismo principio de donde la troncalidad arrancaba; que constituían todas ellas medios ó expedientes legales encaminados á conseguir que la propiedad no saliese de las familias, lo cual era de suma importancia por razones bien conocidas y que no he de repetir ahora; pero dentro de esta comunidad de espíritu que las informaba, es innegable que cada una tenía su fisonomía y sus rasgos particulares y sus caracteres propios, y no cabe duda que la idea de tronco era verdaderamente característica de toda la técnica troncal.

Pero reflexionemos un momento acerca del sustancial sentido de la idea de troncalidad. Los descendientes son herederos forzosos, son los llamados en primer término, siempre y en todo caso; el Fuero así lo ha establecido, fundado en sólidas razones del orden moral, en todas las consideraciones que apoyan esta determinación. Partiendo de este supuesto, entiendo que cabe formular la siguiente pregunta: ¿qué problema se resuelve ó qué fin se consigue, ó qué transcendencia práctica resulta al afirmar que los descendientes son herederos forzosos por ser tronqueros y no por ser simplemente descendientes? ¿Es que se necesita en este punto afirmar nuevamente el principio troncal, porque de no hacerlo así existe el peligro de que salgan los bienes de la familia? ¿Es que para conseguir el fin que la troncalidad se propone es preciso usar de este expediente con motivo de la sucesión testada en línea recta? ¿Es que si no se declara troncal esta sucesión quedan incumplidos los propósitos del legislador, que dieron nacimiento á la idea de troncalidad y á tantas otras coadyuvantes á la consecución del mismo fin? Proclamados por el Fuero herederos forzosos en primer lugar los descendientes legítimos, no se necesita en verdad meditar mucho para comprender que, aun suponiendo que la ley civil vizcaína haya subordinado todas sus disposiciones en la materia á que me refiero á pro-

curar que los bienes raíces no salgan de las familias poseedoras, prescindiendo de todo otro linaje de consideraciones (lo cual solamente concedo hipotéticamente), ese fin queda suficientemente cumplido con la indicada declaración, la cual hace por completo innecesario ese extraordinario recurso de la troncalidad, que tiene su oportunidad y su sazón adecuada en otras ocasiones que muy luego tendremos lugar de examinar.

Para demostrarnos el Sr. Chalbaud en su muy estimable trabajo antes citado (1) que toda sucesión en Vizcaya es troncal, dice que lo que clasifica á ésta es la razón de suceder; añadiendo á renglón seguido que, cuando se sucede por derecho á cosa determinada, existe sucesión troncal, y que cuando esto se verifica por derecho al conjunto, hay sucesión meramente hereditaria. Pero se olvida el discreto y juicioso escritor, al pretender fijar este característico rasgo, de que los herederos tronqueros en el Fuero de Vizcaya no tienen en realidad derecho á cosas determinadas, sino que, como él mismo dice en otro lugar, sólo les asiste la facultad de exigir que los bienes troncales no vayan á personas que estén fuera del grupo llamado por la ley, puesto que, ejerciendo su libertad el testador, puede excluir á todos los del grupo, menos á uno; de donde resulta que los excluidos no se puede decir que tengan derecho á cosas determinadas, sin que por esto deje de convenirles la consideración de tronqueros que la ley les otorga.

No está libre el Sr. Chalbaud de la general propensión de los juristas vizcaínos á *especializar* el contenido del Fuero; y á pesar de que su trabajo es de lo que está mejor pensado en la escasa bibliografía de esta materia (al menos en la que yo conozco), siempre que en los pasajes de su obra se ha visto conducido por esa censurable propensión, incurre en contradicciones de bulto impropias de su sereno criterio.

(1) Página 61.

En efecto: coexistiendo con la afirmación de que toda sucesión en Vizcaya es troncal, se puede leer en su obra lo siguiente: que los bienes comprados á extraños no son troncales, y esto, aunque tenga hijos el comprador, porque sólo serán troncales cuando haya un tronco á que referir, esto es, una persona, ascendiente del poseedor actual, que hubiera poseído los bienes; pues sería absurdo decir de unos bienes que son troncales para mí, porque el tronco está en mí (1).

Hasta aquí sostiene el Sr. Chalbaud la buena doctrina; atiéndose á lo que siempre se ha entendido por troncalidad, y no trata de crear una troncalidad especial para Vizcaya. Pero en seguida siéntese empujado por la particular predisposición á que antes aludí, torna á especializar el contenido del Fuero, y nada menos que como si estuviésemos en Roma, donde con una ficción de derecho se innovaba el texto de una ley, afirma que los hijos de los compradores, en tanto tienen la facultad de exigir que los padres no dispongan libremente de esos bienes, en cuanto les ampara la ficción que supone, cuando hay hijos, los bienes comprados, como si se hubiesen recibido de patrimonio y abolengo.

Francamente, confieso que me disuena la palabra *ficción* mezclada en el asunto que se discute. La ficción legal, según Sumner Maine (2), es una afirmación con que se oculta ó trata de ocultar la alteración hecha en una regla de Derecho, cuya aplicación cambia, pero cuyo texto subsiste, la ficción no hace más que suponer que no ha cambiado. No es difícil comprender, añade el eminente autor inglés, por qué en todas sus formas las ficciones se acomodan bien con el estado de infancia de las sociedades; por un lado, satisfacen el deseo de mejorar que nunca falta totalmente; por otro, no ofenden la repugnancia supersticiosa que existe todavía hacia las innovaciones. En cierto estado de des-

(1) Página 37.

(2) *El Derecho antiguo*.

arrollo social, las ficciones son procedimientos útiles para cambiar un derecho rígido. Denunciarlas como fraudulentas es tanto como desconocer el papel que les corresponde en el desarrollo histórico del Derecho. Igualmente necia es la pretensión contraria de algunos teóricos que, con vista de los servicios prestados en su tiempo por las ficciones, quisieran que se las hiciese permanentes.....; sin duda alguna que resulta indigno de nosotros buscar un efecto de utilidad reconocida por medio tan grosero como una ficción legal. Ninguna anomalía puede considerarse inocente, cuando con ella la ley se hace más difícil de comprender ú ordenar. Entre otros inconvenientes, las ficciones legales tienen el de ser un grandísimo obstáculo para la clasificación simétrica de las leyes. Con las ficciones, la regla de Derecho no es más que la cáscara, cáscara dura, que contiene el Derecho nuevo, oculto bajo la apariencia de un Derecho viejo minado por el tiempo. De aquí nace la dificultad de saber si una regla en vigor debe ser clasificada en su lugar aparente ó en su lugar real; duda en la que cada cual elige un término ú otro de la alternativa, según su espíritu y su modo de ver las cosas.

Hasta aquí Sumner Maine, cuyos son los atinadísimos conceptos que anteceden, y que creo encierran toda la verdad en materia de ficciones legales.

En vista de ellos, ¿cabe invocar la ficción legal para dar el carácter de troncal á una sucesión, que no lo es, según el Fuero, que no debe ni puede serlo? Á la postre, después de entonar tanto ditirambo al principio de la troncalidad, viene á resultar que éste, cuando se trata de la sucesión testada en línea recta, tiene tan sólo el deleznable apoyo de una ficción legal. ¡Y qué ficción! Del hecho de la existencia de las ficciones en la historia del Derecho se ha querido sacar una consecuencia absurda, que va implícita en la opinión que combato; esta consecuencia es la siguiente: que es lícito, que es jurídicamente posible establecer ficciones *ad libitum*, como si por el mero hecho de ser *ficciones* no estuvie-

sen ya sometidas á ciertas condiciones. Siempre que la historia nos presenta ejemplos de ficciones legales, se puede observar (además de otras muchas circunstancias, en las cuales no suelen ser las menos importantes aquellas que se refieren al engranaje de cada ficción particular con el especial temperamento jurídico del pueblo, en donde va á surtir sus efectos) que se da en ellas, en primer lugar, una cierta relación de *verosimilitud*, y que, además, y muy principalmente, existe con anterioridad una necesidad por satisfacer, un verdadero vacío en la ley, que es urgente llenar; en suma, un fin útil que reclama ser realizado de un modo legal. No se dan en el caso presente ninguna de las condiciones que hacen á la ficción legal medio apto, siquiera sea de una manera transitoria, para cumplir ese fin útil. La ficción á que me refiero es de todo punto inverosímil, es verdaderamente grosera: no viene á resolver ningún problema, porque sin ella, según la letra y el espíritu de las leyes del Fuero, son los descendientes herederos forzosos, y no hay peligro, por lo tanto, de que salgan los inmuebles del dominio de las familias poseedoras. Pretende dar una explicación de lo que sin necesidad de ella se percibe desde luego, porque no es menester tanto sutilizar para convencerse de que los descendientes deben ser herederos legitimarios. Contribuye á adulterar el genuino sentido del Fuero, porque aporta á su interpretación elementos que le son extraños y contradictorios. Es antijurídica, porque hace depender el derecho sucesorio de los descendientes de la conveniencia de que no salgan los bienes de las familias, desconociendo, por lo tanto, los sólidos principios en que se funda este orden de sucesión testada: su solo enunciado contiene la afirmación de que originariamente el Derecho civil de Vizcaya era opuesto á la troncalidad en la sucesión testada en línea recta, puesto que para innovar el precepto ha sido preciso *fingir* lo que ese Derecho no había establecido, ya que, como dice Sumner Maine, la ficción es el medio con el cual se trata de ocultar la alteración hecha en una regla de

Derecho, cuya aplicación cambia, pero cuyo texto subsiste, suponiendo la ficción que no ha cambiado; implica un anacrónico procedimiento, porque en los tiempos presentes la conciencia jurídica no se satisface con esos medios, propios de otro estado social.

Pero es que se dice que la ficción legal á que vengo refiriéndome tiene su fundamento y su apoyo en una ley del Fuero, y á este propósito se cita la XVI del tít. XX como la que contiene en su precepto esa declaración. Hé aquí su texto:

«Que la rayz comprada sea de la mesma condicion que ha heredado. — Otrosi, dixerón: Que havian por Fuero, y establecian por Ley, que toda rayz, que home, ó muger compraren, ó hayan comprado en su vida, que lo tal no sea havido, ni contado por mueble para lo enagenar, ni disponer á voluntad: Antes sea havido, y contado por rayz, como si lo oviesse havido de Patrimonio, y abolen-go: Y no pueda ser dado, ni mandado á estraño, salvo al heredero, y profinco, que de derecho conforme á este Fuero lo debe heredar, segun que los otros bienes rayzes, que oviere.»

En la debatida cuestión de si todo bien raíz es en Vizcaya troncal, la ley copiada es precisamente la que más se lleva y se trae en glosas y comentarios, demandando á los términos de su redacción solución clara al problema planteado. Pues bien: en esa ley XVI encuentra el Sr. Chalbaud el fundamento de la ficción legal. Muy breves observaciones acerca de este punto. Para mí es indudable que la clave del sentido de esa ley, de tan imperfecta redacción, la da la siguiente del Fuero Viejo, que el mismo Sr. Chalbaud cita en su estimable trabajo. Dice el Sr. Chalbaud: existe y se conserva en el archivo de la Diputación de Vizcaya el Fuero Viejo, de donde, como dicen los mismos autos de las Juntas aprobatorias del vigente, se tomaron las disposiciones de éste, reformando aquél; y en ese Fuero Viejo, y en su folio 107 vuelto, se contiene la siguiente ley:

«Otrosi dijeron: Que por quanto hasta agora en Vizcaya habia por uso y costumbre que todos los bienes rayces que alguno com-

prare fuesen habidos en su vida por bienes muebles para hacer de ellos lo que quisiere é darlos como los otros bienes muebles lo cual dijeron que era gran perjuicio de los hijos legítimos herederos, por ende dijeron que ordenaban y establecían por ley que toda tierra y heredad ó bienes rayces que así fueren comprados sean habidos por bienes rayces é no por muebles, los tales bienes rayces no pueden ser dados ni mandados á extraños ni á otros algunos salvo el heredero ó herederos que de derecho deban haber y heredar sus bienes según que los otros bienes rayces.»

La ley XVI del tít. XX, que procede directamente de la que del Fuero Viejo acabo de copiar, no tiene más alcance que el terminar con un uso y una costumbre existentes en aquella sazón, y que se consideraban dañosos para legítimos intereses. Nada hay en ella que á la ficción legal se parezca. La ley XVI no altera los principios del derecho sucesorio, que deja intactos; se limita á decir que los bienes raíces adquiridos por compra no se tengan por muebles; pero no dice más que esto, porque respecto del destino que se ha de dar á esos bienes se remite á lo expuesto en otros lugares, pues no otra cosa quieren decir las palabras de que se den «*al heredero y profinco que de derecho conforme á este Fuero lo debe heredar, según que los otros bienes rayces, que oviere.*»

Dejando, pues, la ley XVI intactos los principios del derecho sucesorio consignados en otras leyes, para sostener que en ella se contiene la ficción legal que da el carácter de troncal á la herencia testada en línea recta descendente, habría que demostrar antes que dicha ficción resulta de esas otras leyes; es decir, que consiste esta manera de discurrir en dar por demostrado precisamente lo que se quiere demostrar.

El Tribunal Supremo por su parte, en sentencia de 27 de Diciembre de 1895, declara en un considerando que la ley XVI del tít. XX no concede derechos hereditarios distintos de los regulados por las demás leyes del Fuero: luego claro está que no hay que buscar en ella la ficción aludida, ni nada que más ó menos indirectamente la autorice, por-

que esto implicaría una innovación radical del sistema sucesorio que se consigna en otras leyes del mismo cuerpo legal.

Entiendo, pues, por fuerza de todo lo expuesto y de otras muchas consideraciones que lo dicho hasta aquí hace surgir inmediatamente al que con atención medite sobre este punto, que no tiene carácter troncal en el Fuero de Vizcaya la sucesión testamentaria en línea recta. Así parece opinar también el Sr. Hormaeche (1), por más que no trata de la cuestión; pero en cambio el *Apéndice* formado por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya, de acuerdo con el criterio del Sr. Chalbaud, afirma el principio troncal en la sucesión de cuyo estudio vengo ocupándome.

El art. 8.º de dicho *Apéndice* dice que son parientes tronqueros, en la línea recta descendente, todos los hijos legítimos y descendientes legítimos; el art. 41, perteneciente al título que reglamenta la sucesión testada, dice que cuando se trate de bienes troncales, los ascendientes tronqueros de cada una de las líneas paterna ó materna heredarán los bienes que procedan de su respectiva línea; si en alguna de las líneas no hubiese ascendientes tronqueros, los bienes troncales de la línea en que esto suceda serán para los colaterales tronqueros de la misma; y no habiendo colaterales tronqueros en alguna de las líneas, los bienes troncales de la misma dejarán de tener esta consideración, y el modo de suceder en ellos se acomodará á lo que se dispone con relación á los bienes no troncales.

Del texto de los artículos copiados se deduce que el *Apéndice*, influido por el criterio del Sr. Chalbaud, introduce una verdadera innovación, cuya crítica resulta de todo lo que antecede, y que por cierto no puede ser más desfavorable. Y es verdaderamente curioso que al mismo tiempo que se sigue ese criterio, los redactores del *Apéndice*, mo-

(1) Obra citada, páginas 107 y 111.

vidos de un respeto que parece supersticioso hacia los preceptos del Fuero, reproduzcan uno de éstos en el art. 47 al decir que, habiendo dos ó más hijos de un matrimonio, si por fallecimiento de uno de ellos el padre ó la madre heredan bienes raíces que el hijo había heredado de su madre ó de su padre, si el cónyuge viudo pasa á segundas ó ulteriores nupcias, tendrá la obligación de reservar para los hermanos de doble vínculo del hijo fallecido los bienes raíces que heredó de éste, sin parte alguna para los hijos del segundo ó ulterior matrimonio.

Y por si fuera de poca monta la palmaria contradicción existente entre este artículo y el principio troncal en la sucesión testamentaria en línea recta, aun todavía se puede leer en el proyecto de *Apéndice* otra disposición tomada del Código civil, la contenida en el art. 45, que dice que el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, se halla obligado á reservar los que hubiera adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden.

Es decir, que en un lugar se afirma (en el art. 41) que los colaterales tronqueros son herederos forzosos con preferencia á los ascendientes en quienes no concurra la cualidad de tronqueros, y en otro (en el art. 47) se admite la posibilidad de que, contra el precepto legal, el ascendiente haya adquirido por herencia bienes que, legalmente, no podían llegar á su poder, y se reglamenta este supuesto de hecho, imposible según el art. 41.

Aparte del error fundamental de que adolece el criterio sustentado, no cabe duda que la reglamentación del por menor del mismo ha sido muy ligeramente meditada por los señores redactores del *Apéndice*.

Al tratar de la sucesión testada en línea recta, el Fuero no se ha olvidado de hablar de los descendientes ilegítimos; pero lo que de ellos dice es hijo de su tiempo, por sutiles que sean las interpretaciones que en contrario se hagan. La ley XI del tít. XX es la que en parte está dedicada á fijar la consideración que merecen en la doctrina de la sucesión testamentaria; no la inserto á continuación, porque el lector puede consultarla en otro lugar de este libro.

Dicha ley distingue entre hijos naturales, hijos habidos de manceba, hijos de hombre casado y mujer soltera y viceversa, de clérigo ó de fraile, espurios; alude á aquellos ayuntamientos dañados, á los que merecían pena de muerte natural; en una palabra, como acabo de decir hace un momento, estos preceptos son hijos de su tiempo y reflejan las preocupaciones, las enormes injusticias que de antiguo pesan sobre los engendrados fuera de matrimonio, preocupaciones é injusticias de que no está exento nuestro Código civil, como he procurado demostrar en otro trabajo anterior (1).

En ese trabajo he expuesto mis puntos de vista sobre el derecho sucesorio de los hijos ilegítimos; concretándome ahora á las disposiciones del Fuero, diré que en la ley XI del tít. XX no encuentro declarado de un modo expreso el carácter de herederos forzosos de los hijos naturales, ni aun á falta de los legítimos; sí se dice que, no existiendo éstos, pueda el padre dar y apartar á los hijos naturales que tuviese de mujer soltera en la misma forma que rige respecto de los legítimos; pero esta simple facultad del padre no es lo mismo que el reconocimiento de la cualidad de herederos forzosos. Esa facultad no implica más sino que al disponer el padre de sus bienes entre sus hijos naturales, está autorizado, en el supuesto de que sean varios, para fijar el tanto de participación de cada uno en la herencia; pero no im-

(1) *Estudios sobre la condición jurídica de los hijos ilegítimos.*

pone la ley citada al padre la obligación de dejar los bienes ni parte de ellos á los hijos naturales cuando no existan legítimos.

Pudiera sostenerse que, puesto que la ley XI del tít. XX concede á los padres la facultad indicada, es porque parte del supuesto de que los hijos naturales son herederos forzosos á falta de legítimos; pero esta manera de entender el precepto tropieza con la que parece, por lo repetida, deliberada omisión de la descendencia ilegítima en todas las demás leyes del Fuero que están dedicadas á enumerar los herederos forzosos. Sin embargo, no debo ocultar que el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de Febrero de 1898, publicada en la *Gaceta* del 26 del propio mes (1), con motivo de una sucesión en que se disputaban la herencia intestada los hermanos de la causante y un hijo natural de la misma, dice en uno de sus considerandos que, puesto que la ley XI del tít. XX reconoce el derecho legitimario de los hijos naturales á falta de hijos y descendientes legítimos, debe entenderse que están comprendidos en los llamamientos intestados á falta de los mismos, interpretando las leyes del Fuero en su mutuo enlace y en concordancia con el Código civil.

No creo, por mi parte, que la ley XI del tít. XX reconozca ese derecho legitimario, ni me parece jurídica la razón de concordancia con el Código civil. Podrá el Tribunal Supremo con su jurisprudencia poner más ó menos de acuerdo en este punto el Fuero con el Código; pero la verdad es que las disposiciones del primero de estos cuerpos legales, como producto de otra época, no ofrecen base para esa interpretación. Esto no obsta para que yo crea que el Fuero está muy necesitado de reforma en esta materia.

Lugar adecuado para haberla acometido era el *Apéndice* á que con frecuencia vengo refiriéndome; pero sus redactores, tan propicios á ampliar el principio de la troncalidad,

(1) Alcubilla, *Apéndice de 1898*, pág. 63.

no han creído sin duda oportuno realizar esta obra de justicia.

Veamos lo que dice el *Apéndice*. El tit. VII del mismo, bajo el epígrafe de *Derechos de los hijos ilegítimos en la sucesión testada*, comprende cuatro artículos. El texto del primero de ellos es como sigue:

«Art. 57. Los hijos naturales reconocidos, los legitimados por concesión Real y los descendientes legítimos de ambos, *no son herederos forzosos* á la herencia de sus padres; pero en el caso de no tener éstos hijos legítimos ni descendientes legítimos, *podrán* dejar todos sus bienes, *troncales* y no troncales, á todos ó á cualquiera de aquéllos, con preferencia á los ascendientes y colaterales tronqueros.»

De este artículo no resulta declarado derecho alguno para los hijos ilegítimos, puesto que si los padres *podrán* hacer lo que dice el precepto, es indudable que también podrán no hacerlo, sin que á los hijos quepa recurso de ninguna especie contra esta determinación. Encierra además el artículo una palmaria contradicción: los hijos ilegítimos no son parientes tronqueros, según el art. 8.º Habiendo parientes tronqueros — dice el señalado con el número 13 — de cualquier línea que sean, nadie podrá disponer en vida ni por causa de muerte, en favor de quien no tuviese aquel carácter, de bienes troncales algunos, sea cual fuere la naturaleza del propietario ó su vecindad; esta prohibición se hace extensiva á la capacidad para suceder *ab intestato*. Pues bien: según el art. 57, los padres *podrán* dejar todos sus bienes troncales á sus hijos ilegítimos en el caso de que no tengan descendencia legítima; es decir, que el *Apéndice* autoriza el que se disponga de los bienes troncales en favor de personas á quienes no se ha cuidado de dar la consideración de tronqueros.

El segundo artículo del tit. VII, que trata, no hay que olvidarlo, de los derechos de los hijos ilegítimos, dice así:

«Art. 58. Los padres *podrán* dejar á los hijos naturales reconocidos, á los legitimados por concesión Real y á los descendientes

legítimos de ambos, hasta el quinto de todos los bienes, pero no más, en el caso de tener aquéllos hijos legítimos ó descendientes legítimos. El quinto será inoficioso en lo que exceda del valor de los bienes no troncales. La computación se hará con arreglo al art. 54.»

Tampoco en este artículo resulta declarado derecho alguno á favor de los hijos ilegítimos. Nótese que únicamente consigna algo que los padres *pueden* hacer, si quieren, pero que no están obligados á realizar: nótese asimismo que si en el artículo anterior se autorizaba el que los bienes troncales fuesen á parar á los ilegítimos, que no son tronqueros, en éste, en cambio, se declara inoficioso el quinto en lo que exceda del valor de los bienes no troncales.

El art. 59, tercero del tít. VII, se limita á declarar que se considerarán hijos naturales reconocidos los que lo sean con arreglo al Código civil.

Y, por último, el art. 60 dice:

« Á falta de hijos naturales reconocidos, legitimados por concesión Real y descendientes legítimos de ambos, los demás hijos ilegítimos *podrán* recibir por vía de alimentos hasta el quinto de todos los bienes muebles y raíces del padre ó de la madre, cuyos bienes repartirán éstos entre aquéllos como tuvieren por conveniente.»

Respecto de este artículo se debe observar: primero, que, como los anteriores, tampoco consigna ningún derecho á favor de los ilegítimos á quienes alude, puesto que se sigue empleando el vocablo *podrán*; segundo, que discurriendo *à sensu contrario*, de lo que el artículo establece se deduce que existiendo hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión Real, *no podrán* los demás ilegítimos recibir nada por vía de alimentos; y, tercero, que en el quinto que en este concepto de alimentos instituye el artículo, no se fija la limitación de que quepa dentro de los bienes no troncales; de donde es visto que estos hijos ilegítimos podrán en algún caso recibir bienes troncales no siendo parientes tronqueros. De suerte que, según el art. 60 del *Apéndice*, los *demás hijos ilegítimos* pueden no recibir nada, ni

aun lo indispensable para subsistir, y pueden recibir hasta bienes troncales.

Omito toda consideración acerca de lo dislocados que encuentro estos preceptos.

Dos palabras para terminar este capítulo. El tít. VII del *Apéndice* tiene el siguiente epígrafe: *Derechos de los hijos ilegítimos en la sucesión testada*: pues bien, ya hemos visto que esos derechos no parecen por ninguna parte.

¿No hubiera sido más propio un epígrafe que dijera: *Derechos de los padres ilegítimos al disponer de sus bienes por testamento*, o *De algunas cosas que los padres ilegítimos pueden hacer*?

Y ¿no sería mejor todavía retirar ese tít. VII del proyecto y redactarlo de nuevo? Uno mi voto al de los que se decidan por la afirmativa.

CAPÍTULO VI

Continúa el estudio de la sucesión testada. — De la relación de troncalidad. — Parientes tronqueros y bienes troncales. — Derechos de los tronqueros en la sucesión testada. — Si los parientes ilegítimos pueden tener derecho á la legítima troncal. — Hasta qué grado se extiende en los colaterales tronqueros el carácter de herederos forzosos. — Computación de grados. — Lugares en donde rige la sucesión troncal. — Si toda raíz sita en los lugares donde rige el Fuero es siempre y en todo caso troncal. — La propiedad minera. — Los censos.

He dicho antes de ahora que el tercer grupo de herederos forzosos está constituido por los parientes tronqueros, y hénos aquí al estudiar esta categoría con el problema de la troncalidad, que procuraré presentar con la mayor sencillez posible.

Se dice de ciertos bienes que son troncales; se afirma de ciertas personas que son parientes tronqueros; y al expresarse de este modo úsase de un tecnicismo perfectamente conocido en Derecho que no há menester de aclaraciones ni de glosas, sino que, por el contrario, basta su mero enunciado para que todo el mundo se encuentre al cabo de las ideas que se quieren dar á entender. Las dificultades surgen después cuando de la aplicación de estas ideas á los casos concretos se trata.

Pero antes de examinar algunas de estas dificultades, paréceme oportuno el procurar tener un criterio acerca de la troncalidad, siquiera sólo con el carácter de provisional lo

adoptemos ahora, y á reserva de todas las ulteriores rectificaciones que el buen sentido aconseje, y aunque únicamente nos sirva como de primera piedra de toque con que poder contrastar las dificultades indicadas.

Parientes tronqueros, bienes troncales; es decir, una cierta especie de bienes y de parientes que presentan en Derecho un carácter especial por estar influidos por la troncalidad. Hay, pues, un parentesco troncal. Fijémonos en el sentido corriente de estas distintas locuciones, y pidamos á ese sentido las ideas que entraña.

El parentesco es una idea de relación; es relación en que se encuentran dos personas en el orden de la generación: la troncalidad como modalidad del parentesco debe de ser también una idea de relación. Esta idea de relación que el parentesco implica puede ser más ó menos compleja; es la más sencilla la que existe entre persona y persona, referida la una á la otra (línea recta); la misma relación se da en otra de sus maneras cuando estas personas se refieren á un antepasado común (línea colateral); cabe, por último, el que pueda tener interés para el Derecho el averiguar la relación en que se encuentran dos personas, referidas á una tercera, en cuanto esta tercera no solamente es miembro de la familia, sino poseedora además de un patrimonio jurídico ó de un bien.

Este último supuesto es el de la troncalidad.

Con lo dicho hasta aquí se comprende la verdad que encierra la afirmación que hacen los autores de que la troncalidad no es una relación meramente personal, ni puramente real tampoco, sino mixta.

Es cierta, en efecto, esa afirmación en cuanto expresa que no basta la concurrencia del elemento, *sujeto de derecho*, para que pueda darse por constituida la relación, sino que precisa la existencia de una *cosa* ú *objeto* de la misma relación jurídica. Pero nótese bien, á fin de no incurrir en errores doctrinales de importancia, que la *cosa* ú *objeto* de la relación jurídica no desempeña aquí el mismo papel que

el que toca á los objetos *indirectos* de la relación jurídica en general (1) (por ejemplo, la cosa vendida, la dada en comodato, la finca acensuada); porque no solamente representa el bien material, sobre el cual ó con motivo del cual se verifica la prestación del sujeto pasivo, sino que, llevando más allá la transcendencia de su misión jurídica, sirve para determinar, en combinación con otros factores, los mismos elementos personales ó subjetivos, en cuanto que éstos se dice que están en relación de troncalidad en tanto que pueden referirse á una tercera persona en cuyo patrimonio jurídico se encontraba la cosa ú objeto material de que se trata.

Sería, pues, una locución vacía de sentido (por más que el común entender supla lo que en ella falta) la que afirmase, por ejemplo, que Juan y Pedro son parientes tronqueros, porque Juan y Pedro no pueden serlo más que con relación á un determinado bien; Juan y Pedro, debiera decirse, son parientes tronqueros respecto de esta ó de la otra cosa. Análogo error implicaría el decir á secas que tal finca tiene carácter troncal, porque las fincas por sí solas no son ni dejan de ser troncales; tal finca, debiera decirse, es troncal para Pedro ó para Juan.

No hay, pues, parientes tronqueros sin bienes troncales, ni bienes troncales sin parientes tronqueros: la concurrencia simultánea de personas y de cosas es indispensable.

Conocemos ya los elementos que integran la relación de troncalidad; réstanos ahora conocer la disposición de esos elementos para que la relación de troncalidad se produzca.

La denominación de parientes tronqueros claramente da á entender que se llama así á los que proceden de un tronco: este tronco no puede ser otro que un antepasado común. La cualidad de troncales aplicada á los bienes parece alu-

(1) Empleo este tecnicismo de *objetos indirectos*, porque creo que el *objeto directo* siempre está constituido por los actos humanos.

dir á los que han pertenecido á un tronco, á los que han formado parte del patrimonio jurídico de esa persona á la que en el orden del parentesco se llama tronco respecto de otras distintas. Enlacemos ahora estas dos ideas, y resultará ya clara la disposición de los elementos que integran el principio de la troncalidad. Para que la relación troncal exista entre dos personas respecto de determinados bienes, es preciso que esas dos personas estén en relación de parentesco, que esta relación consista en la común procedencia de un tronco único, y que los bienes que constituyen el objeto indirecto de la relación jurídica hayan formado parte del patrimonio de ese antepasado común. Conjuntamente es menester que se den estas circunstancias, pues ni el simple parentesco entre dos personas sirve para convertir en troncales bienes que no lo son, ni el mero hecho de haber pertenecido éstos á algun miembro de la familia da á esas personas la condición de tronqueros, ya que solamente, cuando los elementos mencionados están dispuestos de la manera dicha, llámase en Derecho relación de troncalidad á la que en tal sazón surge.

Paréceme que con lo dicho hasta ahora pueden distinguirse los parientes tronqueros de los que no lo son. Pues bien: esos parientes tronqueros son los que el Fuero declara herederos forzosos en defecto de los descendientes y ascendientes, como he dicho en otro capítulo.

Nótase en este punto una diferencia profunda, verdaderamente radical, entre el Derecho de Vizcaya y las disposiciones del Código civil. Instituye este último cuerpo legal ciertos órdenes de herederos forzosos; pero aparte de los derechos que reconoce al cónyuge viudo, verdadera fórmula de transacción entre la tradición legal castellana y otras racionales exigencias enteramente opuestas á ellas, estos órdenes están exclusivamente constituidos por los parientes en línea recta, ascendientes y descendientes. Si el Código civil, al establecer las limitaciones al ejercicio de la voluntad individual de los testadores (legítimas), ha seguido el

procedimiento lógico de proponerse la cuestión previa, que consiste en averiguar hasta dónde puede afirmarse que se extienden los vínculos morales familiares, ó, lo que es lo mismo, qué es lo que debe entenderse por familia en el presente estado social; y si al propio tiempo ha otorgado, con más ó menos largueza en cada caso, el carácter de herederos forzosos á los que forman parte de esa familia y en rigor son sus representantes, es lícito inducir de la solución dada por el Código al problema de las legítimas, en relación con las personas que tienen derecho á ellas, que para el mencionado cuerpo legal solamente los descendientes, los ascendientes y los cónyuges son los que constituyen ese organismo, al que con razón se ha llamado célula social.

No lo ha entendido así el Fuero de Vizcaya. Para el Fuero, la familia, á juzgar por las aplicaciones que hace del principio que implican sus disposiciones, es un organismo más amplio, extiéndose más allá de la simple reunión de padres é hijos, existen á más de éstas otras personas que forman de hecho parte de ella, y á quienes la ley ha reconocido esa su condición, no solamente otorgándoles una denominación técnica, sino procurando la efectividad de los derechos, que en rigor arrancan de la relación jurídica familiar.

Muéstrase el Código civil, en ésta como en otras muchas materias, inspirado en un sentido individualista; ese individualismo que consiste en no estimar en la realidad, para los efectos del derecho del Estado, más que la personalidad de éste frente á la del individuo, y prescindir de la indudable existencia de esos organismos intermedios que constituyen la verdadera trama del tejido social, si me es lícito valerme de esta figura. Díjose del Código de Napoleón que parecía hecho para un hombre ideal que hubiera sido hallado expósito y que hubiese muerto en el celibato: algo de esto podría decirse de nuestro Código civil; pero algo muy distinto de este sentido puede hallarse entre las leyes del Fuero, dando vida á sus disposiciones.

Es un hecho que la familia en Vizcaya no es solamente la reunión de padres é hijos; la conciencia del vínculo familiar se da también en los colaterales; y como en realidad de verdad se puede decir, prescindiendo de lo que las leyes afirmen, que la familia como organismo social se extiende tanto como la propia conciencia de ese vínculo, tanto como el sentimiento mismo de la unidad familiar, de aquí que el Fuero, haciéndose cargo de esta exigencia que los hechos mismos imponen, haya tenido cuenta, al tratar de la sucesión testada, del elemento familiar apreciándolo en su justo valor, y estimando que los colaterales mismos acreditan un derecho á la herencia que no puede negarse, en virtud del cual, la ley civil ha debido otorgarles en su grado respectivo la consideración de herederos forzosos.

Ya lo decía en otro lugar al exponer la doctrina de la sucesión y aludir á los puntos de vista de Cimbali. Á medida que el parentesco es más lejano, disminuye la intensidad de los lazos morales entre los individuos, no es tan clara la conciencia de la unidad familiar, y el sentimiento mismo, que juega papel tan importante en Derecho, se debilita y se amortigua; la cooperación directa ó indirecta en la formación de la propiedad es también menor, y todas estas circunstancias reunidas convencen al observador de que si no es lícito en buenos principios reconocer la libertad absoluta de los testadores, á falta de los parientes en línea recta, tampoco lo es el igualar á los colaterales con éstos y el no ampliar prudentemente esa libertad individual, para que, ejercitándose dentro del Derecho, produzca los beneficiosos resultados que la ley civil no podría conseguir si se empeñase en adoptar temperamentos de verdadera tiranía.

Admitido, pues, que los colaterales habían de ser herederos forzosos, un problema que resolver se presentaba en el Derecho de Vizcaya. ¿Cuál sería su porción legítima? ¿Qué parte del caudal relicto se les asignaría, y hasta dónde, por consiguiente, habría de respetarse el ejercicio de la

libertad de los testadores? Casuístico y muy dado al error hubiera sido el aplicar aquí el sistema de las partes alícuotas, y señalar en su virtud una cuota parte del caudal como intangible para el testador por estar reservada á los colaterales. Al arte del Derecho, más que á la ciencia del mismo, hubiera correspondido el fijar esa medida enteramente discrecional. El Fuero no ha adoptado este sistema, sino que, prescindiendo de disposiciones hasta cierto punto arbitrarias, ha buscado la solución del caso en la troncaldad.

No hay, pues, por decirlo así, una medida fija para determinar la porción legítima de los colaterales, ni existe una escala según la mayor ó menor proximidad del parentesco.

La tradición familiar, el sentido verdaderamente conservador y la exacta apreciación de la realidad social, han sido las fuentes en que se ha inspirado el legislador vizcaíno. ¿Qué parte del caudal hereditario, en efecto, debe reservarse á los colaterales á falta de parientes en línea recta? Consultados los principios expuestos en otros lugares sobre derecho sucesorio, no es difícil el contestar que aquella que no es producto del trabajo individual del testador, aquella que representa una riqueza que el testador no ha creado, aquella con la cual no ligan al causante vínculos tan personales y directos como los que le unían á la parte de su caudal, que se puede llamar obra suya, enteramente suya, porque de los distintos factores que concurrieron á su producción, el que representa su personalidad es el que más salientemente se destaca. Justo es que sobre esta parte del caudal que no recibió el causante de sus mayores, sino que adquirió por el empuje de su esfuerzo, por lo mismo que el sello de su personalidad va impreso en ella, y por lo mismo que lo individual predominó en su formación, sea también lo individual lo que influya en su reparto *mortis causa*, y justo es, por lo tanto, que no se pongan trabas al ejercicio de la voluntad de los testadores,

permitiéndoles que dispongan según los dictados de su conciencia.

Pero hay otra parte del caudal que no goza de igual condición; hay ó puede haber una porción de él que recibimos de nuestros mayores, que nos han dado ya formada, hecha, que es en el orden moral algo así como un depósito que nos entregan para que lo conservemos y mejoremos, si es posible; pero también para que lo transmitamos á nuestros sucesores. Respecto de la primera parte antes citada, de la creada por nosotros mismos, nuestros parientes colaterales se sentirán como extraños á ella; podrá, ¡quién lo duda!, despertar su codicia en muchos casos; pero, repito, que ni ellos sentirán que es algo suyo, algo que viene de atrás, ni nosotros dejaremos de reconocer que aquello es nuestro, enteramente nuestro, y que es una parte de riqueza que, al menos de un modo apreciable, nada debe á aquella otra que ha ido acumulando en nuestra familia la labor paciente de nuestros antepasados.

En cuanto á la otra parte de nuestro caudal, á la que recibimos de nuestros mayores, las relaciones jurídicas á que da lugar y hasta los sentimientos que inspira son de todo en todo diferentes. Nos pertenece, es cierto; como tales dueños nos reputamos durante nuestra vida; pero no dejamos de considerar que si está en nuestro patrimonio, ha podido estar también en el de un colateral nuestro, y aun por los mismos títulos; que ha habido un instante (antes del fallecimiento del antepasado común) en que ostentábamos un igual derecho á esos determinados bienes que ese colateral; tal vez algún pariente de la rama de éste contribuyó al fomento de esa propiedad que después pasó á mi rama, y no á la suya, por azares de la circulación; quizá ese colateral tenga unidos los recuerdos de los momentos más culminantes de su vida á la historia de esa propiedad misma; quizá nació en ella; quizá recogió allí la última mirada de sus padres; quizá allí también se deslizaron sus años juveniles al lado de los viejos abuelos.

Por muy debilitados que se hallen los vínculos familiares (y en Vizcaya ya he dicho que no lo están), siempre se considerará como una conducta moralmente censurable por regla general, la de aquel testador que, no teniendo parientes en línea recta y sí colaterales, tal vez hermanos, dispone de los bienes que recibiera de sus antepasados en favor de personas extrañas con preterición de aquéllos. Hay algo en esta conducta de la idea del despojo, de la defraudación; parece notarse con más claridad que ese testador que tal hace no dispone de lo suyo y como que se atribuye facultades que no le son exclusivas. Acentúase respecto de esta parte del patrimonio la importancia del elemento familiar, é hiriendo el sentimiento de la generalidad, recaba sus prerrogativas y sus derechos, que se hacen palpables y manifiestos.

Pues bien: este es el punto de vista del Fuero de Vizcaya, y en él está inspirada la solución del problema de la cuantía de las legítimas de los colaterales; la legítima consistirá precisamente en los bienes que tengan la condición de troncales respecto del causante y de su pariente colateral; ni más, ni menos. No es una porción fija; no es tampoco mayor ó menor, según la proximidad del parentesco; nada de soluciones casuísticas y arbitrarias. Atiende el Fuero á los términos personales de la relación sucesoria; pero atiende también á la cosa en la cual se sucede, á la historia de ésta en la familia, porque dentro del organismo familiar es donde se da todo este linaje de relaciones, y á él forzosamente hay que referirlas si se quiere penetrar en lo íntimo, en lo sustancial de ellas.

Recuérdese ahora lo que he dicho que se entiende por bienes troncales, por parientes tronqueros y por troncalidad, y se podrá apreciar ya en toda su amplitud el sistema del Fuero.

Consecuencias necesarias del mismo son las siguientes: el mero hecho de ser colateral del causante no da derecho á legítima; es menester unir á la condición de colateral la

de tronquero del testador respecto de determinados bienes de su patrimonio; sean muchos ó pocos estos bienes troncales, representen una mayor ó menor cuota del completo *as* hereditario; en ellos precisamente consistirá la legítima de los colaterales, y solamente respecto de ellos estará limitada la libertad del testador para disponer de su patrimonio: en el supuesto de que el causante no deje á su fallecimiento más que bienes adquiridos por su industria y su trabajo, los colaterales, por próximos que sean, no tienen derecho á porción legítima alguna, porque falta en realidad la cosa material que tenga las aptitudes necesarias para servir de tal porción legítima dentro de los principios que informan al Fuero; la sola circunstancia de que la persona de cuya sucesión se trate haya dejado bienes que heredara de su padre, no es suficiente para afirmar que por este simple hecho pueda acreditar derecho á legítima cualquier colateral, porque esos bienes pueden no ser troncales respecto del causante y del colateral que á la sazón exista; tal sucedería, por ejemplo, en el caso de que yo dejase bienes que heredé de mi padre, y que éste había adquirido por compra, si á mi fallecimiento fuesen del cuarto grado mis colaterales más próximos.

Ocioso sería el insistir ahora sobre las diferencias que separan en este punto al Fuero del Código civil. Sólo voy á permitirme muy ligeras observaciones.

En el Derecho civil de Vizcaya, la familia se nos presenta como un organismo más amplio que en el Código: están trazadas sus líneas generales con un vigor y con una decisión tales, que desde luego puede apreciarse que lo que la ley ha hecho en este sentido no está inspirado por móviles puramente técnicos, ni se ha consignado en ella con el plausible, aunque inocente, propósito de procurar una reforma en las costumbres y una mayor fortaleza en los vínculos morales de la familia, no. Lo que la ley ha hecho estaba ya antes en la realidad social, á la que sirve de norma; y si sus preceptos parten del supuesto de una superior cohesión fa-

miliar, hay que reconocer que ese supuesto no es gratuito, y que esa cohesión familiar no es una vaga aspiración de mejora, sino un hecho del que no se puede prescindir.

Considerando estos problemas desde este punto de vista, se comprende cuán errado es el criterio de los que, amantes de los fueros y de los prestigios de la familia como organismo social, déjense llevar irreflexivamente por este su simpático amor, y no se detienen en formular severos cargos contra los redactores del Código civil por no haber avanzado más en el sentido que representa la innovación introducida al crear el Consejo de familia para los casos de tutela. Recuérdese á este efecto cómo algunos pretenden demostrar que el Código debiera haber creado el Consejo de familia, no solamente como uno de los instrumentos de la tutela, sino como órgano permanente del derecho de familia para realizar todas aquellas funciones que quedan fuera del derecho del Estado.

Á pesar de mi inclinación en principio á estas ideas, páreceme observar en esa manera de discurrir un error de importancia. Antes de votar por la implantación de un Consejo de familia sobre más amplias bases, creo lo prudente poner en claro si esas bases se dan en la realidad social donde el Código va á regir; porque si, como muchos estiman, y no creo que van descaminados (1), la familia no es en la realidad lo que es en la ley, los preceptos de ésta, ó serán enteramente inútiles, ó se convertirán en odiosas trabas que vendrán á aumentar el cúmulo enorme de fórmulas que entorpece el libre desenvolvimiento de la vida civil.

De aquí que por estas razones no sea yo de los que, sacando á mi entender las cuestiones de quicio, suscriben sin reservas la superioridad del Fuero sobre el Código civil en la materia de que trato, y desean que en el Derecho co-

(1) Claro está que me refiero á la generalidad de los lugares donde rige el Código civil.

mún se introduzca todo el sistema sucesorio de Vizcaya, incluso la legítima de los colaterales tronqueros. No porque existan tan notables diferencias entre el Fuero y el Código, y porque encontremos acertadas las disposiciones del primero, hemos de votar porque las acepte el segundo, ni hemos de proclamar la superioridad del uno sobre el otro: lo que afirmamos, en general, sin descender á detalles, es que estos dos sistemas de legislación en el Derecho sucesorio responden á organizaciones familiares diferentes. El transportar los preceptos del Fuero al Código civil sería, en verdad, una medida á todas luces impolítica. Recogiendo la alusión que hace un momento hice al Consejo de familia, obsérvese lo que ha ocurrido en la práctica con esta institución en la generalidad de los países sometidos al Derecho común: la ley ha supuesto que existe una familia que no existe en rigor, y para ella y para el caso especial de tutela ha creado un Consejo: la ley quizá ha creído que de esta suerte iba á fomentar los vínculos familiares, olvidándose de que en estas relaciones privadas poco ó nada influye la ley, y de que estaban en un manifiesto error nuestros legisladores antiguos cuando en sus definiciones de la regla jurídica positiva le atribuían el carácter de educadora y de maestra de las costumbres.

Si las disposiciones del Fuero acerca de la materia de que trato encajan bien en el estado social á que se refieren, por darse en él el organismo familiar tal como la ley nos lo presenta, el transplantarlas á un medio distinto por el vano é irreflexivo deseo de mejorar valdría tanto como pretender criar un arbusto en un terreno que no contuviese las sustancias que el vegetal necesita asimilarse. Esta misma insana manía de correr tras lo que en otras partes ha sido resultado de su época y de su particular tradición, nos ha llevado, sin preparación suficiente, á adoptar instituciones tan pomposamente preconizadas como el régimen parlamentario, el Jurado y tantas otras que, á pesar de venirnos muy anchas, son todavía para muchos como á manera de

arca santa de nuestra constitución, á la que dan guardia de honor buen golpe de espíritus superficiales cuando no de concupiscentes politicastros.

Aplaudamos, pues, las disposiciones del Fuero, porque concuerdan con el estado social de la tierra llana de Vizcaya; pero librenos Dios de pedir un igual régimen para países de distintas condiciones, tanto como de dejarnos llevar por la corriente uniformadora y abogar por la aplicación del Código civil en toda la Península. Huyamos también de abordar la cuestión de si este régimen es mejor que aquél, ó aquél mejor que éste, porque en Derecho, como en cualquier orden de la realidad, no se pueden hacer afirmaciones tan absolutas, ya que en la vida no es la línea recta ni las cosas cortadas á pico las que predominan, sino la línea curva y las superficies onduladas: todos los regímenes jurídicos son buenos si se ajustan á la ley moral y son expresión del estado social que regulan (1).

Sobre lo que sí he de permitirme llamar la atención del lector es sobre el enlace de esta institución de la troncalidad en la sucesión testada; es decir, sobre el enlace de la legítima de los colaterales tronqueros con la libertad de testar tal como ha quedado explicada en el capítulo anterior. Para los educados en el sistema del Derecho de Castilla, en el que predomina (con la sola excepción de las llamadas mejoras) el reparto igualitario de la herencia entre los distintos herederos, tiene que resultar cosa en verdad extraña, y con cuyos motivos ha de costar trabajo el transigir, la facultad concedida á los testadores por el Fuero de fijar el tanto de participación de cada heredero en la masa

(1) El discreto lector comprenderá que no trato en las líneas que anteceden de hacer la apología del Código civil, en el que se encuentran no pocas imperfecciones, sino simplemente de prevenir el juicio ajeno y de fortificar el propio contra la manera de plantear ciertos pretendidos problemas que la pasión regionalista ó el celo uniformador suelen poner sobre el tapete.

hereditaria, hasta el punto de poder hacer uso de la fórmula de apartación, facultad que, como en otro lugar dije, puede ejercitarse lo mismo entre descendientes que entre ascendientes y colaterales. Pero nótese, después de todo lo expuesto, que esa libertad truécase ahora, á falta de parientes en línea recta, en restricción no conocida en Castilla, pues nada más opuesto al criterio del Código que instituir á los colaterales en herederos forzosos á falta de descendientes y ascendientes.

Mas si se observan en su conjunto todos los preceptos del Fuero, las aparentes incongruencias no tan sólo quedarán explicadas, sino que podrá apreciarse, sin que quede lugar á duda, que el Derecho de Vizcaya ofrece en este punto un verdadero sistema, por cuyo motivo, como dicen los escritores que de él tratan, no es lícito prescindir de unas instituciones para formar juicio de las otras sin exponerse al error, ya que sólo estudiándolas en su mutuo enlace y en su recíproca influencia es como se puede llegar á descubrir el genuino sentido de esta legislación foral.

Hay una parte del patrimonio que la ley ha considerado como verdadera propiedad familiar, teniendo de la familia el amplio concepto á que antes aludí. Pues bien: siempre que existan personas á quienes se pueda considerar como representantes de esa familia, esta parte les estará reservada, cualquiera que sea después el reparto que de ella se haga, en virtud de las facultades de los testadores cuyos motivos quedan ya en otro lugar explicados.

La aplicación estricta de este principio y no otra cosa es en rigor lo que significa la legítima de los colaterales llevada á la práctica por el medio legal de la troncalidad. Y nótese cómo en este mecanismo de la sucesión testada del Fuero combínase de admirable manera la libertad con la necesidad, resultando al cabo que las condiciones necesarias son suministradas por el ejercicio de una voluntad consciente y libre, ó, por lo menos, que hace la ley lo posible para que así suceda: este rasgo, como sabemos, es

característico de todo lo que es genuinamente jurídico.

No diré, como alguien ha afirmado, que la institución de la troncalidad sea en realidad un contrapeso de la libertad de testar; porque sobre no ser del todo exacta la afirmación, no soy yo muy propenso á esta idea del contrapeso y de la balanza de que algunas veces se ha abusado tanto en el orden del Derecho civil como en el del Derecho público; pero sin llegar á ese punto de vista, sí he de llamar la atención acerca del contraste que á primera vista ofrece en el Fuero la libertad de los testadores con la restricción que para el ejercicio de la misma representa la troncalidad, á fin de que la juiciosa confrontación de estos dos hechos, habida consideración de lo dicho hasta aquí, pueda ilustrar el criterio del discreto lector.

*
* *

El carácter de herederos forzosos de los parientes tronqueros consta explícitamente en las leyes XIV y XVIII del título XX del Fuero, cuyo texto no inserto aquí por haberlo ya dado á conocer en otro lugar de este trabajo, donde el lector puede consultarlo. Alúdese también á este carácter de herederos forzosos de los tronqueros en otras leyes; pero á fin de no ser prolijo en las citas, y en confirmación de que así lo viene entendiendo el Tribunal Supremo, sólo haré mérito de una sentencia dictada no hace muchos años.

Era dueño un testador de bienes que por herencia había recibido de su padre, y al otorgar su última disposición ocurriósele constituir á favor de su viuda un usufructo sobre dichos bienes; reclamó un sobrino, no conformándose con esta constitución de usufructo, y seguido el pleito por todos sus trámites, el Tribunal Supremo declaró, sin reservas de ninguna especie, que los bienes raíces sitos en el Infanzonado, en los cuales, no habiendo descendientes ni ascendientes legítimos del finado, suceden los parientes

propincuos tronqueros, no pueden dejarse en usufructo á la viuda ni ser objeto de gravamen (1).

Como se puede apreciar desde luego, por si las leyes del Fuero dejasen lugar á alguna duda sobre el carácter de herederos forzosos de los tronqueros (que ya he dicho que son lo suficientemente explícitas), el Tribunal Supremo, en la sentencia citada, define perfectamente ese carácter al no admitir ni la posibilidad legal de que sobre los bienes troncales se pueda imponer gravamen alguno que venga á perjudicar la efectividad de la legítima de los parientes colaterales á que vengo refiriéndome.

*
* *

Algunas cuestiones se han suscitado al tratar de la legítima troncal y de su efectividad práctica, de todas las cuales no puedo, en rigor, prescindir, porque su examen contribuye á poner de manifiesto el espíritu del Fuero. Unas se refieren á los elementos personales de la relación troncal, y otras, á los reales, ó sea á la condición de las cosas: indicaré algunas de ellas.

PRIMER GRUPO. A) *Si los parientes ilegítimos pueden tener derecho á la legítima troncal.* — Es decir, si la ley exige la condición de legitimidad en el parentesco como requisito esencial. Que un individuo puede hallarse respecto de otro, su pariente natural, en relación de troncalidad, respecto de determinados bienes, es indudable; porque si esa relación surge en cuanto se dan los supuestos de hecho que la ley ha tenido en cuenta, no cabe negar la posibilidad de que, por ejemplo, un inmueble estuviese en el tronco común de la persona de cuya sucesión se trata y del pariente ilegítimo que pretende tener derecho á la herencia, con lo cual basta, según lo dicho hasta aquí, para que la troncalidad

(1) Sentencia de 3 de Junio de 1896. Véase en Alcubilla, *Apéndice* de 1896, pág. 793.

exista. Pero no es ésta la cuestión: trátase de saber ahora si, *además* de esas circunstancias, exige el Fuero la condición de legitimidad en el parentesco.

El Sr. Chalbaud (1), tantas veces citado, apoyándose en la autoridad del jurisconsulto D. Carlos Martínez de Aguirre y Zaldueño, discurre en primer lugar acerca del caso del parentesco en línea recta, afirmando con el escritor mencionado que á los hijos y descendientes no les exige el Fuero la condición de legitimidad. En apoyo de esta opinión, dice en sustancia el Sr. Martínez de Aguirre que, puesto que los hijos naturales pueden recibir bienes troncales por herencia, legado, donación ú otro título lucrativo, es visto que son herederos tronqueros, ya que dichos bienes sólo á esa clase de herederos pueden ser dejados; y el señor Chalbaud, insistiendo en esta consideración, y partiendo de ese mismo supuesto, plantea el dilema en los casos en que los hijos naturales hereden bienes raíces á falta de hijos legítimos, pero concurriendo con ascendientes y profincos tronqueros, de que, ó estos ascendientes y profincos tronqueros no son tales tronqueros, por no ser herederos forzosos, toda vez que se les priva de la legítima con unos extraños á la troncalidad, ó esos descendientes naturales son tronqueros con preferente derecho á los ascendientes y profincos; lo primero, concluye, pugna con el Fuero en las leyes XIV y XVIII del tít. XX: luego forzosamente se ha de deducir lo segundo.

En cuanto á los ascendientes, opina el Sr. Chalbaud que han de ser legítimos, ya en consideración á la ley XIV, título XX, que emplea la dicción «*hijos ó descendientes ó ascendientes legítimos*», ya en virtud de otra del orden puramente moral, por cuanto, organizada la familia sobre la base estable del matrimonio, quien ataca al mismo con el concubinato comete un verdadero crimen, cuyo autor debe

(1) Obra citada, página 47 y siguientes.

perder el fruto de su delito, que sería recibir una herencia del hijo habido de quien no era su legítimo cónyuge.

Las opiniones que acabo de extractar, tanto en lo que se refieren á los descendientes como á los ascendientes, parten de un principio á todas luces equivocado: el de suponer que en la sucesión testada es troncal el derecho que acreditan los parientes en línea recta, y que lo que éstos heredan en concepto de herederos forzosos lo reciben pura y exclusivamente por la troncalidad.

No es esto así: en otro lugar de este trabajo me he ocupado de la cuestión, y he dejado sentado que, con troncalidad y sin ella, y sólo en virtud de los principios generales de la sucesión testada, los descendientes y los ascendientes son herederos forzosos, sin que exista en el Fuero ninguna ley que autorice á pensar que este carácter de herederos forzosos lo tienen en el Derecho de Vizcaya como tales tronqueros, sino como tales parientes en línea recta é independientemente de toda idea de troncalidad.

Siendo esto así, la cuestión propuesta está á mi modo de ver mal planteada, y no há lugar, por lo tanto, á resolverla; podrá discutirse si los descendientes y ascendientes ilegítimos son ó no herederos forzosos (y esto ya lo hemos visto en otro lugar); pero el poner en tela de juicio si su ilegitimidad es un obstáculo para el derecho á su supuesta legítima troncal, no es en realidad problema.

Sí lo es dentro del Fuero, si la cuestión se limita á los colaterales, entre quienes hemos visto que se da la sucesión testamentaria troncal, con todas sus circunstancias. El no exigir ninguna de las leyes del Fuero la condición de legitimidad tratándose de dichos profincos, mueve al Sr. Chalbaud á invocar el aforismo *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, para afirmar que, puesto que el texto legal no exige ese requisito, no deben tampoco exigirlo sus intérpretes y ejecutores.

Por temperamento soy poco propenso á dar entera fe al contenido de esa interminable serie de aforismos jurídicos

que nos han legado los antiguos cultivadores de la jurisprudencia. En más de una ocasión he podido comprobar el manifiesto error que su aplicación entrañaría. Lejos de afirmar que donde la ley no distingue no se debe distinguir, yo creo, por el contrario, que allí donde la ley no ha distinguido por defectos de expresión y no por vaguedades en el propósito, ni porque esa indistinción haya sido deliberada y reflexiva, allí es precisamente donde el verdadero jurista debe distinguir, y distinguir muy cuidadosamente, para poner su grano de arena en la obra social de la formación del Derecho y para inspirar la jurisprudencia en el racional sentido que los intereses de la justicia demandan. Sólo de esta manera, y sólo entendiéndolo de esta suerte la aplicación del Derecho, es como el precepto positivo llega á ser talmente *ley*.

Es cierto, pues, que el Fuero no distingue en el caso presente. Pero ¿por qué no distingue? Su falta de determinación, ¿acusa un propósito deliberado de abrir las puertas de la sucesión testada á los colaterales tronqueros ilegítimos? En vez de acudir al conocido aforismo, pareceme más oportuno consultar las circunstancias de la época del precepto legal; y si tenemos en cuenta que la reivindicación de los derechos de la familia denominada *ilegítima* es obra de nuestros tiempos; que en la época en que se formaron los preceptos del Fuero, la conciencia jurídica, oscurecida por censurables preocupaciones, empeñábase en desconocer la plenitud de los efectos de las relaciones familiares que no arrancasen del matrimonio legítimo, vendremos á concluir que la indistinción del Fuero, lejos de ser reflexiva y deliberada, revela tan sólo una imperfecta expresión de lo que desde luego estaba en su intención y en su propósito, según creo.

Extraño hubiera sido, en verdad, el que en aquellos tiempos en que se negaba á los hijos ilegítimos hasta los más elementales derechos, se fuese á conceder á los colaterales de la familia natural nada menos que el carácter de

herederos forzosos. Podrá el espíritu moderno encontrar más ó menos justificado este criterio, podrá también la jurisprudencia ir modificando los preceptos del Fuero; pero no se puede, en mi opinión, sin incurrir en inexactitud histórica, atribuir al viejo texto del Derecho civil vizcaíno ideas que, no solamente no están en él de una manera expresa, sino que son contrarias al espíritu de su época.

B) *Hasta qué grado se extiende en los colaterales tronqueros el carácter de herederos forzosos.* — Ya he dicho en otras ocasiones que hasta el cuarto grado: sólo he de añadir ahora que no hay que confundir esta limitación con la que el Fuero marca al hablar de la sucesión intestada, la cual veremos más adelante.

C) *Computación de grados.* — Suscribo en un todo la opinión del Sr. Chalbaud, y por sus mismas razones, de que el propósito del Fuero fué dar por supuesta la computación canónica.

Hé aquí las palabras del Sr. Chalbaud :

«Ninguna decisión terminante existe en el Fuero, del »cual tan sólo se cita la ley XXIV del tít. XI, que, en reali- »dad, inclina el ánimo á resolver por la computación canó- »nica. Dice esta ley, que acaecía en Vizcaya que en algunos »delitos el muerto dejaba padres, abuelos, hijos, etc., ó otros »hermanos de su padre é madre ó primos hijos de ellos; estos »acusaban y luégo perdonaban é tornaban á acusar otros en »grado más remoto; y para obviar inconvenientes, ordena que »cuando quier que semejante muerte acaeciére y el tal muerto »dexare descendiente ó ascendiente é tios é primos fijos de her- »manos ó algunos de ellos; que perdonando ellos ó los que en »CUALQUIERA DE LOS DICHOS GRADOS fueren parientes del dicho »finado que el tal perdon vala. Et los otros parientes mas remo- »tos de los dichos grados no puedan acusar ni insistir mas sobre »la dicha muerte despues del dicho perdon no sean oydos sobre »ello de Juez alguno; pero si el tal muerto no tuviéra pariente »descendiente ni ascendiente ni tios ni primos en los dichos gra- »dos, que cualquiera de los otros parientes dentro del quarto gra-

»do pueda acusar la muerte de su pariente. En esta ley vemos:
»1.º, la mención de varios parientes, entre ellos los primos
»hijos de hermanos que, según computación civil, están en
»cuarto grado; añadiendo el Fuero que en este primer gru-
»po están comprendidos los que en cualquiera de los dichos
»grados fueren parientes del tal finado; 2.º, á falta de esos
»descendientes, ascendientes, tíos, primos en los grados di-
»chos, es decir, hasta el cuarto inclusive civil, los parientes
»dentro del cuarto grado. Luego este cuarto grado no es el
»civil, porque los tales parientes están comprendidos en el
»primer grupo; de modo que la computación que tiene en
»cuenta el Fuero parece ser la canónica.

»Y ciertamente que si consideramos la fecha de redac-
»ción del Fuero (año 1527), y vemos el predominio que en
»aquel tiempo tenía el Derecho canónico sobre todos los de-
»más, en la época de Bartolo y Baldo, civilistas con el Dere-
»cho canónico delante, no podíamos menos de encontrar
»razonable esta opinión.»

Paréceme, sin embargo de lo expuesto, que hoy día la computación canónica ha caído en desuso, y que cualquiera que fuese la intención del legislador vizcaíno, no prosperaría en nuestros tiempos la interpretación que mantuviese la vigencia de la computación canónica frente á la civil, sobre todo después de la sentencia de 18 de Junio de 1896.

Tratábase en el caso resuelto por el Tribunal Supremo de una sucesión intestada de un individuo ausente cuya presunción de muerte se declaró después de regir el Código civil: disputábase la herencia, de una parte, un pariente en cuarto grado de la línea paterna, y de otra, otro pariente en octavo grado de la línea materna, que era de donde procedían los bienes relictos; y el Tribunal Supremo declaró que el derecho de los parientes tronqueros á heredar los bienes raíces no se extiende más allá del sexto grado, porque éste es el límite de la sucesión intestada en la línea colateral, conforme al art. 955 del Código civil, supletorio del Fuero de Vizcaya y aplicable á la sucesión de la herencia

de los ausentes cuya presunción de muerte se declara después de regir el nuevo texto, aunque su paradero se ignore desde mucho tiempo antes.

Tiene importancia esta sentencia, por dos conceptos principales: en primer lugar, porque da por supuesta la computación civil en el Derecho de Vizcaya, que es el punto por el cual he hecho ahora mención de ella. Pero además resuelve otro problema importantísimo que, aunque no pertenezca á la materia de que vengo ocupándome, no quiero dejar de tocarlo ahora, haciendo una pequeña digresión.

Había dicho el Sr. Sánchez Román (1), al fijar el orden de prelación en Vizcaya de los diferentes textos legales, después de la publicación del Código civil, que dicho orden está constituido en la siguiente forma:

«1.º *El título preliminar y título 4.º, libro I del Código civil*, en los términos consignados en los órdenes de prelación anteriores (alude á los de los otros países forales).

«2.º *Las leyes generales posteriores á la de 25 de Octubre de 1839*, á no ser que contengan la salvedad de que se respete el Derecho foral.

«3.º *La Colección de Fueros*, denominada «Privilegios, franquezas y libertades de los caballeros hijos-dalgo del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya».

«4.º El Derecho de Castilla anterior al Código, como especial supletorio en esta región foral.

«5.º *El Código civil*, vigente desde 1.º de Mayo de 1889, como *Derecho supletorio general y subsidiario* del anterior especial.»

Y en explicación del contenido de los dos últimos lugares indicados, había añadido por nota el Sr. Sánchez Román:

«Consignamos estos dos lugares, últimos del orden de prelación, en el territorio que en la provincia de Vizcaya es de régimen foral, en lugar de refundirlos en el último,

(1) Ob. cit., pág. 598, tomo I.

»como á primera vista parece procedente, toda vez que podría creerse que habiendo sido en dicho territorio vizcaíno siempre el derecho de Castilla el supletorio, y una vez que se ha modificado por el Código, bastaría sustituir el uno con el otro, porque á tal inteligencia no autoriza el segundo párrafo del art. 12, en cuanto declara que «las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora *en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito ó consuetudinario*, por la publicación de este Código, que regirá *tan sólo* como Derecho supletorio *en defecto del que lo sea* en cada una de aquéllas por sus leyes especiales»; y como el que lo es en esa parte de la provincia de Vizcaya es el antiguo Derecho de Castilla, el Código civil no es, ni en su forma ni en su contenido, su exacta reproducción, nos parece arbitrario violentar el texto legal, aunque habría sido de desear que se hubiera establecido en términos que permitieran figurar sólo como Derecho supletorio de ese territorio vizcaíno el moderno de Castilla, ó sea el Código civil.»

Siempre estimé, desde que leí lo que he copiado, á pesar del prestigio de que justamente va acompañado todo lo que dice el Sr. Sánchez Román, que la opinión del ilustre jurisconsulto en este punto, si bien ajustada al rigor de la letra del Código, no estaba conforme con su espíritu, y tuve por seguro que la jurisprudencia habría de desautorizar esa interpretación que, caso de haber prosperado, hubiera introducido no pequeña perturbación en el Derecho de Vizcaya.

Y, en efecto, aun cuando la sentencia extractada no tuvo por objeto el resolver la cuestión que el Sr. Sánchez Román planteaba, ó, mejor dicho, que daba por resuelta en el sentido de otorgar preferencia sobre el Código civil al Derecho de Castilla anterior á este cuerpo legal, indirectamente la resuelve, por cuanto afirma, tratando de Vizcaya, que el derecho de los parientes tronqueros á heredar los bienes raíces no se extiende más allá del sexto grado, por-

que éste es el límite de la sucesión intestada en la línea colateral, conforme al art. 955 del Código civil, supletorio del Fuero de Vizcaya.

De donde se deduce, en primer lugar, que el Código es hoy el Derecho supletorio en Vizcaya, y en segundo, que lo es, no con carácter *subsidiario*, sino como *único*, pues de otra suerte, la sentencia no hubiera fijado el grado sexto como el límite de la sucesión intestada, sino que, ateniéndose al Derecho de Castilla anterior al Código civil, lo hubiera ampliado al décimo grado.

*
* *

SEGUNDO GRUPO. — El segundo grupo de cuestiones á que antes aludí hace relación, como también indiqué, á la condición de las cosas. Veamos algunas de ellas.

A) *La troncalidad se aplica á los bienes inmuebles sitos en los lugares donde rige el Fuero.* — Lleva consigo esta afirmación la necesidad de dilucidar cuáles sean estos lugares, é implica este problema una cuestión de crítica de historia del Derecho, en la que no he de entrar, por estar desde luego fuera de mis propósitos al escribir este trabajo.

Remito al lector, sin embargo, á los luminosos y meditados estudios que, con el título de *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre*, tiene publicados D. Carlos de la Plaza y Salazar (1). Resultado de dichos estudios ha sido el siguiente cuadro, en el que el señor de la Plaza ha hecho constar todos los términos municipales de Vizcaya, las anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen, y las legislaciones que les son aplicables. Es un trabajo verdaderamente importante, y no quiero dejar de reproducirlo aquí para aquellos que

(1) Segunda edición. Bilbao, 1899.

no conozcan la obra del señor de la Plaza, cuya lectura recomiendo.

Número de orden.	Términos municipales.	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen.	Legislación aplicable.
A			
1	Abadiano.....	La anteiglesia de Abadiano .	La foral.
2	Abanto y Ciérvana.	El concejo de San Pedro de Abanto, el concejo de Santa Juliana de Abanto y el concejo de San Román de Ciérvana	Idem.
3	Ajúnguiz	El concejo de Ajúnguiz.....	Idem.
4	Amorevieta	La anteiglesia de Amorevieta y la de Bernagoitia.....	Idem.
5	Amoroto.....	La anteiglesia de Amoroto..	Idem.
6	Apatamonasterio..	La ídem de Apatamonasterio.	Idem.
7	Aracaldo	La ídem de Aracaldo	Idem.
8	Aránzazu	La ídem de Aránzazu.....	Idem.
9	Arbácegui y Guerricáiz.....	La ídem de Arbácegui y la villa de Guerricáiz	Las dos.
10	Arcentales.....	El valle de Arcentales	La foral.
11	Arteaga	La anteiglesia de Arteaga...	Idem.
12	Arrancudiaga	La ídem de Arrancudiaga...	Idem.
13	Arrázola.....	La ídem de Arrázola.....	Idem.
14	Arrazua	La ídem de Arrazua	Idem.
15	Arrieta	La ídem de Arrieta.....	Idem.
16	Arrigorriaga.....	La ídem de Arrigorriaga...	Idem.
17	Axpe	La ídem de Axpe.....	Idem.
B			
18	Baquio	La anteiglesia de Baquio....	La foral.
19	Baracaldo.....	La ídem de Baracaldo y la ídem de Alonsótegui.....	Idem.
20	Barrica.....	La ídem de Barrica.....	Idem.
21	Basauri.....	La ídem de Basauri	Idem.
22	Begoña.....	La ídem de Begoña, en parte.	Idem.
23	Berango.....	La ídem de Berango.....	Idem.
24	Bermeo.....	La villa de Bermeo, las anteiglesias unidas de San Juan de la Peña y San Pelayo de Baquio, la anteiglesia de Albóniga y la anteiglesia de Zubiaur.....	Las dos.
25	Berriatúa.....	La anteiglesia de Berriatúa..	La foral.

Número de orden.	Términos municipales.	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen.	Legislación aplicable.
26	Bilbao.....	La villa de Bilbao, la anteiglesia de Abando, y la anteiglesia de Begoña, en parte.....	Las dos.
27	Busturia.....	La anteiglesia de Axpe de Busturia.....	La foral.
C			
28	Carranza.....	El valle de Carranza.....	La foral.
29	Castillo y Elejabeitia.....	Las anteiglesias unidas de Castillo y Elejabeitia.....	Idem.
30	Ceanuri.....	La anteiglesia de Ceanuri y la de Ipiña.....	Idem.
31	Ceberio.....	El valle de Ceberio, ó sea las parcialidades Patrona é Infanzona del mismo, de las cuales ésta constituyó la anteiglesia de Santo Tomás de Olavarrieta, y aquélla formó parte de la villa de Miravalles.....	Las dos. La foral.
32	Cenarruza.....	La anteiglesia de Cenarruza.	La foral.
33	Cortézubi.....	La ídem de Cortézubi.....	Idem.
D			
34	Derio.....	La anteiglesia de Derio.....	La foral.
35	Deusto.....	La ídem de Deusto.....	Idem.
36	Dima.....	La ídem de Dima y la de Laminiano.....	Idem.
37	Durango.....	La villa de Durango.....	La general del reino.
E			
38	Ea.....	La anteiglesia de Nachitua, la anteiglesia de Bedarona y la de Ea.....	La foral.
39	Echano.....	La anteiglesia de Echano.....	Idem.
40	Echívarri.....	La ídem de Echívarri.....	Idem.
41	Echevarría.....	La ídem de Echevarría de Marquina.....	Idem.
42	Elanchove.....	El puerto de Elanchove, barrio que fué de la anteiglesia de Ibarranguelua.....	Idem.

Número de orden.	Términos municipales.	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen.	Legislación aplicable.
43	Elorrio.....	La villa de Elorrio y la anteiglesia de San Agustín de Echevarría.....	Las dos.
44	Erandio.....	La anteiglesia de Erandio...	La foral.
45	Ereño.....	La ídem de Ereño y la de Gatica.....	Idem.
46	Ermua.....	La villa de Ermua.....	La general del reino.
F			
47	Fica.....	La anteiglesia de Fica.....	La foral.
48	Forna.....	La ídem de Forná.....	Idem.
49	Frúniz.....	La ídem de Frúniz.....	Idem.
G			
50	Galdácano.....	La anteiglesia de Galdácano.	La foral.
51	Galdames.....	El concejo de Galdames.....	Idem.
52	Gámiz.....	La anteiglesia de Gámiz....	Idem.
53	Garay.....	La ídem de Garay.....	Idem.
54	Gatica.....	La ídem de Gatica.....	Idem.
55	Gordejuela.....	El valle de Gordejuela.....	Idem.
56	Górliz.....	La anteiglesia de Górliz....	Idem.
57	Gorocica.....	La ídem de Gorocica.....	Idem.
58	Guecho.....	La ídem de Guecho.....	Idem.
59	Güeñes.....	El concejo de Güeñes.....	Idem.
60	Guernica y Luno..	La villa de Guernica y la anteiglesia de Luno.....	Las dos.
61	Guizaburuaga....	La anteiglesia de Guizaburuaga.....	La foral.
I			
62	Ibarranguelua....	La anteiglesia de Ibarranguelua y la de Acorda.....	La foral.
63	Ibárruri.....	La anteiglesia de Ibárruri..	Idem.
64	Ispáster.....	La ídem de Ispáster.....	Idem.
65	Izurza.....	La ídem de Izurza.....	Idem.
J			
66	Jemein.....	La anteiglesia de Jemein....	La foral.

Número de orden.	Términos municipales.	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen.	Legislación aplicable.
L			
67	Lanestosa.....	La villa de Lanestosa.....	La general del reino.
68	Larrabezúa.....	La ídem de Larrabezúa....	Las dos.
69	Lauquíniz.....	La anteiglesia de Lauquíniz.	La foral.
70	Lejona.....	La ídem de Lejona.....	Idem.
71	Lemona.....	La ídem de Lemona.....	Idem.
72	Lemóniz.....	La ídem de Lemóniz.....	Idem.
73	Lequeitio.....	La villa de Lequeitio.....	La general del reino.
74	Lezama.....	La anteiglesia de Lezama...	La foral.
75	Lujua.....	La ídem de Lujua.....	Idem.
M			
76	Mallavia.....	La anteiglesia de Mallavia..	La foral.
77	Mañaria.....	La ídem de Mañaria.....	Idem.
78	Marquina.....	La villa de Marquina y la anteiglesia de Barinaga....	Las dos.
79	Maruri.....	La anteiglesia de Maruri...	La foral.
80	Mendata.....	La ídem de Mendata y la de Albiz.....	Idem.
81	Mendeja.....	La ídem de Mendeja.....	Idem.
82	Meñaca.....	La ídem de Meñaca.....	Idem.
83	Miravalles.....	La villa de Miravalles.....	Las dos.
84	Morga.....	La anteiglesia de Morga....	La foral.
85	Mújica.....	La ídem de Ugarte de Mújica.	Idem.
86	Mundaca.....	La ídem de Mundaca.....	Idem.
87	Munguía (anteiglesia).....	La ídem de Munguía y la de Larrauri.....	Idem.
88	Munguía (villa)...	La villa de Munguía y la anteiglesia de Laucáriz.....	Las dos.
89	Murélaga.....	La anteiglesia de Murélaga..	La foral.
90	Murueta.....	La ídem de Murueta.....	Idem.
91	Múzquiz.....	El concejo de San Julián de Múzquiz.....	Idem.
N			
92	Navárniz.....	La anteiglesia de Navárniz..	La foral.
O			
93	Ochandiano.....	La villa de Ochandiano.....	Las dos.
94	Ondárroa.....	La ídem de Ondárroa.....	La general del reino.

Número de orden.	Términos municipales.	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen.	Legislación aplicable.
95	Orduña.....	La ciudad de Orduña.....	La general del reino.
96	Orozco.....	El valle y merindad de Orozco	La foral.
P			
97	Pedernales.....	La anteiglesia de Pedernales y la de Canala.....	La foral.
98	Plencia.....	La villa de Plencia.....	La general del reino.
99	Portugaleta.....	La idem de Portugaleta.....	Idem.
R			
100	Rigoitia.....	La villa de Rigoitia.....	Las dos.
S			
101	San Salvador del Valle.....	El concejo de San Salvador del Valle.....	La foral.
102	Santurce.....	El concejo de San Jorge de Santurce y los barrios de la Chicharra y Peñota, que pertenecieron á la villa de Portugaleta.....	Las dos.
103	Sestao.....	El concejo de Santa María de Sestao.....	La foral.
104	Sondica.....	La anteiglesia de Sondica...	Idem.
105	Sopelana.....	La idem de Sopelana.....	Idem.
106	Sopuerta.....	El concejo de Sopuerta.....	Idem.
T			
107	Trucios.....	El valle de Trucios.....	La foral.
U			
108	Ubidea.....	La anteiglesia de Ubidea....	La foral.
109	Urdúliz.....	La idem de Urdúliz.....	Idem.
V			
110	Valmaseda.....	La villa de su nombre.....	La general del reino.

Número de orden.	Términos municipales.	Anteiglesias, villas y ciudad que los constituyen.	Legislación aplicable.
111	Vedia	La anteiglesia de Vedia.....	La foral.
112	Vérriz.....	La ídem de Vérriz.....	Idem.
113	Villaro.....	La villa de Villaro	Las dos.
Y			
114	Yurre	La anteiglesia de Yurre.....	La foral.
115	Yurreta	La ídem de Yurreta.....	Idem.
Z			
116	Zaldúa	La anteiglesia de Zaldúa....	La foral.
117	Zalla	El concejo de Zalla.....	Idem.
118	Zamudio.....	La anteiglesia de Zamudio..	Idem.
119	Zarátamo.....	La ídem de Zarátamo.....	Idem.
120	Zollo.....	La ídem de Zollo.....	Idem.

Como el mismo señor de la Plaza opina, el Fuero de Vizcaya rige también en Llodio y Aramayona, de la provincia de Alava.

Habla el Sr. Hormaeche (1) de las llamadas caserías censuarias, señalándolas como excepción en la regla general de aplicación del Fuero; pero, por mi parte, confieso que no veo con entera claridad en la ley II del tít. XXXVI el que dichas caserías se rijan por la legislación castellana, creyendo además que si dicha excepción ha existido, ó de esa suerte se ha podido interpretar la ley citada, hoy día en la práctica la excepción carece de valor, por más que no se pueda negar la posibilidad, como dice el mismo señor Hormaeche, de que, si en algún pleito, una de las partes acredita la cualidad de censuaria de la finca litigiosa, los Tribunales apliquen la legislación general, pues no tie-

(1) Ob. cit., pág. 69.

nen otro medio de conocer la existencia de esta excepción, en el caso de que esté en vigor.

B) *Si toda raíz sita en los lugares donde rige el Fuero es siempre y en todo caso troncal.* — Ha sido tan discutida esta cuestión, que no hay autor de Derecho vizcaíno que no la consagre preferente atención y buen número de páginas. Se han expuesto razones en uno y en otro sentido, llegando hasta la prolijidad y la sutileza; no he de repetirlas aquí, porque en cualquier libro pueden ser consultadas.

La ley XVI del tít. XX es el principal texto que ha dado lugar á esta discusión (1), al afirmar el principio de «*que la rayz comprada sea de la mesma condicion que ha heredado*». Esta ley, y la aseveración incidental hecha en algunos lugares del Fuero de que toda raíz es en Vizcaya troncal, han dado motivo á muchos para pensar, de una parte, que los inmuebles, sea cual fuere el título de su adquisición por el causante, están sujetos á la troncalidad; y de otra, que los parientes colaterales, dentro del cuarto grado, no necesitan la condición de tronqueros de travesía del tronco de donde los bienes procedan para ser herederos forzosos.

Con lo dicho hasta aquí acerca de la troncalidad, con recordar las circunstancias que han de concurrir para que exista la relación troncal, basta para afirmar que, respecto de un inmueble adquirido por compra por el causante, no puede haber colaterales tronqueros de ese mismo causante, porque falta el tronco común á quien perteneciese en tiempos el inmueble. Así es que, con la manera de entender el principio troncal que tengo explicada, hay datos bastantes para resolver la cuestión propuesta y para asegurar que la ley XVI, tít. XX, lejos de contener una ampliación á todas luces injustificada del principio troncal, lo que afirma es simplemente que todo inmueble puede ser troncal, cualquie-

(1) La he insertado literalmente á otro propósito en el capítulo V de esta obra.

ra que sea el título de su adquisición, siempre que lleguen á concurrir las circunstancias necesarias para que la troncalidad exista.

Hay una sentencia del Tribunal Supremo cuyos considerandos sostienen la buena doctrina en este punto, salvo que en uno de ellos se incurre en un error que ha hecho notar el Sr. Jado y Ventades (1) en una obra que justamente en estos días acaba de llegar á mis manos.

Prefiero, para no incurrir en la prolijidad de otros autores, innecesaria ya por considerar el punto suficientemente discutido, insertar los considerandos de la sentencia citada, que es la de 27 de Diciembre de 1895, y poner también á continuación la rectificación del Sr. Jado y Ventades, íntegra, aunque en ella se contienen conceptos ya expuestos en el capítulo anterior.

Hé aquí los considerandos :

«Considerando que las leyes XIV y XVIII, título XX, del
»Fuero de Vizcaya, regulando en términos precisos la facultad de disponer de los bienes raíces, prohíben hacerlo en
»favor de extraños tan sólo cuando el dueño tuviere descendientes, ascendientes ó colaterales tronqueros dentro del
»cuarto grado, siguiéndose de ello, como lo tiene declarado
»este Tribunal Supremo, que si careciese de tales herederos y parientes colaterales, puede disponer libremente de
»todos sus bienes raíces, aunque estén sitos en el infanzonado:

»Considerando que, conforme á esta regla de Derecho positivo, el que comprare bienes, no por retracto de abolengo, sino mediante venta libre hecha por un extraño, puede disponer de ellos á su voluntad si careciese de descendientes y ascendientes, por ser indudable que, no habiéndolos poseído persona alguna de la familia del comprador, no puede éste tener parientes colaterales tronqueros, cali-

(1) *Derecho civil de Vizcaya*: Bilbao, 1900.

»dad ésta indispensable, según las leyes y según la misma
»sentencia de 1868, invocada en apoyo del recurso, para
»que los colaterales deban heredar por derecho de tronca-
»lidad:

»Considerando que la ley XVI del mismo título XX no
»contiene precepto alguno del que pueda inferirse que los
»parientes colaterales del comprador de bienes raíces deban
»heredarlos por derecho propio sin ser tronqueros, pues
»dicha ley tiene por único y exclusivo objeto consagrar el
»principio necesario para llevar como lleva el Fuero hasta
»sus últimas consecuencias lógicas al régimen troncal, de
»que la propiedad patrimonial y de abolengo no pierde este
»carácter mientras se conserve en la familia, aunque se hu-
»biere transmitido de uno á otro miembro de ella por título
»de compra; y por eso la ley, en su primera parte, no equi-
»para los bienes comprados á los heredados, lo que implica-
»ría una modificación de su calidad, transcendente al dere-
»cho de sucesión, sino que tan solamente equipara, lo cual
»es sustancialmente distinto, los títulos de adquirir la pro-
»piedad, ó sean la compra y la herencia, según claramente
»se colige de su texto y de su epígrafe; de suerte que, res-
»petando como respeta el legislador la diversa calidad que
»pueden tener los bienes comprados, atendida esta proce-
»dencia, es lógico consigo mismo cuando al determinar en
»la segunda parte de la ley los efectos de esa equiparación
»no concede derechos hereditarios distintos de los regula-
»dos por las demás leyes del Fuero, ni por tanto los concede
»á los parientes del comprador aunque no sean tronque-
»ros, sino tan solamente al heredero y profinco que, con-
»forme al mismo Fuero y según se heredan los demás bie-
»nes raíces, deban suceder en la cosa comprada, con lo cual
»manifiestamente excluye de la sucesión á los colaterales
»en quien no concurra la calidad de tronquero:

»Considerando que, según lo expuesto, el comprador
»tiene las mismas facultades y los mismos deberes respec-
»to á los bienes comprados que tendría si se le hubiera

»transmitido por título de herencia; y en su virtud, es manifiesto que si la compra se efectuó entre parientes y, por tanto, al amparo del retracto de familia, deberá el comprador que careciere de herederos descendientes ó ascendientes reservarla á los colaterales tronqueros que tuviere; y que, por el contrario, si los bienes se compraron á un extraño, podrá, á falta de aquellos herederos, disponerse de ellos libremente con el mismo derecho que en igualdad de circunstancias podría hacerlo el dueño de bienes heredados de un extraño, y también el que los hubiere heredado de abolengo, si además de no tener ascendientes ni descendientes careciere de colaterales tronqueros, porque en todos estos casos existe la misma razón legal en favor de la libertad de la propiedad, que consiste en la falta de colaterales con derecho á suceder forzosamente:

»Considerando, en consecuencia de todo ello, que tratándose en este pleito del derecho á suceder en una finca comprada á persona extraña á la familia del comprador, respecto á la cual no cabe la existencia de colaterales tronqueros, es evidente que al reconocer en el testador la facultad de dejarla á su mujer, prescindiendo de sus hermanos, no se infringe la mencionada ley XVI ni las sentencias de este Tribunal Supremo, invocadas en apoyo del recurso.»

La rectificación del Sr. Jado y Ventades se refiere á afirmar que el objeto de la ley XVI, tít. XX, «no fué el de llevar hasta sus últimas consecuencias el régimen troncal, *de que la propiedad patrimonial y de abolengo no pierde este carácter mientras se conserve en la familia, aunque se hubiere transmitido de uno á otro miembro de ella por título de compra*, limitando así los efectos de esa ley á la compra que se hace entre parientes, á la hecha *al amparo del retracto de familia*. Esas consecuencias ya se deducen bien claramente, aunque no existiese la ley XVI, de otras leyes: de la II, tít. XVII, que dispone que cuando los bienes *no se compraron á extraño*, sino que venían y depen-

»dían del trono y línea del marido ó de la mujer, sean pre-
»feridos para la compra los profincos de aquella línea de
»donde los hubieron; esto para los efectos de ejercitar el
»retracto foral; y para los efectos de la sucesión tenemos la
»ley VIII, tít. XX, según la cual, los raíces *comprados al*
»*tronco* del marido los han de heredar los *profincos suyos*,
»y los comprados al tronco de la mujer, *sus profincos*. En
»nuestro entender, continúa el Sr. Jado, el objeto de esa
»ley XVI es el de evitar que los bienes raíces comprados,
»especialmente los comprados á *persona extraña*, sean ha-
»bidos ó considerados como bienes muebles, no en cuanto
»á su naturaleza, porque no pueden confundirse, sino en
»cuanto á poder disponer de ellos con perjuicio de los he-
»rederos: nos explicaremos.

»Según el Fuero Viejo, eran herederos de la raíz los des-
»cendientes, los ascendientes y los profincos de traviesa ó
»colaterales, sin que las leyes que así lo establecían exigie-
»sen en éstos, al menos expresamente, la calidad de tron-
»queros; pero, según esas mismas leyes, podía disponerse
»libremente *de todos los bienes muebles*, lo mismo cuando
»hubiese descendientes ó ascendientes que cuando no los
»hubiese. La costumbre de Vizcaya, antes de escribirse el
»Fuero, tenía admitido que de los bienes raíces que se ha-
»bían adquirido por compra se podía disponer libremente,
»y, por consiguiente, esos bienes se donaban ó dejaban á
»extraños, y para este efecto, para disponer de ellos por
»testamento ó donación, se consideraban *como bienes mue-*
»*bles*. Esto, como es consiguiente, redundaba en perjuicio
»de los herederos todos, aunque fuesen descendientes ó as-
»cendientes, pues podían verse privados en absoluto de he-
»redar, y para remediarlo — y á continuación de la ley que
»permitía disponer libremente de todos los bienes mue-
»bles — se estableció en el Fuero Viejo la siguiente ley:

»Otroxi dixerón por quanto fasta agora en Vizcaya habia por
uso é costumbre que todos los bienes raices que alguno comprare
fuesen havidos en su vida por bienes muebles para facer de ellos lo

que quisiere é darlos como los otros bienes muebles, lo cual dijeron que era gran perjuicio de losijos legitimos herederos, por ende dijeron que ordenaban é establecieron por ley que toda tierra ó heredad ó bienes raices que ansi fueren comprados sean habidos por bienes raices non por muebles, é los tales bienes raices non puedan ser dados ni mandados á extraño ni á otros alguno salvo á heredero ó herederos que de derecho deban haber é heredar sus bienes según que los otros bienes raices.

»Al decir esta ley que los bienes comprados sean habidos *por raices*, y que no puedan ser dados ni mandados á extraño, sino al heredero ó herederos que deben heredar *los otros bienes raices*, equipara los comprados á los heredados, y no distingue entre la compra hecha á persona extraña y la hecha á parientes *al amparo del retracto de familia*, ni podía distinguir, porque si se limitaba á esta última, no conseguía su objeto, que era el de derogar la costumbre que la misma ley nos dice existía de considerar á los bienes raices comprados como si fueren muebles para disponer de ellos con perjuicio de los herederos, pues se hubiesen seguido considerando como tales bienes muebles los adquiridos por compra hecha á persona extraña, y, por tanto, disponiéndose de ellos lo mismo que antes, como muebles, aun habiendo descendientes y ascendientes, y con notorio perjuicio de éstos.

»El Fuero vigente permite disponer en favor de extraños *de todos los bienes muebles* cuando sólo hay profincos colaterales; pero no si hay herederos descendientes ó ascendientes, pues en este caso no permite disponer más que del quinto de la herencia, si ese quinto existe en *bienes muebles*; y á pesar de esto reproduce en la ley XVI, título XX, la ley del Fuero Viejo que hemos copiado, porque así evita el que la raíz comprada pueda ser considerada *como mueble* para poder disponer de ella con perjuicio de los herederos aun en cuanto á ese quinto, pues toda raíz, sea comprada á pariente ó á extraño, sea heredada, ha de pasar intacta á los herederos.

C) *La propiedad minera*. — El gran desarrollo industrial

operado en Vizcaya desde que terminó la última guerra civil, debido á la riqueza extraordinaria de su subsuelo, hizo dudar á alguien si la propiedad minera estaría ó no sometida al principio troncal. Pronto el acicate del interés llevó á los Tribunales esta cuestión, á la que sólo podía dar apariencias de tal una rigurosa aplicación del tecnicismo jurídico; pero hoy día puede considerarse ya definitivamente resuelta por el Tribunal Supremo con un buen sentido digno de todo encomio.

Cierto que los bienes *raíces* son de los que, según la tecnología del Código, llamamos inmuebles; cierto que las minas son inmuebles también; pero aquí no se da aquello de que dos cosas iguales á una tercera son iguales entre sí, ó, mejor dicho, no hay términos hábiles para hacer discreta aplicación de ese principio.

No es el Fuero ley de sutileza ni de escolásticas distinciones, sino que, como él mismo dice, es más bien ley de albedrío que llanamente debe entenderse; por eso resulta muy de abogado al uso el interpretarlo, tomando por clave para descifrar su sentido clasificaciones, tecnicismos y principios flamantes de textos legales nacidos en otras épocas y al calor de otras circunstancias: es la mejor manera de hacer decir al viejo legislador vizcaíno lo que jamás pasó por su mente.

Prescindamos de toda la complicada clasificación de bienes á que ha llegado la ciencia del Derecho civil, porque no hay indicios de que el Fuero la tuviese en cuenta, y con las leyes del mismo por delante, preguntémos: al hablar el Fuero de *raíz*, ¿empleó esta palabra como sinónima de inmueble?; ¿quiso comprender en ella todo lo que, por ejemplo, tiene este carácter según el art. 334 del Código civil?; ¿estuvo en su propósito el aludir á las minas?

Cualquiera que desapasionadamente, y sin el deseo de suscitar cuestiones tribonianas, una y otra vez lea las leyes del Fuero, comprenderá que éste no usó de esa pretendida sinonimia; no dictó sus leyes para los actuales poderosos

mineros de Bilbao, sino para los modestos caseros de Echevarría y Berriatúa; no supuso que las entrañas de Somorrostro habrían de suministrar nuevos motivos para que la raza demostrara su espíritu emprendedor; sólo tuvo en cuenta los tranquilos y apacibles montes de Xemein, donde los cultivadores de la tierra desenvuelven su vida con ese holgado bienestar que hace innecesaria en aquellos lugares la solución del problema agrario. En una palabra: al hablar de bienes raíces, no se refirió á las minas; no fué su propósito el comprenderlas en esa denominación general. Los *raíces* del Fuero, á la legua se distinguen como raíces *rústicos*, y más que rústicos (puesto que las minas también lo son, al menos para el Registro de la propiedad), raíces cuyos aprovechamiento y explotación tienen un carácter esencialmente agrícola.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo al decir en la sentencia de 23 de Febrero de 1882 «que no hay antecedentes de haberse ejercitado en Vizcaya, respecto á minas, el derecho de troncalidad, ni que, á pesar de los frecuentes contratos de venta que de ellas se verifican, hayan sido objeto de retracto; que las leyes especiales de privilegio y restrictivas del libre ejercicio del derecho de propiedad del Fuero de Vizcaya son de estricta interpretación, y no pueden extenderse á cosas y casos que no estén claramente comprendidos en sus preceptos, los cuales no alcanzan al subsuelo de la tierra llana de Vizcaya»; al repetir en la sentencia de 23 de Diciembre de 1885 «que las participaciones mineras, según doctrina establecida, no son bienes raíces de los que la ley del Fuero de Vizcaya sujeta al derecho de troncalidad»; y al reafirmar en la de 14 de Abril de 1886 «que las minas, aunque radicantes en el Señorío de Vizcaya, no forman parte de los bienes sujetos al Fuero de troncalidad».

D) *Los censos*. — Después de lo dicho acerca de las minas, fácil es colegir que creo que los censos se encuentran en el mismo caso, por entender que el Fuero tampoco quiso com-

prenderlos en la denominación de *raíces*. Es preciso declarar de una vez para siempre que el Fuero, al decir *raíces*, no quiso decir inmuebles; si así no se entendiese, habría que convenir en que las concesiones administrativas de obras públicas y los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones á permanecer en un punto fijo de un río, lago ó costa (1), están sujetos á la troncalidad, puesto que por inmuebles los diputa el art. 334 del Código civil. ¡Á cuántas estafalarias conclusiones conduce cierto género de interpretaciones!

No tengo noticia de que el Tribunal Supremo haya resuelto esta cuestión de los censos; de suponer es que, si el caso llega, se inspirará en el criterio adoptado respecto de la propiedad minera. Sólo conozco un pleito que se falló en el Juzgado de Marquina, en el que mi querido amigo el juez Sr. Unceta mantuvo la opinión que creo acertada; posteriormente me indicaron que la Audiencia de Burgos confirmó el fallo en cuanto á este extremo, y que el afamado jurisconsulto vizcaíno Sr. Lecanda, tan conocedor del espíritu del Fuero, compartió, en consulta particular, las opiniones del juez de Marquina y de la Audiencia de Burgos. Ignoro si la cuestión llegó al Supremo.

(1) Números 9 y 10 del art. 334 del Código civil.

CAPÍTULO VII

Continúa el estudio de la sucesión testada. — El testamento por comisario. — Del testamento de hermandad. — Del testamento ilburuco. — De la sucesión intestada. — Medios prácticos de atenuar sus inconvenientes.

Estudiado ya el fondo de la sucesión testada, según el Fuero, réstame, para terminar esta materia, ocuparme de los medios prácticos que el Derecho de Vizcaya reconoce para llevar á cabo el contenido de las disposiciones cuyo examen he venido haciendo; esto es, procede ahora que nos detengamos, aunque ya más á la ligera, en lo que comúnmente se llaman formas de testamento; y claro es que, usándose y guardándose en Vizcaya algunas de ellas que son de Derecho castellano y que el Fuero no ha llegado á consignar de un modo expreso, no es de éstas de las que debo hacer mención, sino de aquellas otras que, por estar en el Fuero mismo, aunque de abolengo castellano también, ofrecen algunas diferencias de reglamentación, dignas de ser tenidas en cuenta.

Las mismas instituciones de Castilla, cuando reflexivamente han sido consideradas por el legislador vizcaíno, pueden mostrarnos particularidades muy significativas, por cuanto son capaces de hacer entender cómo se dan en este medio social instituciones ya ensayadas en otros distintos, y, no solamente esto, sino que hasta pueden ponernos de manifiesto razones especiales en su apoyo que no se han

dejado sentir por las mismas circunstancias del medio en los lugares sometidos á la legislación común.

Tal ocurre, á mi entender, con una de las formas ó maneras de hacer testamento: con el testamento por comisario ó mandatario.

Sumner Maine ha hecho notar (1), con la finura de ingenio que es una de las galas de su talento, cómo no siempre la manifestación de la última voluntad ha revestido los caracteres que modernamente se le atribuyen con el calificativo de esenciales; y estudiando la evolución de las formas del testamento romano, al considerar el llamado mancipatorio, hace constar que ni era revocable ni secreto, y que por la semejanza entre dicho testamento y la compra, y por la naturaleza misma de la mancipación, hay que creer que el heredero era investido de la herencia inmediatamente, aun en el caso de sobrevivir al testador.

Cuánto se aparta el concepto de testamento que con estas ideas se forma del hoy reinante en las escuelas y en los Códigos, no tengo para qué decirlo.

Desde las aulas venimos oyendo que el testamento es un acto esencialmente revocable, que sólo produce sus efectos por muerte de su autor, y en la irreflexión con que se asimila uno las primeras nociones de todas las cosas, llegamos á considerar esto como axiomático, no ya tan sólo en el orden del derecho positivo vigente, sino en el del positivo histórico, y aun en pura filosofía del Derecho.

Afirmase hoy también que el testamento es un acto *personalísimo* (y éste es el carácter que más interesa considerar al tratar del testamento por comisario), puesto que el manifestar nuestra última voluntad acerca de lo que ha de hacerse con nuestros bienes después de nuestra muerte, no puede encomendarse á nadie en todo ni en parte.

Confieso que, á pesar del tono axiomático de esta afirma-

(1) *El Derecho antiguo*, capítulo VI.

ción, hace ya bastante tiempo que tras no pocas meditaciones he venido á dar en el convencimiento de que no repugna á la naturaleza del testamento el que pueda otorgarse por comisario ó mandatario, ó, lo que es lo mismo, que no encuentre ese carácter de personalísimo con que se le adorna para cerrar la puerta á la innovación que en Castilla introdujo el Fuero Real, y que ha conservado, en mi opinión con muy buen sentido, el de Vizcaya.

¿Dícese que el testamento es un acto personalísimo porque sencillamente se trata de evitar fraudes á que la legislación de Castilla haya podido dar lugar en este punto, ó porque para ello existe una poderosa razón de orden propiamente jurídico? De todo hay en lo que alegan los que tal afirman. Reconocen los fraudes pasados; pero como si pensasen que la sola razón de impedir abusos (posibles siempre en todas las instituciones humanas) no fuese bastante para cortar de raíz una manifestación de la vida jurídica que cuenta con una cierta tradición en el país, encastíllanse á seguida en decir que la voluntad no puede enajenarse, que no es moralmente posible que otra persona distinta de nosotros exprese lo que de modo algo convencional se viene llamando nuestra última voluntad.

Esto implica ya un motivo del orden jurídico, al menos en apariencia.

Que la voluntad no puede enajenarse; que no puede otra persona querer ó dejar de querer por nosotros mismos, ni temporal ni momentáneamente; que si alguien pretendiese anular de tal modo esa facultad de su espíritu, no lo conseguiría, porque á pesar de todos los pactos, en lo íntimo de su persona seguiría queriendo ó dejando de querer *libremente*, con absoluta independencia de las voliciones de su pretendido *alter ego*, téngolo por incuestionable.

Que la expresión de las concreciones de nuestra voluntad puede ser encomendada á otro ser de Derecho, repúto por no menos evidente. ¿Y cómo no, si precisamente esta posibilidad es cimiento sólido de uno de los principios de

Derecho más fecundos en prácticas é importantes consecuencias? ¿Cómo no, si en ello estriba nada menos que la teoría de la representación? Aplicaciones del principio de la representación vemos á diario en el comercio privado de los hombres, que no podría sin ellas mantenerse por la complejidad y el progresivo crecimiento del número de las relaciones sociales: aplicaciones del mismo principio nos ofrece en todos los grados de sus jerarquías la organización del Estado, ya que ésta, en los pueblos modernos, sólo organizándose *representativamente* es como se estima que está en vías de poder satisfacer las necesidades de la época, y que está de acuerdo con la corriente de los tiempos.

Es incalculable el número y la entidad de los actos á que se aplica, para fines realmente útiles, la doctrina de la representación, y no por ello se entiende ni se ha entendido nunca que se abdica de la voluntad propia, que se enajena una de las facultades inherentes á la personalidad. Esta sencilla consideración de sano sentido común, lo demuestra en mi opinión de un modo indudable: si yo doy poder á otro para que haga algo por mí, ó posee instrucciones expresas mías, ó tengo el convencimiento de que, conociendo el asunto de que se trate tan bien como yo, é inspirado por mi mismo criterio, identificado con mi modo de pensar, hará en su gestión cuanto yo haría y en iguales términos y condiciones. ¿Hay aquí enajenación de voluntad? Antes, por el contrario, al conferir el mandato, ¿no afirmo una vez más mi voluntad propia, puesto que sólo bajo el supuesto de que se ha de obrar *como yo obraría* lo otorgo y confiero?

En lugar de enajenación en el caso de mandato, ¿no hay una comunicación, una cierta especie de extensión á terceras personas de mi voluntad propia? ¿No amplío la esfera de acción de esa facultad de mi espíritu, puesto que pongo al servicio de sus voliciones nuevos medios de ejecución?

No sé por qué se ha planteado este problema ó se ha sus-

citado esta dificultad al tratar del testamento por comisario y no con motivo de otra clase de actos que no ceden en importancia al de la manifestación de lo que se viene llamando *última voluntad*. ¿Existe alguna razón especial que haga que este problema se dé en el testamento y no en otros actos jurídicos influidos frecuentemente por el principio de la representación? No la encuentro. ¿Por qué esta diferencia entre la expresión de la *última voluntad* y la de la que no se califica de última? Sólo se me alcanza, como fundamento de este punto de vista que combato, el carácter excepcional que de antiguo se viene dando á todo lo que al testamento se refiere, y la benevolencia y el amparo (así se desprende del lenguaje de los autores) que la ley ha otorgado siempre á la manifestación de la última voluntad.

Pero sobre ese carácter excepcional es menester reflexionar un momento: las distintas instituciones jurídicas presentan cada una á la mirada del observador un doble aspecto, que conviene ahora tener en cuenta para la mejor comprensión del asunto á que me refiero.

Hay algo en cada una de ellas que es propio y peculiar de las mismas, y que está determinado por el fin útil que mediante las tales instituciones se viene á lograr en la vida social; ese algo es lo que les da el carácter de tales instituciones sustantivas; por ejemplo, el contrato, el matrimonio. Pero coexistiendo con ese algo propio de cada una de ellas, es innegable que existen entre las mismas recíprocas relaciones, que pueden notarse en el acto, al parecer, más insignificante de la vida civil, y que determinan influencias mutuas de tal manera, que en ciertos aspectos el contenido de una institución jurídica está en realidad sometido á las condiciones que son propias de otra. Sin salirme del ejemplo antes citado, basta para comprender esta última afirmación el observar cómo la institución *contrato* influye en la institución *matrimonio* al suministrar la forma civil del acto, y cómo el matrimonio mismo, ocasionando modificaciones de la capacidad individual, determina alteraciones de los que

con más ó menos propiedad pudieran llamarse preceptos ideales del contrato.

Pues bien: considerada la cuestión desde este punto de vista, es claro que la testamentifacción ofrece, en el conjunto de condiciones que la constituyen, un fondo de derecho, al que, aunque no con exactitud de frase ni de concepto, se puede atribuir ese carácter excepcional; fondo que está determinado por la naturaleza del fin útil que mediante el testamento se logra y que es de todo en todo distinto del que se alcanza mediante el contrato ó el matrimonio. Pero de esto á negar que la testamentifacción pueda estar influida y lo esté de hecho por otras instituciones jurídicas, hay una notable diferencia. No puede legalmente hacerse en un testamento nada que contradiga los principios sobre que se basa la institución de la patria potestad; hé aquí una patente influencia de una institución sobre otra, sin que valga alegar excepciones, que el buen sentido y la moral rechazan.

Ahora bien: del mismo modo que estas influencias se dan en cuanto al fondo de la institución, ejércense también en cuanto á la forma, puesto que la testamentifacción tiene una forma que no puede dejar de ser jurídica.

Es institución formal por excelencia la que se refiere al principio de la representación en los actos jurídicos, principio que, como antes he indicado, lleva su influencia hasta la organización misma del estado social; y como quiera que lo que hay de propio, de peculiar ó de *excepcional*, como frecuentemente se dice, en el ejercicio de la testamentifacción es tan sólo lo que está determinado por su fin útil, claro es que en todo aquello que no se nos presente por esos motivos determinado, no es lícito ver carácter alguno *excepcional* ni dejar de admitir influencias de otras instituciones que, como ésta del principio de representación, por ser meramente formales, no contradice ni desvirtúa el fondo útil y ético del testamento.

De todo lo cual se deduce que en buenas doctrinas, y

salvo la antijurídica razón de evitar abusos (siempre posibles en lo humano), no hay motivo alguno racional que oponer á que el principio de la representación influya en la forma de ejercicio de la testamentifacción activa, y á que las leyes civiles reconozcan la forma que se llama testamento por comisario ó mandatario.

El Fuero admite esta clase de testamento, y aparte de las razones apuntadas, existen en Vizcaya otros poderosos motivos que aconsejan la subsistencia del testamento por comisario.

Recuérdese cómo en Vizcaya es base y fundamento de sus instituciones civiles la libertad de testar tal como la he dejado explicada. La indivisibilidad de la casería demandaba que la ley suministrase medios que permitiesen mantener, sin agravio de ningún derecho, su presente y tradicional indivisión. Para esto se atribuye á los padres la libertad de disponer por testamento, usando de la fórmula de apartación; el hecho importantísimo de fijar el tanto de participación de cada heredero en el *as* hereditario, no incumbe á la ley, sino al testador, quien, como he dicho en otro lugar, necesita para proceder en justicia traer á reflexión, no solamente la naturaleza especial de los bienes de que disponga, sino las peculiares aptitudes de cada uno de los herederos. Ahora bien: imposible que el causante de una herencia pueda formar juicio de cuál es la solución oportuna en el negocio del reparto de sus bienes, si carece de los datos necesarios para elaborar dicho juicio. Tal ocurre cuando en el momento en que el testamento ha de hacerse, si se quiere obrar con prudente previsión para evitar las consecuencias de un *abintestato*, los hijos ó herederos están aún en la primera infancia, de tal suerte que no sea tiempo todavía de que las condiciones de carácter y demás circunstancias dignas de tenerse en cuenta hayan podido manifestarse con la claridad suficiente.

Por otra parte, el hecho de morir *ab intestato*, imponiendo un reparto igualitario de los bienes relictos (por más

que contra este mal se haya encontrado, hasta cierto punto, remedio fuera de la ley en Vizcaya, como más adelante veremos), podría conducir, sobre todo en el caso de graves desavenencias familiares, á la división de la casería. De donde se deduce que el ejercicio de la testamentifacción activa en Vizcaya se presenta, dada la naturaleza de la propiedad inmueble, con el carácter de necesario.

Pero ¿cómo disponer de los bienes dejando á un hijo la integridad de la casería, otorgando una dote á la hija, fijando á otra una pensión, apartando á otro, etc., si los hijos son aún, no solamente menores, sino infantes, y el que tal disposición ha de hacer ignora á cuál de ellos la fortuna le permitirá hacer un capital independiente del paterno, en cuál otro se darán las condiciones apetecidas para continuar el cultivo, y cuál se verá afligido por incurable enfermedad?

Según la usanza castellana, este problema se resolvería muy fácilmente otorgando testamento é instituyendo por herederos á todos por iguales partes. Pero esto ya hemos visto que ni puede ni debe ser, porque ni la casería debe dividirse, ni da lo mismo que vaya á uno ó á otro de los herederos, sino que debe ir precisamente á aquel de los hijos en quien concurren las especiales circunstancias que á tal disposición le hagan acreedor.

No queda, pues, otro recurso para ocurrir á estos inconvenientes que hacer uso del mandato, del principio de la representación. Si por las razones apuntadas no es discreto ni oportuno que yo haga en este instante mi testamento, puedo encomendar esta función á quien está identificado con mi modo de pensar, á quien no puedo moralmente tener por sospechoso de codicia ni de fraude, á quien tiene tanto interés como yo en que este negocio se resuelva en justicia.

Por esto en Vizcaya es lo corriente que el poder testatorio se otorgue entre cónyuges y en el contrato de capitulaciones matrimoniales, siendo verdaderamente raro que

se confiera este mandato á parientes y amigos, por más que no lo prohiba el Fuero.

La ley III, tít. XXI, que es la que trata de la materia, presenta en su redacción una claridad grande en cuanto á los motivos especiales que en Vizcaya han dado nacimiento al testamento por comisario, y que no son otros que los que he indicado.

Dice así:

*«De los Comisarios y como pueden elegir herederos.—*Otrosi, dixeron: Que havian de Fuero, uso, y costumbre, y establecian por Ley, que por quanto muchos en su fin, no pueden ordenar, ni hacer sus Testamentos, y mandas, ó aunque pueden no quieren declarar su postrimera voluntad; y dan poder á algunos, sus partes, ó amigos, ó Muger al Marido, ó el Marido á la Muger, para que fallecido el que havia de testar, hagan los tales Comisarios el tal Testamento, y institucion, ó instituciones de herederos; puede ser que el tal fallecido ha dexado Hijos, ó decendientes, ó profincos, que le han de suceder, pupilos, y pequeños, y de tal edad, y condicion, y calidad, que los Comisarios no pueden convenientemente elegir, ni instituir entre los tales menores, qual es mas idóneo, ó hábil, ó suficiente, ó conveniente á la Casa, para heredar, ó regir toda la Casa, y Caseria; y á esta causa por hacerse las tales elecciones entre niños, y tan breve, á vezes no suceden bien. Por ende, que establecian, que el tal poder, y comission valiesse; con que los Comissarios, puedan hacer la eleccion, y institucion, y nombramiento de heredero, ó herederos, si los hijos, ó decendientes, ó profincos, é tronquero del Testador, fueren al tiempo que el Testador fallece de edad de poderse casar; y en tal caso, tengan los tales Comissarios termino de año, y dia, para hacer la tal institucion, ó instituciones: Pero si los tales hijos, ó successores fueren de edad pupilar, los Comissarios tengan término para instituir todo el tiempo, que los tales hijos, ó successores, fueren menores de edad, y disposicion de se poder casar, é dende un año cumplido, y dentro de este término, en qualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal eleccion, ó institucion. Y la tal institucion que hicieren; vala, no embargante que el Testador en su Testamento, é postrimera voluntad, no haya nombrado, ni declarado á qual de sus hijos, ó decendientes, ó successores le hayan de heredar, ó los Comissarios nombrar, y elegir. Pero si acaece, que en tal transcurso de tiempo, alguno, ó algunos de los tales Comissarios fallecen sin hacer la dicha eleccion, que en qual-

quier, ó cualesquier Comissarios que vivos quedaren, quede la dicha facultad *in solidum*.»

Del texto de esta ley se deduce que el poder testatorio se otorga, ó bien cuando *en fin de los días* no se puede declarar la última voluntad, ó bien cuando, pudiéndose hacer, no se quiere, sin embargo, otorgar tal declaración: la ley prevé el caso de no querer y el de no poder; de manera que resulta bien claro que el testamento por comisario no ha sido instituído únicamente para los casos de urgencia en los que no es posible otorgar testamento (pues el que puede hacer un poder bien puede declarar su última voluntad), sino también para aquellos otros en que, habiendo tiempo de sobra, no quiere el testador manifestar su última y deliberada voluntad, porque desconoce los datos que debe tener en cuenta para formularla.

La mente del testador, siempre, y más en Vizcaya, por la especial naturaleza de la propiedad rústica, debe considerar dos órdenes de factores: uno, el que representan los que han de heredar; otro, el que reside en las cosas que se dan en herencia; y no sólo ha de considerar estos factores aisladamente, sino también en sus relaciones mutuas. Ambos son esenciales para una justa distribución del haber hereditario; si uno de ellos falta, ó, lo que es lo mismo, si carece todavía de la entidad suficiente para tenerlo en cuenta en su exacto valor, la disposición verdaderamente justa es imposible.

Á este supuesto de hecho, á que antes he aludido como uno de los motivos del precepto en el Fuero, alude la ley III del tít. XXI cuando habla del caso de que los hijos y sucesores sean de edad pupilar en el momento de la muerte del causante, pues entonces tendrán los comisarios, para hacer la elección, no solamente el término de año y día, sino todo el tiempo que fuesen menores de edad, más el año que acaba de indicar.

Concluyo, pues, de todo lo expuesto, que no estando en

oposición el testamento por comisario con ningún fundamento de derecho de la teoría de la sucesión *mortis causa*, antes, por el contrario, siendo aplicación rigurosa de doctrinas jurídicas unánimemente aceptadas, y contribuyendo á conseguir el fin inmediato de evitar las muertes sin testamento y el mediato de la indivisión de la casería, debe conservarse en el Derecho foral de Vizcaya, por abonar su existencia, repito, motivos jurídicos del orden general y razones peculiares del territorio en donde rige la legislación que estudio.

No tengo para qué decir que, según la ley antes inserta, el comisario tiene en Vizcaya amplias facultades para la designación del heredero: las limitaciones de las leyes de Toro introducidas por los juristas no concuerdan en cuanto á la libertad del comisario con los preceptos del Fuero: ni podía ser de otra manera, porque desde el momento en que el comisario «*no pueda por virtud de tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoría del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ni descendientes del testador, ni les pueda substituir vulgar ni pupilar, ni exemplarmente, ni facerles substitucion alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes, etc.*» (1), quedarían completamente contrariados los motivos de la ley del Fuero y los fines sociales y jurídicos que se propone conseguir, y que de hecho consigue en la práctica.

*
* *

Otras de las formas de testamento conocidas en Vizcaya es aquella cuya especialidad consiste en que sean dos las personas que en un solo acto otorguen su última dis-

(1) Ley 31 de Toro.

posición. Me refiero al testamento llamado de hermandad (nombre genérico), el cual podía ser, según nuestros antiguos tratadistas, de dos maneras: simplemente *conjunto*, denominado así en el caso de que los testadores dispusiesen en favor de terceras personas, y mutuo, cuando ellos mismos recíprocamente eran los instituyentes y los instituidos.

De las cuestiones á que dió lugar en la práctica de los Tribunales esta clase de testamento, he de hacer gracia al lector; de una parte, porque las principales de ellas, como son las que se refieren á la revocación, están resueltas en el Fuero con mejor ó peor fortuna; y de otra, porque, como en seguida diré, no considero que esta institución tiene gran importancia en el organismo del Derecho civil de Vizcaya.

La ley I del tít. XXI dice así:

«Del Testamento que Marido, y Muger hacen juntos, y en qué casos el que queda vivo lo puede revocar. — Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que si el Marido en su fin, ó enfermedad, ó sanidad, y su Muger, hicieren Testamento, y mandas de un acuerdo, y consejo; ó el Testamento que hiciere el uno, el otro lo loare, y aprobare por bueno, ó ratificare en vida del Testador que muere; que el tal Testamento, ó manda, y institucion, é instituciones, en el tal Testamento contenidas, valgan, y sean valederas; y que si el uno de ellos falleciere desde el tiempo del tal Testamento, dentro de año, y día; el que de ellos quedare vivo, no lo pueda revocar, ni vender, ni enagenar bienes algunos de los contenidos en el tal Testamento, ó manda, ni disponer de ellos otra cosa alguna de lo contenido en el tal Testamento: ni por deudas, que despues haga el tal que vivo queda, se vendan, ni execute: Con que pueda disponer del usufruto de su meytad, sin daño de la propiedad, todo el tiempo que viviere, á su voluntad: Pero si ambos llegaren á vivir dende año, y día, cada uno de ellos lo pueda revocar, y disponer otra qualquier última, y postrimera voluntad »

Del precedente texto legal parece deducirse que el Fuero ha establecido esta forma de testamento solamente para que pueda ser utilizado por cónyuges y no por personas que no estén precisamente en esta especial relación de pa-

rentesco; que el Fuero sólo ha previsto el caso del que antes he llamado, siguiendo el antiguo tecnicismo, testamento conjunto, pero no el del denominado mutuo, y, por último, que para que el testamento de hermandad exista no es indispensable que por los dos disponentes se otorgue en un solo acto, pues basta que después de otorgado por uno de ellos, el otro lo loe ó apruebe, como dice el Fuero, para que tal aprobación, unida al testamento sobre que recae, surta los efectos del verdadero testamento de hermandad.

Por más que he meditado acerca del enlace que pueda tener esta clase de testamento con el fondo de las instituciones civiles vizcaínas, y especialmente con lo que en este Derecho es base de la doctrina de la sucesión testada, confieso que no alcanzo á ver ninguna relación directa ni indirecta que entrañe la suficiente importancia para considerar el testamento de hermandad como una rueda indispensable en el organismo del derecho sucesorio de Vizcaya.

El testamento por comisario, aunque institución meramente formal que no altera el fondo de las facultades de los testadores ni de los derechos de los herederos, tiende á conseguir, si bien de un modo indirecto, la indivisión de la casería, puesto que evitar los fallecimientos *ab intestato* vale tanto como suministrar los medios para que los particulares, en justo ejercicio de su libertad civil, mantengan la repetida indivisión. Pero en el testamento de hermandad no se vislumbra que el mero hecho de la concurrencia de dos testadores en un solo acto de última voluntad pueda constituir por sí una garantía, aunque formal, del fin sustantivo que el Fuero se propone al organizar los preceptos todos de la sucesión testada; y como, por otra parte, esa concurrencia no añade condiciones de autenticidad ni de mayor facilidad en la prueba del acto, de aquí que estime, como acabo de apuntar, que el testamento conjunto no es una rueda indispensable en el Derecho civil de Vizcaya, sino una mera adaptación dentro de este Derecho, no aconsejada tampoco por razones peculiares de la tierra llana ó infanzonada.

Puesto á pensar en la concordancia de esta clase de testamento con el sentido general de la doctrina de la sucesión testada en Vizcaya, sólo se me ocurre alguna razón en su defensa, aunque no en verdad fecunda en consecuencias prácticas. Pudiera quizá parecer, en el natural deseo de no ver en el Fuero nada que no tuviese un sólido fundamento, que, puesto que, según esta legislación foral, las facultades de los testadores son tan grandes respecto de los herederos que, aun tratándose de hijos, pueden llegar hasta la desheredación, apartando á todos menos al instituido, ha querido, quizá, la ley rodear la manifestación de la última voluntad del causante de mayores motivos de respeto, dando facilidades para que aparezca que la disposición de bienes que hagan los padres es producto de la deliberada voluntad y del acuerdo de ambos, y no de uno solo de ellos.

Quizá también se pudiera hallar cierta concordancia (más aparente y formal que efectiva y de fondo) entre el testamento de hermandad hecho por los cónyuges y el sistema de comunidad de bienes en el matrimonio que rige en Vizcaya, como más adelante veremos; pero, á pesar de todo ello, estimo de todo punto aventurado el afirmar que el testamento mancomunado sea una manifestación de los principios que informan el Derecho civil de Vizcaya, y considero que no sufrirían agravio tales principios aunque esta forma de testamento se borrara del Fuero.

*
* *

Creo, en cambio, que debe subsistir el llamado testamento *ilburuco*, pues aun cuando tampoco es derivación manifiesta de los principios del Fuero, viene á llenar una verdadera necesidad, no peculiar de Vizcaya, sino, por el contrario, igualmente sentida en todas partes.

Del testamento *ilburuco*, ó «á la cabecera de la muerte», se ocupa la ley IV del tít. XXI, que dice así:

«*Del testamento, que se hace sin Escrivano.* — Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que por quanto Vizcaya es tierra montañosa, y los Vecinos, é Moradores de ella moran desviados unos de otros; y al tiempo que alguno tiene necesidad de hacer Testamento, no puede haver copia de Escrivano público, ni de testigos, tantos, quantos requiere el Derecho: Por ende, dixeron: Que ordenaban, y ordenaron, que qualquier Home, ó Muger que en los tales Lugares de montaña hiciere su Testamento, y postrimera voluntad, en presencia de dos Homes buenos, Varones, y una Muger, que sean de buena fama, rogados y llamados para ello, valga el Testamento, y postrimera voluntad: Con que los tales Testigos se tomen ante Juez Ordinario, y con citacion de parte (es á saber) de los venientes abintestato mas profincos del día que muriere el Testador, dentro de sesenta dias, siendo el heredero, y los Testigos en la Tierra; ó siendo fuera el tal heredero dentro del mismo termino: El qual le corra, despues que viniere á la tierra. Y que si despues fueren tomados, no hagan fee, ni prueba, ni indicio sus dichos, hallandose los Testigos en la tierra: Pero siendo fuera del Condado, la parte los nombre, y pruebe la ausencia de ellos, y como eran, al tiempo del Testamento en la tierra: Y pidiendolo la parte, el Juez le dé termino conveniente, dentro de los que pueda traer: Y tomandolos de otra manera, no hagan fee, segun dicho es: Y si de nuevo la parte los quisiere reproducir, lo pueda hacer en la forma que dicha es, y dentro del mismo termino: Con que el Registro Original, y lo que se oviere dado de ello, se rompa, y rasgue primero, ante, y en presencia de los mismos Testigos: Y assi rasgado, que puedan deponer la verdad de lo que saben.»

Los preceptos son claros, y sus motivos se perciben tan fácilmente que no creo preciso añadir una palabra más.

Como anécdota, tan sólo recordaré que, hablando de esta clase de testamento, decía en cátedra con toda formalidad no hace muchos años, y supongo que aun lo seguirá diciendo, un profesor de Historia del Derecho de una Universidad española, que la legislación vizcaína era tan sabia, que exigía precisamente la concurrencia de una mujer entre los testigos de este testamento especial, porque siendo de suyo habladoras las mujeres, garantizábase de este modo el que el testamento se cumpliese, ya que sería imposible la connivencia de los testigos para ocultar la última voluntad del causante, puesto que la mujer, por satisfacer el puro

gusto de hablar, publicaría á todos los vientos lo que el moribundo dispuso.

¡Todo sea por Dios, y Él conserve al profesor citado la agudeza de su ingenio jurídico!

No tengo para qué decir que la asistencia de la mujer entre los testigos de este testamento no es esencial, y que la racional explicación del precepto está en que, habiendo exigido el Ordenamiento de Alcalá (1), y después la Novísima Recopilación (2), la concurrencia de tres testigos en caso extremo, pero requiriendo que fuesen precisamente varones, el Fuero quiso facilitar aún más el otorgamiento de estos testamentos, y permitió que uno de dichos testigos fuese del sexo femenino. Esto es todo.

*
* *

De la sucesión intestada. — Poco he de detenerme en esta materia: su fundamento y los motivos de que la ley, en el supuesto de que el causante muera sin haber expresado su deliberada voluntad acerca de lo que quiere que se haga con sus bienes después de su muerte, fije los órdenes de sucesión llamando á las personas que, con el carácter de herederos *ab intestato*, han de disfrutar tales bienes, expuestos quedan, aunque sucintamente, en otro lugar de este trabajo.

El Fuero, por otra parte, es verdaderamente pobre en preceptos que á la sucesión intestada se refieran; y como quiera, según tengo repetidas veces dicho, que no es éste un libro de comentarios ó de glosas de los preceptos legales y de la jurisprudencia admitida, sino un trabajo encaminado á contribuir al estudio del espíritu del Fuero y á poner de manifiesto la manera como la gente vizcaína sien-

(1) Ley I, tit. XIX.

(2) Ley I, tit. XVIII, libro X.

te y vive su peculiar Derecho privado, pocas indicaciones me bastarán para demostrar que en esta materia lo importante no es precisamente lo que el Fuero dice, sino lo que fuera de la ley, aunque no en contra de ella, realizan los particulares en el ordinario comercio de la vida civil.

Veamos, sin embargo, lo que el Fuero dispone. La ley VIII del tit. XXI dice así:

«De la successión abintestato en bienes rayzes, y muebles.— Otrosi, dixeron: Que havian de Fuero, uso y costumbre, y establecian por Ley, que si algun Home, ó Muger muriere sin hacer Testamento, ni otra postrimera voluntad, y dexare Hijos legitimos, ó decendientes, aquellos hereden todos sus bienes por su grado, y orden: Y a falta de los Hijos, y decendientes, le sucedan, y sean herederos los acendientes por su grado, y orden (es á saber) en los bienes rayzes, los de aquella línea de donde dependen los tales bienes rayzes, ó tronco: Y á falta de acedientes, los parientes mas profincos, ó cercanos de la línea de donde dependen los tales bienes rayzes, y si el tal Defunto dexare bienes rayzes, que huvo heredado, ó adquirido de parte del Padre, hereden los parientes de aquella línea, por su orden, y grado, aunque viva la Madre, y si huviere bienes rayzes, que haya heredado de parte de la Madre, los parientes de parte de la Madre, en siguiente los hereden por su orden, y grado, sin parte del Padre, si vivo fuere: Y si fuere muerto, sin parte de los parientes, de parte del Padre, aunque sean mas cercanos en deudo, ó sangre. Pero en los bienes muebles, le sucedan todos los parientes del Padre, y de la Madre, igualmente por su orden, y grado, no haviendo acendientes; y si los parientes de parte del Padre, fueren mas que los de partes de la Madre; ó en contrario; en tal caso, los de partes del Padre, hereden la meytad, y los de la Madre la otra meytad. Salvo, si en su vida huviesse hecho el tal defunto, manda, ó donacion de los tales bienes muebles á alguno de los sus parientes, ó á otro extraño; y haviendo acendientes, los acendientes por su orden, hereden todos los bienes muebles, y semovientes, que el tal muerto dexare, que en qualquier manera los haya havido, y adquirido.»

Obsérvase en esta ley, ante todo, que la línea recta descendente es siempre y en todo caso la llamada en primer término á la sucesión intestada, sin que ni del espíritu ni de la letra del precepto se pueda racionalmente deducir

que el motivo de este llamamiento sea una razón de troncalidad, puesto que no por tronqueros se les instituye, sino por tales hijos y descendientes, como en otro lugar he afirmado al hablar de la sucesión testada.

Entrando después ya en otros órdenes de llamamientos, el Fuero establece en realidad dos clases de sucesión: una, inspirada francamente en el principio de troncalidad; y otra, que no presenta este carácter. Distingue, pues, entre la sucesión en bienes troncales y la que se verifica en bienes que no son de esta naturaleza.

De manera que al fijar el segundo orden de llamamientos, ó sea la línea recta ascendente, dice que hereden por su orden y grado en los bienes raíces «*los de aquella línea de donde dependen los tales bienes rayzes, ó tronco*». Y de igual modo, cuando á falta de ascendientes llama el Fuero á los colaterales, añade que han de ser los «*mas profincos, ó cercanos de la línea de donde dependen los tales bienes rayzes*», agregando, para mayor claridad, que «*si el defunto dexase bienes rayzes, que hubo heredado, ó adquirido de parte del Padre, hereden los parientes de aquella línea, por su orden, y grado, aunque viva la Madre*», etc.

Hé aquí, pues, en el segundo y tercer orden de llamamientos, ó sea en la sucesión de los ascendientes y de los colaterales, el principio troncal en todo su vigor, cuando se trata, como es de rigor, de bienes troncales, puesto que ya sabemos que la relación troncal es mixta de personal y real.

Porque cuando se trata de bienes muebles, ó, lo que es lo mismo para la cuestión á que me refiero, de inmuebles, respecto de los cuales no existen parientes que se puedan llamar tronqueros, entonces, claro es que no hay términos hábiles para que rija el principio troncal, y la sucesión respecto de estos bienes no se sujeta á las reglas dichas, sino que, por el contrario, «*sucedan todos los parientes del Padre, y de la Madre, igualmente por su orden, y grado*», con sujeción al precepto que ordena que, cuando hubiere parientes de ambas líneas, paterna y materna, se divida el caudal ó la

parte de caudal en dos partes iguales, una para cada línea.

Cómo concuerda este principio de troncalidad en la sucesión intestada (entendido de la limitada manera que dejo expuesto, que es, según creo, la propia manera como el Fuero lo establece) con la organización de la familia vizcaína, con el carácter de su propiedad y con los fundamentos del derecho sucesorio, no tengo para qué decirlo ahora, porque sería ociosa repetición de lo dicho en otros lugares, ó consecuencias claras y directas de lo allí sentado, que el lector puede deducir sin esfuerzo por sí solo.

Sí debo recoger una indicación antes apuntada.

He dicho, no há mucho, que en materia de sucesión intestada es más importante para mis propósitos y para los fines de este estudio lo que los particulares hacen *extra legem* que los preceptos del Fuero mismo.

Me explicaré. Cuando ocurre un fallecimiento *ab intestato*, surge desde ese mismo instante un estado de comunidad de bienes entre los herederos, al que sólo pone fin la voluntad concordada de todos los interesados, puesta de manifiesto en el contrato de partición. Sólo en virtud de este contrato, y mediante las adjudicaciones que en él se hacen de cosas determinadas á cada uno de los coherederos, cesa la indivisión originada por la muerte del causante, y comienza la propiedad individual, ó bien, en ciertos casos, nuevas comunidades de bienes, aunque debidas ya al contrato, y no á un hecho ajeno á la voluntad de las partes, como lo es la muerte del causante.

Claro es que durante ese período de indivisión, tratándose de parientes de un mismo grado que son llamados por la ley á la herencia intestada, no hay, ni puede haber, preferencias ni desigualdades entre ellos, sino que, antes por el contrario, ostentando todos el mismo título á la sucesión, todos tienen un igual derecho, no solamente en cuanto á su eficacia jurídica, sino en cuanto á las cosas ó bienes materiales que constituyen la herencia, y más aún, y muy principalmente, en cuanto á la medida ó el tanto de su partici-

pación en esos bienes ó derechos que formaban el patrimonio del causante.

No ha hablado la persona de quien proceden los bienes, ó por imposibilidad, ó por deliberado propósito de dejar el arreglo de este negocio en manos de la ley; es el caso que, en las sucesiones intestadas, la persona que podía haber establecido reglas precisas para fijar el tanto de participación de cada heredero se ha abstenido de ello. La ley no puede, en buenos principios, suplir esta falta de manifestación de voluntad: ¿qué criterio adoptaría si se decidiese á hacerlo?; ¿á quién fijaría la parte mayor, y á quién la más pequeña?; ¿qué motivos de competencia le asisten para inmiscuirse de tal modo en la vida civil de los particulares?; allí donde el causante, tal vez deliberadamente, se ha abstenido de fijar esa proporción y esa medida, ¿con qué títulos se justificaría esa intromisión de la ley?

No hay, pues, otra solución jurídica, desde el punto de vista de lo que toca hacer al Estado al formular la regla en este punto, que declarar la igualdad de derechos de todos los coherederos de un *abintestato*; así se ha entendido, y así se viene entendiendo.

Pero veamos las consecuencias de este principio. Como el estado de comunidad que con la muerte del causante sobreviene es considerado como un estado provisional, transitorio, y hasta si se quiere imperfecto, la ley, no solamente no puede obligar á los interesados á permanecer en él, sino que ha entendido, por ejemplo en nuestro Código civil, que su misión consiste en dar facilidades para que esa comunidad cese, garantizando el ejercicio del derecho que á todos asiste de hacerla cesar en cualquier momento.

Así, dice el Código en el art. 1.051 que «Ningún coheredero podrá ser obligado á permanecer en la indivisión de la herencia, á menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad»; y en el 1.052, que

«Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes, deberán pedirla sus representantes legítimos.»

Y sentados estos principios, partiendo del supuesto antes dicho de que es igual el derecho de todos los coherederos, no sólo en cuanto á su eficacia jurídica, sino en cuanto á las cosas ó bienes materiales que constituyen la herencia, y aun todavía en cuanto á la medida ó el tanto de su participación en esos bienes, ha querido la ley (y continúo refiriéndome al Código civil), entrando ya en el fondo de este reparto ó división, fijar ciertas reglas encaminadas á conseguir la igualdad más completa en las adjudicaciones que á los coherederos se hagan.

Así, el art. 1.061 dice: «En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes ó adjudicando á cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie.»

De este principio que el artículo que acabo de citar contiene, sólo hay en el Código muy ligeras desviaciones en los artículos 1.056 y 1.062 (1), no suficientes, á mi juicio, á desvirtuar la afirmación que tengo por indudable de que el criterio que á dicho cuerpo legal inspira es el de la más absoluta igualdad entre los coherederos.

(1) Art. 1.056. Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos, ó por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique á la legítima de los herederos forzosos. El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima á los demás hijos.

Art. 1.062. Cuando una cosa sea indivisible, ó desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse á uno, á calidad de abonar á los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.

Nos encontramos, pues, con que ante el hecho de un fallecimiento *ab intestato*, todas las prevenciones de la ley, todas las garantías dadas para que los particulares, en justo ejercicio de su libertad civil y mediante la testamentifacción activa, logren de la mejor manera posible el fin de la indivisión de la casería, son completamente inútiles, ya que el deliberado propósito del causante ó la imposibilidad en que de hecho haya podido encontrarse de otorgar testamento constituyen un obstáculo insuperable, contra el cual nada puede jurídicamente hacer la ley, por mucho que se amplíen sus funciones tutelares.

Todos los herederos tienen derecho á una parte igual en la herencia; cualquiera de ellos puede pedir la división material. Existe un instante en que el disgregamiento, la pulverización del predio rústico, es legalmente posible.

Pero la casería no debe dividirse, y, en efecto, no se divide en Vizcaya. ¿Cómo? ¿De qué manera?

Por imposición fuertísima de la realidad social que el Derecho condiciona; como resultado de una tradición cuyos motivos y fundamentos subsisten; como elocuente síntoma de la educación que para la vida jurídico-civil tiene la gente vizcaína, no igualada, en mi opinión, por la de los habitantes de ninguna otra región de España.

Allí donde la ley no alcanza con sus medidas tutelares, porque no todo el Derecho que se vive es el que el Estado regula, alcanza la conciencia individual, dando norma segura á la conducta é inspirando los actos en principios jurídicos sin necesidad del empleo de la coacción.

Es preciso mantener la indivisión de la casería, y la indivisión se mantiene. En el contrato de partición se resuelven todas las dificultades; pero en el bien entendido supuesto de que la base principal de este contrato es la adjudicación del fundo rústico á un solo heredero sin fraccionamientos ni disgregaciones. Los demás percibirán quizá una cantidad en dinero; quizá se les adjudique una pensión alimenticia de duración más ó menos larga; quizá ten-

drán derecho (las hembras) á una dote; quiza en frutos y muebles se haga pago á alguno de su haber hereditario; los pactos que en este contrato de partición suelen establecerse son muy variados, según el número de herederos y la importancia del caudal, pero siempre queda á salvo la indivisión de la casería; y siempre también, las obligaciones que se imponen al nuevo casero son soportables, llevaderas, no significan para él la ruina. Al principio de su nueva vida de jefe de la explotación agrícola tendrá sin duda que atender á un pasivo; pero poco á poco lo irá amortizando, y llegará un momento en que, totalmente desempeñado, podrá dedicar parte de sus ganancias á la mejora del cultivo ó al ahorro. Las obligaciones que se impuso, á la postre, habrán sido un estímulo más; pero repito que en modo alguno constituyen una carga que pese con perpetua pesadumbre sobre su hacienda.

Hé ahí, pues, cómo en Vizcaya se evita el peligro de la división y subdivisión de los predios en los casos de fallecimiento *ab intestato*. Procúrase, en primer lugar, que este caso no llegue, y á tal efecto, utilizando el testamento por comisario, suele establecerse en el contrato de capitulaciones matrimoniales, como en su lugar veremos, la cláusula que contiene el poder testatorio, por cuya virtud el cónyuge sobreviviente puede otorgar, no sólo su testamento propio, sino el del cónyuge premuerto *ab intestato*. Mas si, á pesar de estas precauciones, el caso llega, no importa, porque, como acabo de indicar, no dejará de encontrarse la fórmula que deje á salvo la indivisión de la casería.

De esta práctica, que contará en Vizcaya con excepciones rarísimas, á la que es de uso en Castilla, existe una notable diferencia.

De los factores que integran la relación jurídica que surge cuando se trata de repartir los bienes del causante, dase la preferencia en Castilla, según la ley, que en este punto no ha hecho más que traducir el estado de conciencia de la colectividad al elemento individual, sin tener qui-

zà la debida cuenta de la propiedad misma que, por virtud de la misi3n que le incumbe en la vida social, reclama sus derechos à no ser desmembrada ni pulverizada, y à mantenerse en aptitud id3nea para la producci3n que sea conforme à su naturaleza. Lo primero y principal, segùn el C3digo, es que el derecho del particular no sufra merma en cuanto à la cuantía de su porci3n; si para llegar à esa igualdad numérica de valores es menester fraccionar y dividir lo indivisible, se fraccionará y se dividirá, porque las cosas son siempre cosas, y los derechos del heredero son sagrados. Muestra indudable de este criterio es el art. 1.061 del C3digo civil antes citado; ha de darse à todos los coherederos — dice — cosas de la misma naturaleza, calidad y especie; de modo que si el causante dejó, por ejemplo, un establecimiento industrial, una explotaci3n agrícola y valores mobiliarios, y son tres los herederos y no se avienen en el contrato de parti3n y llega el asunto à los Tribunales, éstos tendrán, para cumplir con el citado artículo, que dar à cada uno de los herederos participaci3n en esas tres clases de bienes tan distintos, sin reparar en las condiciones personales de los interesados ni en las que la ordenada producci3n económica demanda.

De acuerdo con este criterio, el sentimiento individual, con independencia verdaderamente salvaje, pide, por lo general, la terminaci3n de la comunidad, primero, y en seguida la adjudicaci3n à cada heredero de una parte de los bienes relictos de valor igual, completamente igual à la que à los demás se adjudique; y para conseguirlo, se divide y se subdivide sin piedad ni consideraci3n à nada ni à nadie. El que con motivo de su cargo ó profesi3n haya tenido ocasi3n de observar cómo se hacen estas adjudicaciones, comprenderá que no son exageradas mis palabras. De mí sé decir que he visto muchos, muchísimos casos, en los que el fraccionamiento, no ya tan sólo de las fincas rústicas, sino de las urbanas, ha llegado à un grado verdaderamente inverosímil. Los celos, las prevenciones de unos herede-

ros contra otros, el recíproco temor de ser engañados ó defraudados, y la falta de fe en la realización de compromisos solemnemente contraídos, son incentivos que, avivando la desconfianza, conducen á los interesados en las herencias á una especie de insana locura, de la que son no mucho después la primeras víctimas.

No está de más el advertir que parte del excelente resultado á que en Vizcaya se llega voluntariamente en el reparto de las herencias *ab intestato* es imputable, en mi opinión, á la mayor confianza que, como consecuencia de una mayor moralidad contractual, inspiran los compromisos libremente contraídos en cuanto á su realización normal y voluntaria.

Véase, pues, con cuánta razón decía al principio que en materia de sucesiones intestadas, en Vizcaya es mucho más importante lo que los particulares hacen *extra legem* que lo poco que el Fuero ha previsto y determinado.

Para terminar este capítulo, dos observaciones acerca de la ley VIII, tít. XXI.

Refiérese la primera á hacer constar que, según dicha ley, no se admite el derecho de representación, puesto que la sucesión ha de deferirse por su *grado y orden*; y la segunda, á que, según la sentencia de 3 de Febrero de 1898, los hijos naturales son llamados á la herencia intestada en defecto de descendencia legítima.

Por último, ya tengo dicho en otro lugar que los llamamientos en la sucesión *ab intestato* en Vizcaya alcanzan hasta el sexto grado, según la sentencia de 18 de Junio de 1896.

CAPITULO VIII

Del matrimonio en cuanto á los bienes. — De la comunidad de bienes. — Si tiene carácter obligatorio en Vizcaya. — Influencia del nacimiento y supervivencia de los hijos en el régimen de bienes del matrimonio. — Momento en que empieza la comunidad. — Limitaciones del principio de comunidad.—Del usufructo viudal. — Si la comunicación de bienes tiene carácter territorial: criterio del Apéndice. — Dos escrituras de capitulaciones matrimoniales.

He dicho antes de ahora que el Fuero, en rigor, es un Código que regula la transmisión de la propiedad, pues siendo capitalísimo en Vizcaya el mantener la indivisión de la casería, en los distintos momentos que significan transmisiones de los bienes, es cuando la ley debe intervenir en su función tutelar, dando medios para que los particulares alcancen esa solución jurídica. Las materias que el Fuero contiene, en lo que en él hay de peculiar, de especial, de distinto de la legislación de Castilla, al concepto de transmisión de bienes pueden referirse, pues, por enlazadas que parezcan con instituciones ajenas á este fin, bajo tal aspecto, son principalmente consideradas, como se ha podido observar y se podrá seguir observando en lo sucesivo.

En los capítulos precedentes he estudiado la doctrina de la sucesión por causa de muerte, en cuanto esta sucesión implica una transmisión de bienes, hecha unas veces á título singular (legado, parte de libre disposición), y otras, acompañada de relaciones más complejas, á título universal (he-

rencia propiamente dicha); y antes de pasar á ocuparme de aquellas otras transmisiones que suponen relaciones transitorias, hasta cierto punto accidentales (por ejemplo, el hecho aislado de una compraventa), y que no son consecuencia ni parte de instituciones que se caracterizan por la mayor amplitud de sus fines, estimo como una exigencia del plan de este trabajo el tratar de otro momento, en el cual la transmisión de bienes se verifica con ciertos caracteres de complejidad que recibe del fin jurídico que las rige, ó, lo que es lo mismo, de su relación con otros organismos de derecho, de los cuales son complemento necesario.

Me refiero al estudio del aspecto económico del matrimonio, en cuanto que desde su nacimiento hasta su disolución da lugar á una serie de transmisiones que es menester tener en cuenta, ó, dicho en otros términos, me propongo estudiar el régimen del matrimonio respecto de los bienes.

Hace notar sobre este punto el Sr. Azcárate que, según la idea que del matrimonio se tenga, así será el régimen de los bienes del matrimonio que aparezca como más racional. De suerte que si se estima que el matrimonio produce una nueva personalidad jurídica, que lleva su transcendencia hasta el punto de absorber las personalidades de los cónyuges, claro está que entonces, sentada esta premisa, se irá á la consecuencia del régimen de comunidad de bienes, consecuencia de todo punto necesaria, puesto que habiendo cesado jurídicamente la personalidad de los cónyuges para fundirse en la del matrimonio, no cabe en lo posible hablar de bienes del marido ni de bienes de la mujer.

La exageración contraria da lugar al sistema de separación de bienes, lo cual no necesita explicación, ya que, desconociéndose la personalidad jurídica de la sociedad conyugal, subsiste íntegramente la de los cónyuges sin limitaciones ni restricciones de ningún género, por razón del hecho matrimonio, y, por lo tanto, así como en el supuesto anterior no era posible hablar de bienes del marido ni de la mujer, en éste á que ahora me refiero, por análogas razo-

nes, no es posible hablar de bienes del matrimonio, sino de bienes de cada uno de los cónyuges.

De la tendencia intermedia, esto es, de la que afirma que si bien el hecho matrimonio es causa de una nueva personalidad, no por eso se anula ni desaparece la de los cónyuges, sino que subsiste con las consiguientes modificaciones de capacidad que imponen las nuevas relaciones jurídicas, se hace derivar el sistema que en España se conoce con el nombre de régimen de gananciales, en el cual, reflejándose la condición jurídica de las personas, se dan los bienes propios de cada uno de los cónyuges, de una parte, y de otra, los pertenecientes á la sociedad conyugal.

Lejos de mí el propósito de tratar en este capítulo de cuestiones que me llevarían muy lejos, no he de entrar en el fondo de los problemas que las tendencias indicadas contienen, lo que tanto valdría como entrar en el fondo de la naturaleza del matrimonio. Sólo trato de estudiar el régimen de bienes del mismo, para lo cual he de partir de ciertos principios, cuyo desarrollo no cuadra á la índole de este trabajo.

De acuerdo con estos propósitos, cúpleme tan sólo decir en cuanto á la primera tendencia, antes apuntada, que por muchas que sean las modificaciones que el hecho del matrimonio introduzca en la capacidad de los cónyuges, jamás podrá llegarse á admitir que su personalidad como individuos quede anulada, porque sobre no significar lo mismo capacidad que personalidad, ésta, en todo caso, será siempre *un hecho* que no puede desconocerse dentro de un sistema realista del Derecho, ya que antes y después del matrimonio los cónyuges son seres de fines racionales, ó, lo que es lo mismo, *personas*, y, por lo tanto, investidos de personalidad jurídica.

Sacando de la forma contractual del matrimonio consecuencias que de ella no se derivan lógicamente, y considerando que, por ejemplo, en la compraventa, si bien se da un vínculo de derecho entre comprador y vendedor, puesto que

se ligaron mediante acto de la voluntad concordada, no se puede afirmar, sin embargo, que nazca una nueva personalidad jurídica, sino simplemente que concurre la actividad de dos personalidades distintas para la realización de ciertos actos útiles, se ha deducido la consecuencia de que, siendo el matrimonio un mero contrato no productor de personalidad nueva, sólo hay en él la de los cónyuges, obligados, sí, á determinadas prestaciones, pero cuya actividad concordada no ha dado nacimiento á personalidad distinta de la suya individual.

Es verdaderamente peligroso el criterio de los que, concediendo demasiada importancia á la forma contractual del matrimonio, prescinden del fondo ético de dicha institución, y sin la reflexión debida tratan de resolver todos los problemas que con la misma se relacionan, aplicando lo que comúnmente se toma como teoría del contrato, sin observar que el contrato no es más que una forma jurídica que, como tal forma, aun en lo que de ella puede parecer á primera vista más propio y exclusivo, se encuentra en rigor regida por la naturaleza de los fines humanos que mediante el acto de voluntad concordada se trata de realizar. Acúdense al modelo de la compraventa, que por referirse, sin duda, al hecho universal del cambio, y por producir obligaciones bilaterales, recíprocas, parece como que es el tipo más perfecto de forma contractual que ha producido la historia del Derecho; y con el criterio de la compraventa trátase de resolver problemas que provienen de supuestos muy distintos. Mas á poco que se ensaye la aplicación de ese criterio, y siempre que no se olviden los fines racionales del matrimonio, esto es, siempre que se parta, no del punto de vista limitado y parcial de las voluntades individuales, realizando el acto de las justas nupcias, sino de aquel otro que no olvida nuestros deberes para con la especie, de aquel otro que, dando plena conciencia de la continuidad de la vida, nos obliga á hacernos cargo de la manera como por efecto de la universal armonía de las actividades psíquicas cúmplense

en el organismo social los fines humanos por órganos individuales, veremos cómo ese criterio claudica y se nos muestra insuficiente para resolver los problemas propuestos.

Así, por ejemplo, ¿á qué queda reducida la bilateralidad de las obligaciones entendida al modo como se entiende en la compraventa?; ¿se podrá decir que la falta de un cónyuge autorice moral ni legalmente la del otro?; ¿se ocurrirá á nadie aplicar al matrimonio el criterio del art. 1.124 (1) del Código civil?

La doctrina del mutuo disenso sin causa ostensible, sin manifiesto motivo jurídico, sin garantías que aseguren el persistimiento en un estado de conciencia como medio de extinguir las obligaciones de carácter patrimonial, ¿cuándo ni cómo será aplicable al matrimonio? Y es que el Estado debe reconocer la eficacia de las manifestaciones de voluntad en todo aquello que debe ser regido por la autarquía individual; por esto, salvo las garantías ordinarias, no se exigen otras para sancionar el mutuo disenso de comprador y vendedor; pero cuando la materia jurídica cae fuera de esa esfera, cuando la moral pública y los intereses de otras personas y la propia naturaleza de los actos de consuno afirman que no basta la voluntad individual para crear ni para destruir, entonces el derecho que el Estado realiza y

(1) Art. 1.124. «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento ó la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, á no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto, se entiende, sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo á los artículos 1.295 y 1.298, y á las disposiciones de la ley Hipotecaria.»

mantiene no puede conceder eficacia á lo que, siendo engendrado por acto de voluntad concordada, carece, sin embargo, de otras condiciones de todo punto necesarias para la vida legal.

Estimo fuera de toda duda que el matrimonio produce una nueva personalidad que no absorbe ni anula la de los cónyuges, sino que, antes por el contrario, afirmándola, encuentra en ella su fundamento, de tal suerte, que la nueva personalidad jurídica hállase como mantenida por la individual de cada uno de los que se unen para realizar los fines racionales que el matrimonio implica.

Pero, aun partiendo de este principio, creo que no por ello se puede ir derechamente á la conclusión del régimen de gananciales, sino que para cimentar sólidamente el criterio científico, respecto del sistema de bienes del matrimonio, se deben dejar previamente contestadas dos preguntas, en cuyas respuestas va implícita, á mi entender, la solución del problema.

Estas dos preguntas son las siguientes: El hecho de la celebración del matrimonio, ¿lleva consigo la necesidad del establecimiento de un régimen de bienes respecto del mismo? En el supuesto de que la contestación á esta pregunta sea afirmativa, ¿se presenta asimismo con el carácter de necesario alguno de los distintos regímenes conocidos?

Es el matrimonio una institución jurídica mediante la cual se cumplen determinados fines racionales que no he de detenerme en indicar ahora: estos fines se realizan en la vida social aplicando á ellos los medios adecuados, los objetos en que reside la condición jurídica que en cada caso se presenta como necesaria para la consecución de los mismos; y como quiera que la complejidad de tales fines demanda unas veces para su satisfacción solamente determinadas posiciones de voluntad, mas otras requiere la aplicación de bienes materiales, ya que la subsistencia física de las personas individuales, entre otras necesidades, es la primera condición para la subsistencia del matrimonio, es indudable

que dichos bienes materiales jurídicamente han de ser obtenidos, conservados y aplicados; han de tener, por tanto, una consideración especial para el derecho, ó, lo que es lo mismo, han de estar sometidos á un régimen jurídico.

Régimen jurídico que, no solamente se presenta con el carácter de necesario desde el punto de vista de lo que á los miembros de la nueva familia afecta, sino desde el punto de vista que al Estado corresponde tener en cuenta, puesto que éste no puede racionalmente otorgar el amparo, la sanción, el reconocimiento de su superior derecho á un hecho incompleto, á un hecho que, pretendiendo ser generador de relaciones jurídicas, no ha sido realizado por las voluntades individuales con las condiciones precisas para que tenga toda la transcendencia que en otro caso hubiera tenido.

El Estado, por consiguiente, tiene un indiscutible derecho á exigir que todo matrimonio, desde el momento de su constitución, instituya un régimen jurídico para los bienes, ya que sin éstos la nueva persona jurídica no puede subsistir, ni es posible, por otra parte, dejar esos bienes fuera del derecho, puesto que sobre ellos ha de recaer la actividad, y es el derecho forma total de la actividad humana.

Pero de la necesidad del régimen — y con esto contesto la segunda pregunta — no se deduce la preferencia de ninguno de los conocidos, ni mucho menos la facultad del Estado para imponer con el carácter de obligatorio uno ú otro. Sobre esta materia, como dice el Sr. Azcárate, *contratan* realmente los cónyuges; de tal manera, que si no es moral ni legalmente posible el que éstos estipulen nada en contrario de los que se estiman fines racionales del matrimonio; si no pueden alterar los preceptos de derecho necesario que imponen la fidelidad, el mutuo auxilio, la educación de la prole, etc., en cambio son árbitros de pactar la ordenación de los bienes como tengan por conveniente.

Importa al Estado que el régimen jurídico de dichos bienes exista; pero no le importa — claro está, exceptuando siempre las estipulaciones inmorales — cuál sea éste, ni

tiene competencia para imponer ninguno. Afecta esta cuestión á la esfera propia y peculiar del derecho de la familia, y dentro de ella debe ser resuelta, sin ingerencias extrañas. Qué régimen convenga á cada matrimonio, es punto que solamente los cónyuges ó sus representantes tienen competencia para determinar. Imponer uno igual para todos, conduce á la injusticia; pues, como creo que he dicho ya en otro lugar de este libro, estimo muy exacta la observación de Menger cuando afirma que la mujer proletaria, que directa y personalmente produce; la de la clase media, que sólo contribuye al ahorro, y las de las elevadas clases sociales, que, ni produciendo ni ahorrando, se limitan á consumir, y á consumir en grande escala, no pueden ser medidas con igual rasero, ni sus matrimonios deben tener el mismo régimen jurídico en cuanto á los bienes. La imposición por el Estado de un sistema con el carácter de forzoso es, en mi opinión, un verdadero atentado á la libertad civil.

De lo expuesto se deduce que la solución en el problema planteado la da el principio de la libre contratación. Los cónyuges, y sólo los cónyuges, fijarán el régimen de bienes que á su matrimonio convenga, de acuerdo con los medios materiales de que dispongan, con el género de vida que vayan á hacer, con las aptitudes de cada uno, con la índole de los capitales aportados; de acuerdo, en una palabra, con una suma de circunstancias que solamente por ellos pueden ser debidamente apreciadas.

El sentido más amplio debe inspirar la legislación en este punto; las estipulaciones de las partes no deben tener otros límites que los respetos de la moral siempre vigentes; pero fuera de ellos, aun aquello que pugnar pueda con rutinarias preocupaciones, con tradicionales obstáculos que ofrezcan, ya el criterio del Derecho positivo, ya las costumbres de las gentes, debe ser permitido. Así, por ejemplo, ¿qué motivos racionales se oponen á que los cónyuges estipulen, si estiman convenir así á sus intereses, que la administración de los bienes corra á cargo de la mujer? ¿Se

negará que hay casos en que esto puede ser lo más provechoso para la familia? ¿No sabemos todos que la autoridad marital es un hecho cuando el marido, merced á sus condiciones de carácter, sabe conquistarla, y que no lo es, ni debe serlo, cuando en la mujer se dan las aptitudes necesarias para ejercerla? Lo que hay que pedir en este punto es que las estipulaciones resulten claras, para que los terceros no puedan ser inducidos á error al contratar, y para que se sepa hasta dónde alcanza la responsabilidad familiar.

De esta suerte y con este criterio armoniza el Derecho en el caso presente, como armoniza siempre la necesidad con la libertad, pues siendo jurídicamente necesario el establecer un régimen de bienes en el matrimonio, son libres luego las partes para instituir el que tengan por conveniente.

Mas puede ocurrir, y ocurre de hecho con frecuencia suma, sobre todo en ciertas regiones de España, que las partes no manifiesten su voluntad acerca de cuál sea el régimen que ha de regir en su matrimonio, dejando, por lo tanto, de proveer á esta verdadera necesidad jurídica. Pero como la necesidad subsiste, como la necesidad no se suprime por la falta de determinación de la voluntad de los cónyuges, es forzoso ocurrir á esta dificultad, ya que, repito, la voluntad de las partes, ni por acción, ni por omisión, es bastante para derogar lo que por ser de derecho necesario está por encima de la esfera de acción de las voluntades individuales.

Por otra parte, la índole de las prestaciones que de los cónyuges exige la fijación del régimen jurídico de sus bienes, no permite el que la coacción sea ejercida, ya que es absolutamente imposible el obligarlos á estipular ó pactar dicho régimen.

Reside, pues, la condición jurídica que el nuevo matrimonio necesita en el acto del establecimiento del régimen de sus bienes, y como tal condición no ha sido libremente

prestada por los cónyuges, se hace preciso que por el Estado, como órgano superior de Derecho, y en su función tutelar é integradora, se suministre esa condición indispensable.

Con este sentido, y justificada por las razones que acabo de indicar, se viene lógicamente á la conclusión del régimen legal de bienes en el matrimonio, ó sea al sistema que la ley civil establece, nunca con el carácter de forzoso, sino como supletorio en defecto del que las partes hubieran podido instituir.

De la misma fijación por la ley del sistema denominado legal, una vez que este criterio se consagre por el Derecho positivo vigente, surge otro motivo que justifica la solución misma, puesto que desde ese momento existen poderosas razones que mueven á admitir como legítima la presunción de que si las partes, conociendo el precepto de la ley, no han hecho uso, á pesar de ello, de su libertad de contratar, es porque ha sido su propósito deliberado el de someterse al sistema preestablecido por la regla jurídica positiva de su Estado.

Ahora bien: ¿cuál debe ser el sistema legal?

Por las mismas razones que antes vimos que abonaban el criterio de la libertad de contratación de los cónyuges en este punto; por los mismos motivos que patentizan que un régimen de bienes puede convenir á un matrimonio y no convenir á otro, hay que abstenerse de contestar esta pregunta con una respuesta que implique la aceptación de un régimen igual para todos.

Claro está que la ley no puede llegar en sus previsiones adonde llega la determinación de la voluntad individual manifestándose en el contrato de capitulaciones matrimoniales, y que siempre tiene que mantenerse dentro de los límites de una generalidad más ó menos relativa. Pero sin negar esta imperfección actual de los medios humanos para formular la regla jurídica, cabe, sin embargo, el que el Estado, dándose reflexiva cuenta de ciertas diferencias fun-

damentales que la realidad ofrece, las refleje en el derecho que establezca, consagrando en él las variantes que correspondan á tales diferencias en la manera de vivir y de sentir el derecho de la colectividad social.

De aquí se deduce que el régimen de bienes que el Estado debe instituir con el carácter supletorio antes indicado será el que concuerde con la particular manera de ser, en este respecto, del país para el cual legisle. De suerte que la especial tradición jurídica de cada región ó grupo social, la observación de sus costumbres, del modo de desenvolvimiento de su riqueza, el mayor ó menor arraigo, en suma, de sus instituciones, son los factores que deben tenerse en cuenta para determinar cuál es el régimen de bienes del matrimonio que con carácter supletorio se debe establecer.

En Vizcaya es corriente la afirmación de que rige el sistema de comunidad de bienes. Pero esto, dicho así de un modo absoluto, sin salvedades ni distingos, no es enteramente exacto, por cuyo motivo se hace preciso estudiar la manera como en Vizcaya se entiende dicha comunidad.

Mas antes séame lícito llamar la atención, aunque sólo sea de pasada, acerca de la concordancia que existe entre este régimen de comunidad y la especial manera de vivir el derecho de los habitantes de la tierra llana ó infanzonada. Ya, á otro propósito, al hablar del carácter que los arrendamientos de las caserías presentan en Vizcaya, hice notar cómo de los motivos que justifican y legitiman la efectividad del derecho de propiedad en la vida social, el trabajo, que une al propietario con el objeto de su dominio, que lleva á él el sello de su personalidad, por cuanto que en dicho objeto, merced al ejercicio de su esfuerzo inteligente y libre, vienen á quedar como las concreciones de su actividad personal, es el que parece más fuerte y universalmente sentido por la gente vizcaína. Y si á esta observación se une la del género de vida que hacen las familias cultivadoras de las caserías de Vizcaya, la de la parte que la mujer toma en la producción agrícola, no limitándose, en su

papel de esposa y madre, á tener cuenta con los asuntos de mero orden doméstico, sino siendo un brazo más que remueve y deshace el apretado terrón, que recoge el fruto, que lo transporta, y, en una palabra, siendo un factor tan importante como el hombre en la producción económica, veremos cómo se afirma y fortalece en la mujer el vínculo que el trabajo implica, y cómo, al darse conciencia ambos cónyuges de ese vínculo con igual intensidad y por los mismos motivos, cualquiera que sea la procedencia de los bienes sobre que recae su esfuerzo, está, en verdad, muy abonado el terreno para que en él brote el régimen de comunidad como el único que corresponde á ese estado de conciencia y á esa peculiar manera jurídica y económica de ser en este respecto.

Mas no solamente está abonado el terreno, sino que el régimen de comunidad se da de hecho y goza de todos los prestigios que acompañan á las instituciones verdaderamente populares. El Fuero, pues, al establecerlo, ha tenido en cuenta todos los factores cuya consideración es indispensable para formular la regla jurídica con acierto.

El Código civil, al tratar del contrato de bienes con ocasión del matrimonio, como hecho ya en tiempos en que el derecho ha alcanzado una mayor perfección técnica en cuanto al modo de declararse en forma de ley, si bien establece el régimen legal de gananciales, ha tenido muy buen cuidado de consignar, de modo expreso, el principio de libertad de contratación de los cónyuges, en virtud del cual se puede estipular el sistema que parezca convenir más á las necesidades de cada matrimonio y de fijar el carácter supletorio de dicho régimen de gananciales.

No ocurre lo propio en el Fuero. La ley I, tít. XX, que establece la comunicación fundamental en esta materia, está redactada en forma preceptiva como todas las del Fuero: «Que havian de Fuero, y establecian por Ley.....», son las palabras con que empieza.

¿Deberá deducirse de aquí que el régimen de comuni-

dad en Vizcaya es impuesto por la ley con el carácter de forzoso? ¿Habrá sido propósito del Fuero el negar la libertad de los cónyuges para instituir el régimen que tengan por conveniente? En mi opinión, los redactores del Fuero no se plantearon este problema, ni, por lo tanto, se cuidaron de darle solución. Sentaron el principio de la comunidad; y en su convencimiento de que hacían una obra verdaderamente popular, creyeron dejar resueltos con él todos los problemas. Muchas de las cuestiones que el moderno sentido de los estudios jurídicos halla por doquier, permanecieron ignoradas para ellos. De aquí se desprende que, buscar solución á estas cuestiones fundándose en la mera forma de redacción de una ley, á veces en el empleo de una palabra, como en muchos es uso y costumbre, para llegar á encontrar confirmaciones de criterios de escuela ó de puntos de vista personales, no es en verdad sincero modo de realizar la investigación científica.

Mas como no porque el Fuero haya prescindido de tal cuestión deja ésta de serlo, claro es que se impone la necesidad de fijar un criterio para resolverla.

Después de todo lo expuesto en este capítulo, no tengo para qué decir que en mi opinión, y en principio, debe imperar en Vizcaya el sentido de la libre contratación de los cónyuges, de donde se deduce que el régimen de comunidad quedaría en este supuesto reducido á tener un carácter supletorio, á la manera del de gananciales en Castilla. Lo que hay que ver para elevar esa personal opinión á la categoría de criterio jurídico positivo es si, como tal criterio, cabe dentro del espíritu del Fuero, ó si, por el contrario, lo contradice y pugna con él. Pero á poco que nos fijemos en lo que significa esa libertad de contratación de los cónyuges, que no es más que manifestación parcial del principio de libertad civil que á todos los órdenes de la vida privada extiende su eficacia, y teniendo en cuenta el respeto á dicha libertad civil que al Fuero inspira, hasta el punto de ser, en mi opinión, uno de sus caracteres, como se ha

podido comprobar en los capítulos precedentes, no será difícil concluir que la solución propuesta, si bien no se encuentra expresa ni tácitamente consignada en ninguna ley del Fuero, por haber escapado á la previsión de sus autores, no solamente no contradice ninguno de sus principios capitales, sino que concuerda y armoniza con su espíritu, por estar inspirada en el criterio del más profundo respeto á la libertad civil.

Entiendo, pues, que es legalmente posible en Vizcaya el establecer, mediante pacto, un régimen distinto del de comunidad de bienes; pero debo también hacer constar que los contratos de capitulaciones matrimoniales, que rara vez dejan de otorgarse, no suelen alterar dicho régimen legal, que aceptan las partes como la expresión del Derecho más conforme á la naturaleza del acto que realizan.

Mas basta la posibilidad de que la alteración se haga, cualquiera que sea después su efectiva frecuencia, para que todo derecho tenga su debida garantía.

Entrando ya en el contenido del régimen de comunidad, atrae nuestra atención, en primer lugar, una fundamental distinción que el Fuero establece y que confirma una vez más el profundo sentido jurídico que á sus disposiciones inspira.

¿Es lo mismo para el Derecho un matrimonio con hijos que un matrimonio que carece de ellos?

Para el espíritu superficial, y poco amigo de observar la extraordinaria complejidad de las relaciones sociales, el acto de formular la regla jurídica reduce á la creación de ciertos tipos, patrones ó modelos que á la generalidad se estime convenir, prescindiendo de toda esa serie de ulteriores distinciones que, dando el tono, el matiz, la situación exacta, los límites verdaderos de las cosas, conducen á la apreciación cierta, en cuanto es posible, de la realidad social que, mediante la ley, se va á condicionar.

Pero para quien con atención más reflexiva trate de entrar en el fondo de los problemas que estudie, la considera-

ción de esas distinciones, la observación acuciosa de las diferencias que se dan en hechos análogos ó de una misma especie, supone tanto como penetrar en la entraña del problema y casi como la solución del problema mismo.

Tal ocurre con el hecho del matrimonio y de la constitución de la nueva familia.

Bueno ó malo (que esto no nos importa ahora), la legislación castellana establece un régimen de bienes, por entender, sin duda, que el que fija, y no otro, es el que más conviene á la familia para la cual legisla. Pero se refiere á la familia como una abstracción, como una entidad social creada por la inteligencia, de la cual no se dan en la vida una infinidad de tipos y de variantes, ó algo, en suma, que es siempre igual, que no puede cambiar, porque entonces dejaría de ser familia.

Y aun dentro de este limitado punto de vista, desconócese asimismo que, por uniforme que se estime el tipo de este organismo social, como tal organismo vivo, está sujeto por necesidad absoluta de su misma existencia á la ley de la evolución, y que, por lo tanto, no es ayer lo mismo que hoy, ni hoy lo mismo que mañana.

Desconócese que los fines familiares van requiriendo su ejecución, no simultáneamente, sino en la medida y en el tiempo que las distintas circunstancias de hecho lo van demandando; que á tales fines debe ocurrirse en la sazón oportuna con los medios ordenados; que hay seres, tanto en lo físico como en lo moral, cuya evolución á las veces se retarda, á las veces se interrumpe definitivamente, y otras, se adelanta con premura, poniendo de manifiesto sendas desviaciones de lo que estimamos como normal y ordinario, pero que no por ser anormal deja de ser una realidad de la que es imposible desentenderse. Y sin hacerse cargo de la diversidad de relaciones que engendran los distintos tipos de un mismo organismo social, ni de las que se producen como consecuencia del diferente momento de la evolución en que se encuentre, créese que una regla jurídica

igual é inflexible puede convenir á todos en todos los períodos de su vida, y que los cambios que en tales organismos se van operando no reclaman un nuevo estado de Derecho.

Esta es una de las causas del divorcio existente entre la ley y la vida; del desuso de muchos preceptos, en rigor vigentes; de la modificación de otros en la práctica; del nacimiento de nuevas costumbres que, justas en sus fines, vense forzadas, sin embargo, á las veces á aparecer bajo formas subrepticias, y de tantos otros males que dificultan y entorpecen el libre desenvolvimiento de la vida jurídica social.

Ahora bien: sin afirmar que el Fuero de Vizcaya haya llegado en la observación y en el análisis de los fenómenos sociales á un extremo de minuciosidad que no hay tampoco derecho á exigir de este modesto cuerpo de leyes, afirmo, sin embargo, que en la materia que es objeto de este capítulo ha entrevisto la excelencia del procedimiento, consagrando en sus preceptos la fundamental distinción á que antes aludí. El Fuero implícitamente dice que no es lo mismo un matrimonio con hijos que un matrimonio que carece de ellos, y que, por consiguiente, la solución del problema del régimen jurídico de sus bienes no puede ser idéntica.

No creo que sea menester alegar muchas razones para demostrar que esa distinción tiene su correspondencia exacta con la realidad de las cosas.

¿Quién negará que el matrimonio que no llega á procrear hijos sólo cumple sus fines á medias; que no pesan sobre él las mismas responsabilidades ni los mismos deberes que los que se encuentran en el caso contrario; que detenido por este hecho fortuito en su evolución, no se da en el el tránsito de la sociedad conyugal á la familiar propiamente dicha; que á la postre, cuando llega el momento de la disolución por muerte, parece como que lo que se hizo con propósitos de perpetuidad en expectativa de la trans-

misión indefinida de la vida á otros seres, ha resultado, aunque por causas independientes de la voluntad de los cónyuges, sólo una mera conjunción cuyos efectos no trascienden á la colectividad social; que, aun limitándonos al orden de los sentimientos y de los afectos, la evolución ha quedado troncada, puesto que ni el esposo ha llegado á ser padre, ni la esposa madre, ni, por lo tanto, como tales han podido considerarse y estimarse recíprocamente en la intimidad de la conciencia? ¿Quién negará, por último, que á la diferencia en los fines corresponde una diferencia en los medios ó en la organización de los existentes?

Algunas de estas consideraciones, y otras que ocurrirán al discreto lector, son aplicables al caso en que el matrimonio se disuelva sin hijos, no ya por falta de procreación, sino por su fallecimiento, anterior al de los padres.

Repito, pues, que la distinción establecida por el Fuero revela un admirable sentido jurídico; veamos ahora las consecuencias que de ella ha sacado, á cuyo efecto tócanos examinar la ley I, tít. XX, cuyo texto dice así:

«Que los bienes del Marido, y Muger se comuniquen, muriendo con hijos. Y como se han de partir no los teniendo.—Primeramente, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por ley, que casados Marido, y Muger legitimamente, si huviesen hijos, ó decendientes legitimos de en uno, y quedaren de aquel matrimonio vivos (siendo suelto el Matrimonio) todos sus bienes de ambos, y dos, muebles, y rayzes, asi en posesion como en propiedad (aunque el Marido haya muchos bienes, y la Muger no nada, ó la Muger muchos, y el Marido no nada) sean comunes á medias; y haya entre ellos hermandad, y compañía de todos sus bienes. Y en caso que el Matrimonio se disuelva sin Hijos, ni decendientes (por ser toda la raiz de Vizcaya troncal) que si en el tal Matrimonio ambos Marido, y Muger, ó alguno de ellos truxiere en dote, ó donacion bienes rayzes; los tales se buelban, y queden con el que los truxo: Y si alguno de ellos vino á Casa, y Caseria del otro con dote, ó donacion de mueble, y semoviente; que suelto el tal Matrimonio sin Hijos, el tal, ó sus herederos, ó sucesores salgan con lo que truxo, y con la meytad de los mejoramientos, y multiplicado constante Matrimonio.»

Resulta de la precedente ley que el régimen de bienes

es distinto, según que el matrimonio se disuelva ó no con hijos ó descendientes. En el primer caso rige el sistema de comunidad; en el segundo, el de gananciales. Esto, dicho así, de esta manera, podrá parecer á primera vista algo extraño, puesto que, ignorándose si el matrimonio se va á disolver con hijos ó sin ellos hasta el momento en que la disolución llega, no parece muy racional que en virtud de esta circunstancia posterior se altere el régimen á que han estado sometidas relaciones jurídicas de efectividad ya pasada.

Pero debe tenerse en cuenta, para no ser inducidos á error, que durante el matrimonio, el régimen de comunidad y el de gananciales dan lugar, en lo sustancial, á iguales resultados económicos, ya que, sea uno ú otro el que impere, las rentas ó productos de los bienes, sean éstos comunes, sean de la propiedad exclusiva de cada cónyuge, por uno ó por otro concepto están sujetos al mantenimiento de las cargas del matrimonio y de las atenciones de los hijos, en su caso. Cuando se hace patente la diferencia entre uno y otro sistema, es al disolverse el matrimonio y al proceder á las adjudicaciones del cuerpo general de bienes.

Hecha esta observación, sobre cuyo asunto insistiré más adelante, continúo con la exposición de la ley I, tít. XX.

Dispone, como hemos visto, que si el matrimonio se disuelve con hijos ó descendientes, se entienda que hay hermandad y compañía de todos los bienes, tanto de los aportados como de los adquiridos durante el matrimonio, los cuales se repartirán á la época de la disolución del mismo, por partes iguales, entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto.

En el caso contrario, esto es, cuando no quedan hijos ni descendientes, la solución jurídica á que se llega es, en rigor, la del régimen de gananciales, puesto que cada cónyuge, ó sus herederos, tiene derecho á lo que aportó, más á la mitad de los *mejoramientos*, y *multiplicado constante matrimonio*, ó, lo que es lo mismo, á la mitad de los bienes

que denominamos gananciales. En este supuesto, debe considerarse que han existido en el matrimonio bienes privativos de cada cónyuge (los que aportó ó los que adquirió después por título lucrativo) y bienes acrecidos ó conquistados después del matrimonio, es decir, los gananciales.

No parece aventurado el afirmar, en vista de estas disposiciones y de la diferencia de régimen que lleva consigo el hecho de que á la disolución del matrimonio sobrevivan hijos, que el Fuero ha entendido que, en este caso, el matrimonio, no sólo ha producido todas sus consecuencias, sino que trasciende, aun después de disuelto, á terceras personas, respecto de las cuales corresponde al cónyuge sobreviviente el ejercicio de ciertos deberes, cuya efectividad es menester garantizar de un modo positivo, dándole medios económicos adecuados para realizarlos.

No es extraño al sentido que revelan estos preceptos el suponer que el Fuero ha estimado que de igual modo que cuando sobreviven hijos ha sido más íntima, más perfecta la unión de los cónyuges por la evolución de sentimientos y de afectos que la paternidad lleva consigo, así también dicha intimidad de unión debe reflejarse en los bienes, aunque no sea más que para evitar el espectáculo que los hijos pudieran, en otro caso, contemplar, de verse ellos en una desahogada posición económica, tal vez en la riqueza, mientras que su padre ó madre, que antes han disfrutado las comodidades de una pingüe fortuna, sólo tienen ahora lo que por gracia ó merced sus hijos quieran otorgarle. Parece como que concuerda con este criterio del Fuero el considerar que á la disolución del matrimonio sin hijos se echa de ver que, cumplidos todos los fines de mutuo auxilio, de protección recíproca, á cuyo servicio estaban los bienes de uno y otro, no hay ningún motivo racional que aconseje la subsistencia de esta especie de vínculo entre los patrimonios de cada cónyuge, sino que, por el contrario, las necesidades de la vida económica requieren que el empleo de esos capitales se sustraiga al destino á que antes estaban

consagrados, y se aplique á otros que la utilidad social y la conveniencia particular pueden demandar de consuno. Mientras que cuando el matrimonio se disuelve con hijos, parece asimismo que aun subsisten las condiciones que impusieron el vínculo que unía los patrimonios de los cónyuges, puesto que los fines para que ese vínculo fué creado continúan requiriendo su práctica realización. Parece, en una palabra (y el sentido vulgar de mil maneras lo atestigua), que el matrimonio sin hijos es algo así como una simple conjunción, como una mera coincidencia, mientras que el matrimonio con hijos es una verdadera unión que perdura después del fallecimiento de ambos cónyuges.

Fijado de esta suerte el sentido de la distinción que el Fuero establece, sigamos examinando el contenido de la misma.

Corre por los autores que de Derecho civil vizcaíno han tratado, como primera y más importante cuestión que á la comunidad de bienes afecta, la que se refiere á determinar el momento desde el cual empieza la indicada comunicación.

Y en verdad que no andan desacertados al estimar éste como un problema de interés capital, no solamente porque las leyes del Fuero dan lugar á muy motivadas dudas, sino porque la solución que al problema se dé contribuirá necesariamente, por la índole del mismo, á poner de manifiesto el sentido del Fuero en este punto.

A este efecto, además del contenido de la ley I, tít. XX, conviene tener presente lo que disponen las leyes VI y IX del mismo título. Dicen así:

«Ley VI, tít. XX: *Como puede el Marido vender los bienes conquistados para sus deudas y los no conquistados.* — Otrosi dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que si constante Matrimonio, entre Marido, y Muger, se hicieren algunas conquistas, y mejoramientos; que el Marido los pueda enagenar, y se pueda vender por sus deudas, con la calidad que dispone la Ley del Reyno: Con que en los bienes no multiplicados, ni conquistas se

guarde la Ley del Reyno, en siguiente, si ambos Marido, y Muger fueren obligados, que en tal caso, se guarde la Ley del Reyno.»

«Ley IX, tit. XX: *Que el Marido no pueda vender, sin otorgamiento de la muger.* — Otrosi, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que constante Matrimonio, el Marido no pueda vender bienes algunos raizes, muebles, y semovientes, que no sean ganados durante Matrimonio, pertenecientes en la su mitad á la Muger, sin otorgamiento de la Muger, aunque los bienes provengan de parte de el Marido.»

Habla la ley VI de la existencia de bienes conquistados, y se refiere á la existencia de estos bienes, constante matrimonio. Alude la ley IX, también refiriéndose á la época en que la sociedad conyugal aun no se ha disuelto, á bienes comunes, mencionando al propio tiempo los ganados durante el matrimonio, esto es, los gananciales. De acuerdo con la condición jurídica de estos distintos bienes, establécese que los comunes no pueden ser vendidos sin el consentimiento de la mujer; que los gananciales pueden ser enajenados por el marido, y, aun más todavía, que por deudas de éste puedan venderse dichos bienes gananciales «*con la calidad que dispone la Ley del Reyno*»; manifiesta alusión á la ley de las Cortes de Santa María de Nieva, que después pasó á ser la ley V, tit. IV, libro X de la Novísima Recopilación, que estableció que tales ventas valiesen si no se hicieren con el propósito de defraudar á la mujer.

Admitiendo la premisa de la calificación jurídica de los bienes á que estas leyes se refieren, nada hay que oponer á los preceptos que rigen la capacidad para disponer de los mismos, pues es visto, de una parte, que los bienes comunes no deben enajenarse sin el consentimiento de los condueños, y de otra, que al marido corresponde la facultad de disponer de los llamados gananciales, por ser el administrador, con atribuciones amplias, de los mismos.

Pero lo que atrae nuestra atención, por contradecir las líneas generales del Derecho de Castilla en este punto, es que el Fuero hable de la coexistencia de los bienes gananciales con los bienes comunes, dando á entender la simul-

taneidad de los dos regímenes ó sistemas de bienes en el matrimonio.

De esta aparente contradicción se ha partido para plantear el problema á que vengo refiriéndome, para preguntar en qué momento empieza la comunidad de bienes.

Los que se fijan en que el Fuero habla de bienes gananciales durante el matrimonio, sin perjuicio de lo cual, habiendo hijos á la disolución del mismo, repátese el caudal conyugal con arreglo al principio de la comunidad de bienes, han entendido que dicha comunidad no empieza hasta el momento de la disolución del consorcio.

Los que, por el contrario, atienden á que durante el matrimonio mismo, aunque de momento no existan todavía hijos, es preciso la concurrencia de ambos cónyuges para la enajenación de ciertos bienes, síntoma evidente del estado de comunidad en que se encuentran, han llegado á la consecuencia de que la comunicación tiene lugar desde el instante de la celebración de las nupcias.

En el reciente libro del Sr. Jado y Ventades, que en otro lugar he citado, se encuentra bastante bien tratada esta cuestión. Del estudio de las leyes del Fuero que he transcrito antes y del de alguna otra, de los precedentes del Fuero Viejo y de una curiosa sentencia de los antiguos Tribunales de Vizcaya, que dicho autor extracta, deduce el Sr. Jado que la comunicación nace con el matrimonio, y produce sus efectos durante el mismo, antes de su disolución, si bien se halla afecta á una condición, cual es la de que al disolverse haya ó no hijos.

Por mi parte, coincido con lo sustancial de este criterio, siempre que se hagan algunas necesarias salvedades.

Creo, en efecto, que desde el momento de la celebración del matrimonio existe una comunidad, aunque solamente relativa (y en esto es en lo que difero del Sr. Jado), y que esa comunidad está sujeta á una condición.

Veamos en qué consiste esa relatividad, y cómo debe entenderse lo de la influencia de la condición.

Digo que la comunidad es solamente relativa, porque cualquiera que sea la interpretación que se dé á la ley VII del tít. XX (1), es indudable que en cuanto á la facultad de disponer durante el matrimonio, el Fuero establece una marcada distinción entre los bienes conquistados y los bienes aportados, pues al paso que los primeros pueden ser enajenados por sólo el marido, para enajenar los segundos se necesita el consentimiento de ambos cónyuges. Y es obvio que, si estos bienes conquistados estuviesen ya durante el matrimonio, en el estado de comunidad (no posible, sino efectiva y de hecho), regiría, respecto de ellos, el mismo criterio que respecto de los aportados, y sería preciso el consentimiento de ambos cónyuges para enajenarlos. No ocurre así; y como no debe ni puede suponerse que uno de los condueños haya sido arbitrariamente privado de la más característica de las facultades dominicales, hay que concluir que los bienes ganados ó conquistados no son comunes durante el matrimonio.

(1) Ley VII, tit. XX: «*De lo que se ha de hacer, quando el Marido vendió su mitad de lo conquistado, ó lo perdió.—Otro si, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que vendida la mitad de los bienes pertenecientes al Marido, constante Matrimonio, por deuda, ó delito que haga, y por Fianza, si quisiere de mediar (es á saber), haver su meytad en la otra meytad de su Muger, que no lo pueda hacer: Antes sea enteramente de la Muger, constante Matrimonio; con que de ello se alimenten Marido, y Muger, y Hijos; sin lo enagenar: Y suelto el Matrimonio sin Hijos, si la Muger no era tronquera, sino advenediza, salga con su dote: Y si Hijos ovieren de consumo, ella haya enteramente la dicha meytad en posesion, y propiedad (segun de suso está declarado) sin parte del dicho su Marido en propiedad.*»

Entiende el Sr. Jado que esta ley, á pesar de su epígrafe y de la forma de su redacción, se refiere á los bienes comunes y no á los gananciales. Fúndase en ciertas razones de concordancia con otras leyes, y muy principalmente en la consideración de que, durante el matrimonio, es imposible saber si hay ó no gananciales, puesto que el conocimiento de este dato exige, como es natural, la previa liquidación.

En cambio, el estado de comunidad, en cuanto á los bienes aportados, se hace patente desde luego, desde la celebración del matrimonio, no solamente por lo que hemos visto acerca de la capacidad para enajenarlos (que al fin y al cabo constituye el signo más ostensible), sino por el precepto que contiene la ley VII del tít. XX, cuyo texto y cuyo sentido, de acuerdo con el Sr. Jado, he hecho constar en la nota anterior.

Existe, pues, como antes indiqué, desde la celebración del matrimonio, una comunidad de bienes, pero solamente relativa; relativa á los bienes aportados, no á los bienes de conquista ó gananciales.

He dicho también que esta comunidad está influida por una condición, es decir, usando del tecnicismo de los prácticos, por un hecho incierto y futuro, del cual se hace depender el nacimiento ó la extinción de un derecho, ó, mejor dicho, de una relación jurídica.

Pues bien: para no limitarme al vago aserto de la influencia de la condición en la comunidad de bienes del matrimonio vizcaíno, añado ahora que es una condición de la clase de las resolutorias y de la clase de las negativas.

La condición reside en el hecho de que en el momento de la disolución del matrimonio no existan hijos ni descendientes; por esto, por residir en un hecho negativo ó, hablando con más propiedad, en la falta de realización de un hecho, la condición es negativa. Es resolutoria, porque si la condición se cumple, el efecto que produce es el de resolver la relación jurídica existente, puesto que el estado de comunidad, que ha sido una realidad durante el matrimonio, dejará de existir. No es suspensiva la condición, ni puede en modo alguno entenderse así, porque ni su cumplimiento, ni su incumplimiento, ni la expectativa del uno ni del otro, llevan su influencia hasta suspender la eficacia de la relación jurídica á que se refiere; pues, repito, que, según el Fuero, la comunidad, en cuanto á los bienes aportados, es un hecho indudable desde la celebración del matrimonio.

Entendida de esta manera la comunidad de bienes que el Fuero establece, debo recoger ahora una indicación que antes hice. Durante el matrimonio, prescindiendo de que en el momento de su disolución haya ó no hijos, tanto los productos de los bienes aportados como los de los bienes conquistados, están sujetos al mantenimiento de las cargas del consorcio; la solidaridad en los fines, implica la solidaridad en los medios económicos para realizarlos. Los rendimientos de los bienes aportados por ser éstos comunes, y los de los bienes conquistados por ser gananciales, pertenecen á ambos cónyuges, como consecuencia de la relación personal y ética que los une. El resultado económico, pues, es el mismo.

La comunidad de bienes tiene en el Fuero una limitación en la ley III, tít. XX, cuyo precepto he de consignar aquí, no solamente porque contribuye á dar á conocer el espíritu del mismo Fuero, sino porque su sentido tiene, en mi opinión, íntimo enlace con la cuestión de la reserva de los bienes que el viudo ó viuda adquiere por el hecho de la comunidad.

Veamos, ante todo, el texto legal :

«Ley III, tít. XX: *Como se han de partir los bienes dotados, quando huviere hijos de otro Matrimonio.* — Otrosi, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que si acaeciére, que padre, ó madre en Vizcaya, ó otro alguno con fijo, ó fija, ó con otra persona alguna en casamiento dotare y donare, ofreciere, y mandare por contrato público algun Solar suyo, ó Casa, ó Caseria con rentas, y pertenecidos de ella, ó otros bienes rayzes algunos; y efectuado el tal casamiento (andando el tiempo) fuere disuelto con fijos, y descendientes de aquel Matrimonio, quedando vivo el padre, ó la madre; y el tal, que vivo quedare, casare segunda vez, ó más, y oviere fijos, ó descendientes del tal casamiento segundo, ó tercero; no puedan haver parte con los fijos del primer Matrimonio en los bienes rayzes, que assi en el primer casamiento por el tal contrato fueron dotados, ó donados: Antes los hayan enteramente los tales fijos, y descendientes del primer Matrimonio.»

Quiere decir, y dice, en efecto, esta ley que los bienes

que se dotan, donan ú ofrecen para un matrimonio, no pueden por ningún concepto pasar en todo ni en parte á los hijos de un matrimonio posterior.

Para ver todo el alcance de esta disposición, fijémonos por un momento en lo que podría ocurrir si tal precepto no existiese, y sí tan sólo los principios que he venido exponiendo. Un individuo, sea padre, madre ó extraño, dona bienes para un matrimonio, los cuales tienen, desde luego, el carácter de comunes, carácter que, por decirlo así, consolidan desde el momento en que el matrimonio se disuelve con hijos. Al disolverse el consorcio, la mitad de esos bienes pasan á poder de los hijos, pero la otra mitad es del cónyuge sobreviviente. Pues bien: supongamos ahora que ese cónyuge contrae nuevas nupcias, en las que procrea hijos. Podría ocurrir en este caso, de no existir el precepto á que me refiero, que la mitad de esos bienes donados que adquirió el cónyuge supérstite pasasen á los hijos del segundo matrimonio, para conseguir lo cual le bastaría con apartar á los del primero. Pero la ley III del tít. XX terminantemente lo prohíbe al decir que los hijos del segundo matrimonio *«no puedan haver parte con los fijos del primer Matrimonio en los bienes raizes, que assi en el primer casamiento por el tal contrato fueron dotados, ó donados»*.

Y nótese bien que la ley no distingue si el cónyuge sobreviviente es aquel en consideración al cual los bienes fueron donados, de donde se deduce que esto es indiferente para el Fuero, sin duda porque considera, con una poderosa intuición del concepto de la propiedad familiar, que aunque sobreviva aquel por quien los bienes se dieron ú ofrecieron, éstos formaban parte del patrimonio de una familia, y no deben pasar al de otra, así, sin fundado motivo y arbitrariamente.

Hay aquí, pues, una limitación del principio de la comunidad, puesto que el cónyuge sobreviviente se encuentra, en rigor, obligado á reservar esos bienes, lo cual constituye una merma de las facultades dominicales, que en

otro caso directamente se derivarían del principio de comunidad.

El sentido de esta ley, juntamente con el criterio que inspira al Fuero en materia de sucesiones *mortis causa*, y que ya hemos tenido ocasión de estudiar, dan la solución del problema que se plantea, preguntando si el cónyuge viudo está obligado á reservar los bienes que adquirió á consecuencia de la comunidad, cuando sobrevive á los hijos y descendientes del matrimonio á que dicha comunidad se refiere. Y digo que dan la solución, porque teniendo en cuenta esos precedentes, desde luego se echa de ver que pugnaría con el espíritu del Fuero el que el principio de la comunicación sirviese de motivo para que los bienes raíces pasasen de una á otra familia, merced á una combinación de hechos puramente casuales. De donde se desprende que hay que estar por la afirmativa, esto es, por entender que el viudo ó viuda tiene obligación de reservar en el caso á que la cuestión se refiere.

Completa el régimen de bienes del matrimonio vizcaíno la institución del usufructo viudal, la cual cabe estudiar también desde el punto de vista del derecho hereditario.

Claro es que la necesidad de este usufructo sólo se hace patente cuando el matrimonio se disuelve sin hijos, pues en el caso contrario, como quiera que en virtud del principio de la comunidad el cónyuge sobreviviente hace suya la mitad de todos los bienes, no há menester de ese derecho.

La ley II del tít. XX lo fija del siguiente modo:

«Suelto el Matrimonio, cómo la muger, que veniere á Caseria del marido, ha de gozar de los frutos para sus alimentos por un año, y el marido quando veniere á Caseria de su muger sin salir de ella. — Otrosi: Que si acaece, que quien vino á la tal Caseria, fué muger con dote, ó arreo, que ésta tal, suelto el Matrimonio sin hijos, ó decendientes, pueda estar fasta año, y dia, estando en hábito Viudal, y gozar del usofruto de su mitad: Con que no corte por pie: porque excede del usofruto, ni tampoco de la rama para mas de la provision de casa su leña. Y si mas para mas cortare monte alguno, sea tenido de lo compensar en aquello que tiene de recibir: Pero de

todo lo al pueda gozar para sus alimentos sin desquento alguno: Y lo mesmo sea en el Varon, que á la casa de la muger veniere. Y passado el año, y dia, estando dentro, y gozando de los frutos suso declarados, pueda pedir cada uno de ellos lo suyo, como viere que le cumple, y goze los frutos fasta que le paguen su dote sin desquento alguno: Y que acabado el año, y dia, ofreciendole su recibo, sea tenuto de salir, y no antes.»

Puede, pues, afirmarse: 1.º, que el usufructo viudal vizcaíno corresponde tanto al viudo como á la viuda; 2.º, que sólo rige en el caso de que el matrimonio se disuelva sin hijos; 3.º, que dura por lo menos un año y día (salvo renuncia); 4.º, que aun después de ese año y día, para que el usufructo termine, es menester ofrecer al cónyuge viudo el recibo de los bienes que le correspondan; y 5.º, que el valor ó la estimación del usufructo no será baja de lo que toque percibir al que lo ha disfrutado, puesto que se le debe entregar sin descuento alguno.

*
**

Ahora, una observación al *Apéndice* formado por la Comisión especial de codificación de Vizcaya.

Sienta dicho *Apéndice* un principio que no se debe pasar por alto. La comunicación — dice — es territorial por esencia (1).

¿Qué quiere decirse con esto? ¿Quiere decirse que cualquiera que sea la naturaleza de los cónyuges, sean éstos castellanos, aragoneses, catalanes ó extranjeros, ha de regir forzosamente el régimen de comunidad en cuanto á los bienes que tengan sitios en tierra llana? Este parece ser el sentido del *Apéndice*; sentido enteramente erróneo, contra el cual he de decir dos palabras.

(1) Art. 76. «La comunicación foral de bienes en el matrimonio, entre marido y mujer, se establece desde el momento en que se contrae aquél. La comunicación es territorial por esencia.»

Pugna ese sentido, en primer lugar, con el que he estimado, creo que fundadamente, como criterio del Fuero en este punto.

En efecto, hemos visto que, si bien el Fuero establece el régimen de comunidad, no es extraño al espíritu del Derecho vizcaíno, antes, por el contrario, con él acuerda y armoniza el principio de la libre contratación de los cónyuges, en virtud del cual, éstos pueden someterse al sistema que estimen convenirle más; de donde se sigue que la comunidad es sólo un régimen supletorio y no necesario. Pues bien: siendo esto así, ¿con qué motivo se trueca de pronto este régimen, de voluntario en forzoso, con manifiesto agravio de la libertad civil de los cónyuges?

Esto, de una parte, que de otra, ¿no es cosa que el menos sagaz sentido jurídico rechaza el que, partiendo del carácter territorial de estas relaciones, se puede llegar á la consecuencia de que un matrimonio esté sometido á la vez á distintos y aun opuestos regímenes de bienes por la circunstancia, hasta cierto punto fortuita, de que su patrimonio radique en diferentes regiones de la Península, y aun en diferentes Estados? Ya el Sr. Jado (1) hace notar, con perspicaz espíritu de observación, que, admitiendo ese criterio, en muchos casos la comunicación de bienes conduciría al enriquecimiento de un cónyuge en perjuicio del otro, que no tendría la natural compensación. Tal habrá de suceder forzosamente cuando, por ejemplo, el marido posea bienes en villa y la mujer en tierra llana, pues al paso que la mujer perdería una mitad de lo suyo, que habría de pasar al marido, éste nada comunicaría á aquélla.

Y es que la comunidad foral vizcaína no tiene carácter territorial; es que el principio es falso á todas luces.

Tiene carácter territorial, es decir, está sometido necesariamente á la ley del territorio aquello que cae bajo su

(1) Obra citada.

hipótesis jurídica; lo que afecta al interés ó al orden público; lo que se refiere á la organización de la propiedad en función de la soberanía; lo que toca, por ejemplo, al fecundo principio de la publicidad como base de la sanción del derecho del Estado; lo que está representado, en suma, por un conjunto de condiciones que sólo el estado territorial ha podido tener en cuenta, porque pertenece á la esfera propia de su competencia. Pero lo que envuelve ante todo y sobre todo una cuestión de capacidad, lo que atañe á la propiedad inmueble, sí, pero únicamente en cuanto supone la condición económica de que el matrimonio necesita, no puede sustraerse al imperio de la ley personal de los cónyuges.

De propósito he prescindido de relacionar esto con la doctrina de los estatutos; pero si se quiere expresar la idea con el tecnicismo de esa anticuada teoría, puede decirse que la comunidad foral vizcaína es asunto que pertenece al estatuto personal, que no pertenece al real, y que, por lo tanto, es absurdo el sostener la territorialidad que el *Apéndice* consigna.

*
* *

He creído oportuno terminar este capítulo dando á conocer (á los lectores no vizcaínos, porque para los vizcaínos la cosa no encierra novedad) el modo práctico como suele ejercitarse la libertad civil en el contrato de capitulaciones matrimoniales. Á este efecto, inserto á continuación dos de estos documentos que debo á la amabilidad de un notario muy penetrado de los usos y costumbres de los aldeanos de Vizcaya (1).

En ellos se podrá apreciar la importancia de estos contratos y su relación con la institución de heredero, con el

(1) D. Luis de Basterra, notario de Marquina.

testamento por comisario, con las donaciones cuyo carácter resulta muy bien determinado de acuerdo con el Fuero (1), y, en una palabra, con los más culminantes asuntos que se refieren á la organización económica de la familia.

Hé aquí ahora los dos documentos á que aludo:

Número diez y ocho.

En la villa de Marquina, á once de Enero de mil ochocientos noventa. _____

Ante mí, Don Luis de Basterrea y Arguiano, Notario del Ilustre Colegio de Burgos, del Distrito y vecino de la misma, y de los testigos que se expresarán, comparecen: —

De una parte, Don José Manuel de Unamunzaga y Aranceta, de cincuenta y ocho años de edad, y su esposa Doña Francisca de Maguregui y Arriaga, de cincuenta y un años de edad, acompañados de su hijo Don José Manuel de Unamunzaga y Maguregui, de veinte y cinco años, soltero, los tres labradores, vecinos de esta villa los dos primeros y domiciliado en ella el tercero, provistos de cédulas personales corrientes de décima y undécima clase números seiscientos treinta, seiscientos treinta y uno y seiscientos treinta y dos, expedidas por la Alcaldía en quince de Julio, que presentan y recogen. _____

Y de otra, Don José Antonio de Amalovieta y Plaza, de sesenta y un años de edad, y su consorte Doña María Antonia de Basterrechea y Zabala, de edad de cuarenta y nueve años, labradores, vecinos de la anteiglesia de Berriatua, asociados de su hija Doña Juana Bernarda de Amalovieta y Basterrechea, de veinte años de edad, soltera, labradora, del mismo domicilio, provistos también de cédulas personales corrientes de décima y undécima clase, libradas en

(1) Sobre donaciones, véanse las leyes XIII y XVII del tit. XX; las I, II y III del tit. XXIII, y la XXII del tit. XXXIV.

dicho pueblo á veinte y uno de Julio, bajo los números trescientos veinte y cinco, trescientos veinte y seis y trescientos veinte y siete, que asimismo presentan y les devuelvo. —

Precedida entre los matrimonios comparecientes la (licenci), digo, licencia marital, en derecho necesaria, de que doy fe, asegurando hallarse todos en el pleno uso de los derechos civiles y teniendo, á mi juicio, la capacidad legal necesaria para el otorgamiento de esta escritura, dijeron:

Que los jóvenes Don José Manuel y Doña Juana Bernarda, con aprobación y licencia de sus respectivos padres, que les tienen concedida y de nuevo les conceden ahora caso necesario, tratan de contraer matrimonio con arreglo á las disposiciones que exige la legislación, y á fin de que en cualquiera tiempo consten los bienes que respectivamente aportan á él, otorgan los comparecientes esta escritura de capitulaciones de la manera que sigue: —

Los nominados, Don José Manuel de Unamunzaga y Aranceta y su mujer, manifiestan: que son dueños en pleno dominio, y se hallan disfrutando quieta y pacíficamente desde el año de mil ochocientos cincuenta y siete la casería y pertenecidos que forman la finca rústica que á continuación se describe: —

Aquí la descripción de las fincas. —

Títulos de propiedad y cargas. —

Los mismos Don José Manuel de Unamunzaga y Aranceta y su consorte, asimismo manifiestan: que en consideración al enlace de que se trata y por causa onerosa de él, de su propio derecho, usando de la facultad que les concede el Fuero del Señorío, aplicable en Barinaga, y en todo caso, del que les dan las leyes generales, eligen y nombran á dicho su hijo Don José Manuel de Unamunzaga y Maguregui como inmediato sucesor de la casería y pertenecidos que forman la finca rústica Bereincua-barrena, que va deslindada, con cuantos aumentos, mejoras, honores, usos, derechos, prerrogativas y servidumbres ha tenido, tiene y le correspondan, causándole á la vez donación entre vivos é

irrevocable, libre de los gravámenes antes expresados, los cuales y cualesquiera otros que aparecieren impuestos sobre dicha finca serán de cuenta de los que hablan sin mancomunidad alguna entre los dos, bajo las cláusulas y condiciones siguientes: _____

Primera. El donatario entregará á los donantes en este acto diez y nueve mil reales, que hacen cuatro mil (pesetas), digo, setecientas cincuenta pesetas. _____

Segunda. Los donantes disfrutarán vitaliciamente, ó, lo que es igual, mientras la vida de último que fallezca de ambos, de la mitad de los productos ó rentas de la finca donada, respondiendo también á la mitad de las derramas ó contribuciones que se impongan sobre la propiedad. —

Tercera. El donatario ó su representación vendrá obligado á costear el entierro y funerales del sobreviviente de sus padres los donantes, conforme se hagan al que premuere de éstos. _____

Dichos Don José Manuel y su mujer consignan á dicho su hijo Don José Manuel, para su enlace, una cama ó cuja, un jergón, dos colchones, dos almohadas, cuatro sábanas, una manta, una sobrecama, una cesta cargada según costumbre en este país, una arca, un carro, un par de layas, dos azadas y las ropas decentes y adecuadas á su clase, de valor de doscientas setenta y cinco pesetas, ofreciendo entregarle el día que se case. Así bien le mandan quinientas pesetas, prometiendo abonarle en la forma que luego se expresará.

En su consecuencia, los referidos Don José Manuel de Unamunzaga y Aranceta y Doña Francisca Maguregui y Arriaga se desisten y apartan de la propiedad, Señorío y todo derecho que habían y tenían á la finca y demás bienes donados y consignados, y los ceden, renuncian y tras pasan con subrogación de acciones en forma en el hijo Don José Manuel y su representación, constituyéndole en su mismo lugar y grado, y confiriéndole amplio poder para que los posea, goce, use y disponga como de cosa propia adquirida con justo y legítimo título; tome si gusta la po-

sesión judicial ó extrajudicialmente, y ejercite todos los actos en pleno y absoluto dominio, pues se obligan á haber por firme esta donación, y á no revocarla con motivo ni pretexto alguno, á calidad de respetar y cumplir las condiciones precedentes, en razón á que por las que contiene no es inmensa, y en todo evento la dan por insinuada con las solemnidades legales, excluyendo á sus hijas Doña Magdalena, Doña Francisca, Doña María Agueda y Doña María Teresa, y á su descendencia, con lo prescripto por el Fuero, lo mismo que al contrayente, del resto de los bienes, siempre que más adelante no le señalen alguna otra cosa; bien entendido de que si, contra lo que no esperan, no tuviese aplicación el Fuero, quieren que en tal caso la donación y consignaciones causadas se consideren hechas en pago de legítimas, en lo que excedan como legado y mejora, según el Código civil, y si aun separase el exceso como venta, figurando como precio el todo ó la parte de las cuatro mil setecientas cincuenta pesetas, que se determinan en la condición primera. —————

Los citados Don José Manuel de Unamunzaga y su mujer, consiguiente á lo convenido, pagarán, sin mancomunidad alguna entre ambos, los gravámenes á que se refieren los números doce y diez y siete de la precitada certificación de fecha ocho de Octubre próximo pasado, y cualesquiera otros que apareciesen contra la finca de que se trata, comprometiéndose á dejarla libre de toda carga real y responsabilidad, salvas las que se establecen por virtud de la donación contenida en esta escritura. —————

Los nominados Don José Antonio de Amalovieta y Doña María Antonia de Basterrechea, á fin de que la Doña Juana Bernarda de Amalovieta y Basterrechea, su hija, pueda ayudar á sostener las cargas de la nueva sociedad conyugal, por el enlace que va á contraer con el Don José Manuel de Unamunzaga y Maguregui, ambos le dan en dote estimada la cantidad de veinte y un mil doscientos reales, que hacen cinco mil trescientas pesetas, en los bienes que á

continuación se expresan: _____

En metálico, tres mil setecientas cincuenta pesetas. —

En un crédito contra Don Juan Ramón de Beristain y Andonaegui, vecino de Motrico, con interés anual de un cuatro y medio por ciento, según escritura otorgada en la villa de Ondárroa con fecha doce de Agosto de mil ochocientos ochenta y cinco por fedación de mí el Notario, mil pesetas. _____

Y en otro crédito contra Don Juan Pedro de Ibarzábal y Olabe, vecino de Echevarría, con interés anual de un cuatro por ciento, mediante escritura formalizada ante mí en esta villa el treinta de Diciembre de mil ochocientos ochenta y ocho, quinientas cincuenta pesetas. _____

Importan el numerario y los créditos expresados, ó sea el total de la dote, cinco mil trescientas pesetas. —

Declaran dichos Don José Antonio y su mujer, que excluyen y apartan á sus otros hijos y á su descendencia, en cuanto á la dote que constituyen á su nombrada hija Doña Juana Bernarda, con lo señalado por Fuero, lo propio que á la contrayente del resto de los bienes de los que hablan, siempre que más adelante no la consignent alguna otra cosa. _____

El expresado Don José Manuel de Unamunzaga y Maguregui, por su parte, dice: que se da por entregado de los bienes que constituyen la dote de su futura esposa, mediante recibe en este acto, á presencia de los testigos y de mí el Notario, de que doy fe, las copias autorizadas de los créditos de que se hace referencia y las tres mil setecientas cincuenta pesetas, importe del dinero efectivo en billetes del Banco y en buena moneda de plata, obligándose á restituir los mencionados bienes totales ó el valor de los que no existan, cuando y á quien, según la ley, debiera haberlo. _____

Convienen todos los otorgantes en que los prenotados Don José Antonio de Amallovietta, Doña María Antonia de Basterrechea y los futuros casantes, vivirán juntos en la

casería titulada Laca-erdicoa, radicante en Berriatua, maneja á una mano la (labraza), digo, labranza y el ganado, alimentándose con sus productos y con lo demás que adquieran del trabajo en una mesa y compañía, y que, cubiertas las atenciones comunes, partirán á medias el sobrante, ayudándose mutuamente así en enfermedades como en sanidad, con el amor y cariño propio de personas tan allegadas. —————

Los futuros esposos, tributando á sus queridos padres las más expresivas gracias por la generosidad con que han procedido, aceptan la donación, consignaciones y dote precedentes, y se contratan para su matrimonio con cuantos bienes les dejan donados y consignados, y con los demás derechos y acciones que les asistan, comprometiéndose á cumplir las condiciones impuestas y á la celebración del enlace el mes de Febrero más próximo. —————

El prenotado Don José Manuel de Unamunzaga y Maguregui, en cumplimiento de lo que se previene en la condición primera, entrega en este acto á sus padres, Don José Manuel y Doña Francisca, la expresada cantidad de cuatro mil setecientas cincuenta pesetas, á presencia de los testigos y de mí el Notario, de que doy fe, en billetes del Banco y en buena moneda de plata, y en la copia primordial de la relacionada escritura de préstamo de mil pesetas, con interés anual de un cuatro y medio por ciento, de fecha doce de Agosto de mil ochocientos ochenta y cinco, al referido Beristain, y dándose ambos por satisfechos de la preindicada suma, confieren á favor de dicho su hijo el recibo y carta de pago más eficaces, y dejan cancelada y sin efecto la predicha condición —————

Los futuros esposos Don José Manuel y Doña Juana Bernarda, queriendo demostrar el amor y afecto que se profesan, se dan mutuamente la décima parte de sus bienes presentes, en conformidad á lo que dispone el Código civil.

El mencionado Don José Manuel de Unamunzaga y Aranceta, cumpliendo con la promesa hecha precedente-

mente, y en pago de las quinientas pesetas á que la misma se contrae, cede á su hijo Don José Manuel otra igual suma de quinientas pesetas del crédito de las mil que tiene en el mencionado Don Juan Ramón de Beristain, según la relacionada escritura de doce de Agosto de mil ochocientos ochenta y cinco, y aceptando esta cesión el hijo Don José Manuel, formaliza á favor de sus padres el correspondiente recibo. _____

Advertidos por mí el Notario, la Doña Juana Bernarda y sus padres, del derecho que asiste á la primera para exigir de su futuro esposo una hipoteca en seguridad de la dote, y el Don José Manuel de Unamunzaga y Maguregui de la obligación que tiene de prestarla en su caso, éste contestó: que carecía de otros bienes raíces fuera de los que acababan de donarle sus padres; por consiguiente, desde ahora, para cuando se inscriban á su nombre, hipoteca la finca rústica Bereincua-barrena, precedentemente deslindada, que responderá de cinco mil trescientas pesetas á que importa dicha dote. _____

Se pacta entre las partes, que si el matrimonio de que se trata se disuelve sin sucesión, aun habida, si fallece intestada ó sin llegar á la edad de testar, ó llegada, muere *ab intestato*; si la disolución ocurre por muerte del novio Don José Manuel, la finca Bereincua-barrena, antes descripta, recaerá en dichos sus padres ó en el que de ellos sobreviva, y á falta de ambos, en sus prenotadas hijas Doña Magdalena, Doña Francisca, Doña María Agueda y Doña María Teresa, ó su descendencia, por cuartas y partes iguales; y si acontece por muerte de la Doña Juana Bernarda, su dote se restituirá á sus padres ó al sobreviviente de ambos, y en falta de los dos, á sus hijos Don Esteban, Doña María Josefa y Doña María Dominga, y su representación por tercias é iguales partes, en uno y otro caso, con abono de la dotación mutua causada precedentemente, debiéndose hacer la reversión de la dote en el término de dos años, abonando hasta su decapitación el interés anual de un cuatro por ciento.

Todos los otorgantes establecen y pactan válidamente que, muriendo intestado uno de los futuros cónyuges, pueda el viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado. —

Asimismo convienen los contratantes, que las diferencias y cuestiones que pudieran suscitarse entre los mismos por razón de lo estipulado en esta escritura, se decidirán por amigables componedores, que deberán ser nombrados á la mayor brevedad posible, á cuya decisión se someten desde ahora. —————

Advertencias legales y otorgamiento ante tres testigos mayores de edad, vecinos de esta villa.

Número cuarenta y cuatro.

En la villa de Marquina, á uno de Febrero de mil ochocientos noventa y ocho. —————

Ante mí, Don Luis de Basterra y Arguiano, Notario del Ilustre Colegio territorial de Burgos, con residencia y vecindad en esta villa, y de los testigos que se expresarán, comparecen: —————

De una parte, Don Leocadio de Arrate y Elordi, de edad de veinte y nueve años, soltero, acompañado de sus padres Don Pedro de Arrate y Goicoechea-ibaseta y Doña Ramona de Elordi y Celaya, cónyuges legítimos, mayores de edad, labradores y vecinos de Jemein, provistos de cédulas personales corrientes de oncena y décima clase, números setenta y cinco, setenta y tres y setenta y cuatro, expedidas por el encargado de las en dicho su pueblo en seis de Septiembre. —————

Y de otra, Doña Carmen de Eguía y Alberdi, de diez y ocho años de edad, soltera, asistida de sus legítimos padres Don Francisco de Eguía y Gárate y Doña Josefa de Alberdi

y Ansola, mayores de edad, labradores y vecinos de Echevarría, provistos también de cédulas personales corrientes de oncena y décima clase, números quinientos cincuenta y tres, quinientos cuarenta y nueve y quinientos cincuenta, expedidas por la Alcaldía de su domicilio el veinte de Septiembre. _____

Precedida entre los matrimonios comparecientes la licencia marital en derecho necesaria, de que doy fe, asegurando todos hallarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles, y teniendo á mi juicio capacidad legal para este otorgamiento, de mutuo acuerdo dicen: _____

Que el Don Leocadio y Doña Carmen, con aprobación de sus padres, tienen concertado contraer matrimonio conforme al Santo Concilio de Trento y demás disposiciones vigentes, usando del consejo y licencia favorables que en este acto les dispensan dichos sus señores padres; y para que en todo tiempo consten los bienes que respectivamente aportan á él, otorgan esta escritura de capitulaciones bajo las siguientes cláusulas: _____

Primera. Los cónyuges Don Pedro de Arrate y Doña Ramona de Elordi, por los títulos que luego se expresarán, son actuales dueños y poseedores de las fincas rústicas radicantes en jurisdicción y término municipal de la citada anteiglesia de Jemein, que á continuación se describen. —

Aquí la descripción de las fincas. _____

Títulos de propiedad y cargas. _____

Segunda. Los esposos Don Pedro de Arrate y Doña Ramona de Elordi, en consideración al enlace de que se trata y por causa onerosa de él, usando de la facultad que les concede el Fuero de Vizcaya, aplicable en dicho su pueblo de Jemein, eligen y nombran como inmediato sucesor tronquero de los inmuebles deslindados á su repetido hijo Don Leocadio, con cuantos aumentos, mejoras, honores, usos, derechos, prerrogativas y servidumbres han tenido, tienen y les correspondan, causándole á la vez donación entre vivos é irrevocable de ellos, igualmente que el de cuarenta y

siete ovejas, tres vacas, tres novillas, dos novillos, muebles y herramienta de la labranza que poseen en la actualidad, sin excepción alguna, bajo los pactos y reservas siguientes:

A. Los donantes se reservan vitaliciamente, ó, lo que es igual, mientras la vida del último que fallezca de ellos, la mitad del usufructo y aprovechamiento de dichas fincas, asimismo que la mitad de los aumentos y productos de los demás bienes donados, respondiendo de la mitad de las contribuciones ó derramas que se impongan sobre la propiedad, y de la mitad de los intereses de las deudas que tienen contraídas hasta la fecha de hoy, de todas y cada una de ellas es noticioso su citado hijo. _____

B. El capital de expresadas deudas será de cuenta del donatario; pero los réditos han de pagar y abonarse hasta la total extinción del derecho de usufructo y demás consignado en la anterior condición, por mitad entre donantes y el donatario, según en ella queda dicho. _____

C. Serán de cuenta del donatario los funerales del último que fallezca de sus señores padres, y los del que premuera del viudo ó viuda, y del mismo Don Leocadio, por iguales partes, haciéndolos celebrar cual á su clase correspondía. _____

D. Los donantes señalan á sus otros hijos Doña Mercedes, Don Juan, Don Jenaro y Don Agustín, á saber: á Doña Mercedes, ochocientos veinte y cinco pesetas en dinero, dos camas completas con á cada cuja, sobrecama blanca y mudas dobles, ocho camisas y fundas de colchones de lienzo del país, una caldera de cobre, una mesa, una sartén, un candelero de latón y el aprendizaje de costurera durante un año; á Don Juan, quinientas cincuenta pesetas en metálico, dos camas completas con á cada cuja, sobrecama blanca y mudas dobles, una cómoda, una arca, una caldera de cobre, un par de layas, una azada, una hacha, ocho camisas y fundas de colchones de lienzo del país; y á Don Jenaro y Don Agustín, á cada quinientas cincuenta pesetas en dinero, una cama igual en todo que las anteriores, una

cómoda, una mesa, una caldera de cobre y ocho camisas, debiendo ser toda la ropa blanca sin entrar en agua y el mueblaje nuevo. Lo referido ó señalado precedentemente se hará y cumplirá entre los donantes y el donatario por mitad ó partes iguales; pero si fallecieren aquéllos antes de que sus hijos Doña Mercedes, Don Juan, Don Jenaro y Don Agustín, ó uno ó más de ellos contraigan matrimonio ó tomen otro estado, el mencionado Don Leocadio vendrá obligado en este caso á dar cumplimiento debido á cuanto va mencionado con respecto á sus hermanos. _____

E. El donatario no podrá vender ni cambiar los semovientes, muebles y herramientas de que se hace mérito sin expreso consentimiento de sus señores padres ó del sobreviviente de ellos, cuidando siempre de igual número de los primeros cuando menos, á no ser que desaparezcan por enfermedad ú otra causa ajena á su voluntad. _____

F. Los donantes y los futuros esposos han de vivir juntos, manejando á una mano la labranza y el ganado, y de sus productos y con lo demás que adquieran del trabajo se alimentarán en una casa, partiendo ó poniendo á medias lo que sobre ó falte; y si por un acto de mera espontaneidad ó por el motivo que fuere se separasen, procederán á la repartición de los bienes que posean, respondiendo de las deudas en igual proporción. _____

Cuarta. En su virtud, los repetidos Don Pedro de Arrate y Doña Ramona de Elordi se desisten y apartan de la propiedad, Señorío y todo otro derecho que habían y tenían á las fincas y demás bienes y derechos donados y consignados, y los ceden, renuncian y traspasan, con subrogación de acciones en forma, en el hijo Don Leocadio y su representación, constituyéndole en su mismo lugar y grado, y confiriéndole amplio poder para que los posea, goce, use, y disponga como de cosa propia adquirida con justo y legítimo título, tome si gusta la posesión judicial ó extrajudicialmente, y ejercite todos los actos en pleno y absoluto dominio, á calidad de respetar y cumplir las condiciones es-

tablecidas, pues se obligan á haber por firme esta donación y á no revocarla con motivo ni pretexto alguno, en razón á que por la reserva y obligaciones que contiene no es inmensa, y en todo evento, la dan por insinuada con las solemnidades legales; excluyendo á sus otros hijos Don Juan, Don Jenaro, Don Agustín y Doña Mercedes de Arrate y Elordi, con lo prescripto por el aludido Fuero. —————

Quinta. El prenombrado Don Leocadio de Arrate y Elordi acepta la donación, prometiendo cumplir las obligaciones impuestas, y se contrata para su matrimonio con cuantos bienes acaban de donarle sus señores padres, declarando los tres que los semovientes, muebles y herramienta donados los aprecian en mil quinientas pesetas. —————

Sexta. Los cónyuges Don Francisco de Eguía y Gárate y Doña Josefa de Alberdi y Ansola, constituyen á su nombrada hija Doña Carmen, como dote estimada para su consorcio, la cantidad de mil trescientas setenta y cinco pesetas en los bienes siguientes: —————

En metálico, ochocientos veinte y cinco pesetas. —————

En dos cujas de barco, dos jergones, dos colchones, ocho sábanas, cuatro almohadas con ocho fundas, dos sobrecamas blancas de hilo, dos mantas de lana, dos colchillas, una cómoda, una arca, dos sillas, una cesta grande, una herrada, una caldera de cobre, un candelero, un par de layas, una azada plana, otra de dos púas, tres fanegas de trigo y otras tantas de maíz, y tres cestas cargadas al estilo del país, quinientas cincuenta pesetas. —————

Suman las dos partidas mil trescientas setenta y cinco pesetas: los muebles, ó sea el arreo, ofrecen entregarla el día que se case, y el metálico, que consiste en ochocientos veinte y cinco pesetas, presentan ahora en billetes del Banco de España. —————

Séptima. La citada Doña Carmen de Eguía y Alberdi se contrata para su matrimonio con el metálico y demás bienes donados por sus padres, y éstos excluyen á los demás hijos, Don Francisco, Don Nicolás, Doña Luisa y Don

José con lo prescripto por dicho Fuero, lo mismo que á la contrayente, del resto de los bienes, siempre que más adelante no le señalen alguna otra cosa. —————

Octava. El contrayente Don Leocadio de Arrate acepta dicha dote en el concepto de estimada; recibe en este acto, de los preindicados Don Francisco de Eguía y Doña Josefa de Alberdi, la expresada suma de ochocientas veinte y cinco pesetas en billetes del Banco de España, á mi presencia y de los testigos, de que doy fe, de cuya cantidad otorga carta de pago y promete satisfacerla á su futura esposa ó á quien la represente legítimamente en los casos prevenidos por las leyes. —————

Novena. Yo el Notario advertí á Doña Carmen de Eguía y sus padres de su derecho para exigir una hipoteca en seguridad de la dote y al Don Leocadio de Arrate de la obligación que tiene de prestarla en su caso, y enterado éste, contestó: que desde ahora, para cuando se inscriban á su nombre los bienes donados, hipoteca la casería titulada Ituarte de arriba, con sus pertenecidos antecedentemente descriptos y deslindados, respondiendo de ochocientas veinte y cinco pesetas. —————

Décima. Enterados Don Francisco de Eguía y su mujer de la anterior hipoteca, la calificaron y admitieron como bastante, dándose por satisfechos á nombre de su hija. —

Undécima. Los futuros cónyuges Don Leocadio de Arrate y Doña Carmen de Eguía, para el caso de que el matrimonio se disuelva sin sucesión, se dotan mutuamente con quinientas cincuenta pesetas, manifestando que esta manda no se entienda como aumento de dote. —————

Duodécima. Es condición precisa de este contrato que si la disolución del matrimonio de que se trata ocurre por muerte del novio, recaerán las fincas donadas, á falta de sus padres, en dicho su hermano Don Juan, con obligación, por parte de éste, de devolver á la repetida Doña Carmen sus aportaciones, dotación mutua y mitad de gananciales, y de cubrir las responsabilidades que las afectan; enten-

diéndose la disolución sin sucesión ó descendencia. —

Décimatercera. Dichos Don Leocadio de Arrate y Doña Carmen de Eguía, en el supuesto de que su enlace se realizara al objeto de evitar las funestas consecuencias que las muertes intestadas ocasionan en las familias, se confieren recíproco poder amplio, absoluto y general tan bastante como se requiera, para que el que sobreviva por sí y en nombre del que premuera, sin otra disposición haga como y cuando considerase conveniente entre los hijos que procreasen de su matrimonio la distribución, reparto y donación de cuantos bienes, derechos y acciones fueren dueños en cualquier concepto, por contrato entre vivos, última voluntad ú otro cualquier instrumento ó instrumentos, en uno solo por el todo de ellos, ó en distintos por parcialidades, ya atemperándose al Fuero del Señorío, ya á las leyes generales, con la mejora ó beneficios permitidos, ó bien á uno y otras á la vez, pues desde luego aprueban cuanto á su virtud se dispusiere, como si por ambos fuere determinado, prorrogándose el término á voluntad del apoderado, bien entendido de que lo que se determine por testamento será revocable según su naturaleza, quedando subsistente el que últimamente se formalizare, al menos si ser pudiese.

Décimacuarta. Las diferencias y cuestiones que pudieran suscitarse entre los interesados por razón de lo pactado en esta escritura se decidirán por amigables componedores, que deberán ser nombrados por los mismos interesados en el término de quince días, á cuya decisión se someten desde ahora. —

Advertencias legales y otorgamiento ante tres testigos, mayores de edad, vecinos de esta villa.

CAPÍTULO IX

De la compraventa. — Sentido de las disposiciones del Fuero. — Llamamientos forales. — Sanción en caso de incumplimiento: acción de nulidad. — Quiénes pueden ejercitarla. — Crítica de los preceptos del Fuero. — Del infanzonado ó tierra llana, según el Apéndice.

He dicho repetidas veces que el Fuero de Vizcaya, en lo que tiene de peculiar y característico, no es otra cosa que un cuerpo de leyes que tiende á regular principalmente, y que, en efecto, regula la transmisión de la propiedad inmueble; y de acuerdo con esta consideración, cuya certeza ha podido ya ser comprobada en los capítulos precedentes, he venido estudiando las formas que se pueden llamar tipos de transmisión, empezando por aquellas como la sucesión, testada é intestada, y el matrimonio, en las que se transmite una universalidad de bienes.

Réstame, pues, para terminar mi trabajo, tal y como me lo había propuesto, estudiar las transmisiones á título singular, que serán objeto del presente capítulo.

El hecho jurídico del cambio, factor indispensable del progreso moral y económico, en su forma particular de troque de casa por dinero ó numerario, constituye hoy, y ha constituido de antiguo, el tipo más general y que mayor perfección técnica ha conseguido en su reglamentación legal, de las transmisiones á título singular.

De aquí que, como quiera que éste no es un trabajo de

exégesis, que forzaría, en rigor, al obligado comentario de todas las leyes del Fuero, al tratar de las transmisiones singulares, he de fijarme únicamente en la compraventa; de una parte, porque la sola consideración de este contrato en el Fuero basta para poner de manifiesto su espíritu en este punto, y de otra, porque á las relaciones jurídicas que ese hecho engendra son á las que el legislador vizcaíno ha consagrado su mayor atención.

Para quien haya pasado su vista por el Fuero de Vizcaya es, sin embargo, cosa olvidada, de puro sabida, que en este texto legal no hay que buscar una reglamentación completa y sistemática del contrato de compraventa. El concepto de este acto, su naturaleza jurídica, las relaciones que engendra y, en una palabra, todo lo que en él hay de esencial y de general, se da por sabido; existe como una especie de tácita alusión al derecho común, y, en una palabra, no ha sido objeto de la atención del legislador vizcaíno. El Fuero sólo se ocupa de ciertas incidencias del contrato de compraventa, de lo que en él hay de peculiar y característico, de aquellas materias relacionadas con esta forma de transmisión de la propiedad, en las que se estimó preciso, de acuerdo con las necesidades de la época y con otros principios del Derecho vizcaíno, introducir modificaciones de importancia en lo que constituía el Derecho de Castilla.

La compraventa para el Fuero, antes que un acto que puede dar lugar, según sus clases, á hipótesis de cumplimiento é incumplimiento, etc., á muy complejas relaciones entre las partes y aun respecto de terceros, es, sobre toda otra consideración, un medio, por virtud del cual la propiedad inmueble cambia de titular, pasa de un patrimonio jurídico á otro, encierra, en suma, una transmisión que, desde su especial punto de vista, ha estimado que afecta, no sólo á los individuos que en ella intervienen, sino á las familias.

Y como quiera que, dado el carácter familiar de la propiedad vizcaína, y teniendo en cuenta que la organización

de la familia es la base de la organización social, resulta indudable que la transmisión de la tierra, en este respecto, viene á revestir un cierto carácter de derecho público; de aquí que el Fuero haya prestado singular atención á este fenómeno del cambio de dueño de la raíz para evitar en lo posible, desde su especial punto de vista, que el ejercicio de las actividades meramente individuales, privadas, pueda perturbar el régimen social que fluye de los principios de derecho público que informan la vida social de Vizcaya.

Este es el criterio del Fuero, en él se contiene el motivo de sus disposiciones: si es acertado ó no, y si debe hoy día mantenerse, es otra cuestión, en la que me detendré después que sean conocidos los preceptos legales.

Antes de entrar á exponerlos, diré, sin embargo, que la redacción de estas leyes deja mucho que desear, y que, en mi opinión, esta parte del Fuero es la que reclama más urgente reforma.

*
* *

En la época de la formación de las instituciones civiles vizcaínas, tal y como después vinieron á reflejarse en el Fuero, y antes de la preponderancia que en los tiempos modernos ha ido tomando el Estado, representaba la familia en la vida social un papel, cuya importancia, como es de todos sabido, en vano se esfuerzan algunos en restaurar, al menos sobre las antiguas bases en que se asentaba. Indeseñvuelta, por decirlo así, la idea del Estado, ó, mejor dicho, encarnando esta idea en el grupo social familiar, era preciso que la familia fuera fuerte, fortaleza que, no solamente había de resultar de la cohesión moral de sus miembros, sino de la suma de medios económicos indispensables para ejercer las funciones que á la mayor amplitud y complejidad de sus fines correspondía.

Y claro es que siendo esto así, tuvo que llegarse á la ad-

misión de un principio limitativo de la libertad individual en el disponer del propio patrimonio, porque de no haberse aceptado, esa libertad individual hubiese sido bastante para dar al traste con una organización que el sentido tradicional abonaba y que las necesidades del momento exigían.

Á esto, y á nada más que á esto, pueden reducirse los preceptos del Fuero que se refieren á la compraventa. Si la compraventa es un acto de transmisión, es preciso fijar una serie de condiciones para evitar en lo posible que, median- te ella, los bienes salgan de la familia.

Estas condiciones, determinadas con mejor ó peor fortuna, son las que se contienen en las siguientes leyes:

«Ley I, tit. XVII: *En qué manera se han de vender los bienes rayzes y cómo se ha de publicar la venta, para que venga á noticia de los profincos.* — Primeramente, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que si alguno quisiere vender algunos bienes rayzes, que los venda, llamando primeramente en la Iglesia, do es la tal heredad, ó raiz sita, en tres Domingos en renque, en presencia de Escrivano público al tiempo de la Missa Mayor á la hora de la Procession, ó Ofrenda; declarando cómo los quiere vender, y si los quieren profincos; y assi llamado, si durante los dichos llamamientos parecieren á se oponer algunos, diciendo, que son profincos, y que quieren haver los dichos bienes, como tales profincos á precio de Homes buenos; que la tal oposicion hagan en presencia de Escrivano público, y lo hagan notificar al tal vendedor; y del dia de la tal notificacion al tercero dia parezcan ambas las partes ante el Corregidor, ó su Teniente, ó Alcalde del Fuero, y assi parecidos cada uno de las partes, nombre su Home bueno por apreciador, y un tercero les nombre el Juez: Y éstos nombrados, juren que bien, y fielmente haran el apreciamiento; y parecidos assi ante el dicho Alcalde, assi el vendedor, como el tal profinco, ó profincos, presten ende cada dos Fidores raygados, llanos, y abonados; el profinco, para hacer la paga en los tercios que debaxo seran declarados, y el vendedor, para facer la venta, y que los bienes serán sanos, y buenos; y passe ende por contrato público, y prestadas las dichas fianzas, los tales apreciadores sean compelidos á acetar, é jurar, é apreciar. so las penas, que el Juez les pusiere, á costa, é despensa de las partes, é su cóngruo salario; é hagan el dicho apreciamiento jurando (segun dicho es) é yendo á los dichos bienes, é lo declaren en presencia de Escrivano público, y sea notificado á las partes. Y si el

precio fuere de mil maravedis abaxo, el tal profinco sea obligado á lo pagar luego; y si fuere dende arriba, en tres tercios, la tercia parte luego en notificándose el precio, y el otro tercio dende á seis meses, y el tercio (que es la entera paga) dende á otros seis meses; y que pasado qualquier de los dichos plazos en adelante, el Juez (siendo requerido por parte del tal vendedor, con los tales Autos, y venta) mande dar Mandamiento, para que los tales Fiadores sean presos, y estando presos vendan sus bienes, como bienes de maletría, y el Executor lo haga, y cumpla, llevando sus derechos de execucion por la quantia que se executare; y con tanto, quede la tal venta firme, y valedera.»

El medio ideado por el legislador consiste, pues, según se desprende de la ley citada: primero, en imponer á todo el que quiera vender bienes raíces la necesidad de efectuar ciertos llamamientos públicos, con objeto de que llegue á conocimiento de los parientes el propósito ó la intención de enajenar; segundo, en conceder un preferente derecho á esos parientes para verificar la compra; tercero, en señalar el procedimiento que se ha de seguir para determinar el justo precio; y cuarto, en señalar también la forma y plazos en que el precio debe ser satisfecho.

No deja la ley lugar á dudas de ninguna especie en cuanto á que en ella están comprendidos los bienes que se dicen troncales y los no troncales; de manera que sea cual fuere la clase de bienes raíces que se vayan á enajenar, los llamamientos deben hacerse siempre; pero sin que esto prejuzgue la cuestión de los efectos que produzca el incumplimiento de este requisito.

Los bienes inmuebles, según el Fuero, son troncales ó no troncales, y los parientes pueden ser también de dos clases, tronqueros y no tronqueros, sino simplemente profincos. Pues bien: sobre estas fundamentales distinciones giran todos los preceptos del Fuero, y en relación con ellas se determina la preferencia del derecho á comprar cuando se presentan varias personas que quieren ejercitarlo.

Hé aquí la ley II del tít. XVII, que fija ese orden de preferencia:

«*Quando muchos parientes concurren á comprar los bienes rayzes, qual se ha de preferir.* — Otrósi, si acaeciére que en los tales llamamientos, concurren muchos profincos, y entre ellos unos mas profincos que otros, y todos en igual grado, ó de diversas lineas, unos de partes del Padre, otros de partes de la Madre, en tal caso dixerón: Que havian de Fuero y establecian por Ley, que siendo los tales bienes del tronco, y de la linea del Padre, se prefieran los profincos de aquella linea, cada uno en su orden, y grado (es á saber) el mas cercano, y profinco se prefiera á los que son en grado mas remoto, aunque los de la linea de la Madre sean mas cercanos en deudo, y en sangre; y si los de la tal linea del Padre fueren muchos, y todos iguales en deudo, y sangre, concurren por iguales partes. Pero si los bienes fueren dependientes, y del tronco de la linea de la Madre, concurren, y se prefieran los profincos de aquella linea, segun, y de la manera que dicha es á los profincos de partes del Padre: Y si acaeciére, que algunos de los dichos bienes no se dicen troncales, salvo, que alguno los compró, ó Marido, ó Muger los compraron de extraño; en tal caso, los de cada una linea los hayan á medias, y concurren, y se prefieran segun, y en la forma, y manera suso declarada. Pero si no los compraron de extraño, sino porque venian, y dependian del tronco, y linea de el Marido, ó de la Muger, que en tal caso los profincos de aquella linea, de donde los huvieron comprado, concurren y se prefieran á los de la otra linea por su orden, é grado, que de suso es declarado: é que lo que dicho es en las ventas que se hacen á voluntad, y por los mesmos Dueños de los tales bienes rayzes, haya lugar en toda raiz, que se venda en Vizcaya, por via de execuciones en el admitir, concurrir, ó preferir unos profincos á otros, y por la mesma orden, y grado, y tronco, é linea se admitan á la compra de los tales bienes; con que hagan la dicha paga al Acreedor, ó Opositores, prestando las mismas Fianzas, y por los mesmos plazos, y terminos, é por aquella via, é forma que de suso está declarado, á precio de los tales Hombres buenos. Pero si acaeciére, que á los tales tres llamamientos hechos á la raiz pariente alguno profinco no se opusiere, ni recudiere; que dende en adelante, el dueño de la tal heredad la pueda vender á quien quisiere, y pariente, ni propinquo alguno, no la pueda demandar al tal comprador por via, ni manera alguna.»

Tampoco esta ley deja lugar á la duda de si los simplemente profincos tienen derecho á comprar los bienes, pues la afirmativa es indudable, si bien el derecho de los tronqueros, es decir, de los parientes de la linea de donde pro-

ceden los bienes, es desde luego preferente. Claro es que si después de los tres llamamientos no apareciese pariente alguno queriendo comprar los bienes, éstos podrán ser vendidos libremente, sin que nadie pueda inquietar al comprador extraño por razón de la compra que de esa suerte lleve á cabo.

Mas era menester fijar la sanción del precepto que establece la necesidad de los llamamientos, sanción que al propio tiempo fuese garantía de los derechos de las personas que con esos llamamientos se trata de amparar, y á este propósito obedece la ley VI del tít. XVII, cuyo tenor literal es como sigue :

« Que si no se vendieren los bienes con la solemnidad de las Leyes de este Titulo, no valga la venta en perjuicio de los parientes.— Otrosi, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley; que si acaeciere que algun Vizcayno vende bienes rayzes algunos de Vizcaya, sin dar primero los dichos llamamientos en la Ante-Iglesia; que en tal caso, los Hijos, ó Parientes mas profincos de aquella línea, puedan sacar los tales bienes. Y si acudieren despues de pasado año, y dia, no sea oydo, ni admitido, salvo con juramento, y solemnidad que haga, que no supo de la dicha venta; ca en tal caso, aunque acuda despues dentro de tres años de el dia de la tal venta sea admitido, segun, y de la forma que de suso está dicho, y declarado, en caso que haya llamamiento.»

Prescindo de las demás leyes del tít. XVII, porque con las citadas basta para conocer el espíritu del Fuero.

Prescindiré también de tratar, con la extensión que, por ejemplo, lo hace Chalbaud, de las diversas cuestiones á que estos preceptos dan lugar; pero sí me ocuparé en pocas palabras en fijar, una vez conocido el texto de la ley VI del título XVII, el carácter del derecho á comprar que á los parientes se reconoce y el alcance de la sanción contenida en dicha ley VI.

Desde luego se ocurre que este derecho de compra no es propiamente un retracto, en lo cual suelen estar conformes los escritores que han estudiado esta materia. Las diferencias entre una y otra acción saltan á la vista, y no hay que

consignarlas ahora : el único punto de semejanza que entre ellas existe se reduce á la consideración de que ambas tienen á privar de eficacia jurídica á un contrato de compra-venta, aunque por distinto motivo y de diferente manera. Tampoco es un derecho de tanteo.

La acción que se ejercita en virtud de las citadas leyes del Fuero es una acción que, dentro del tecnicismo jurídico admitido, puede ser calificada de acción de *nulidad*.

La ley ha dispuesto que á las ventas de bienes raíces de Vizcaya precedan ciertos requisitos (los llamamientos).

Estos requisitos han sido fijados con el carácter de derecho absolutamente necesario; de suerte que su ausencia determina la nulidad del acto, en cuya ejecución, omitiéndolos, se ha infringido la ley.

Pero en el Fuero, al menos en este punto, no se reconocen nulidades de pleno derecho. En rigor, no hay más que actos anulables, es decir, actos cuya nulidad puede y debe ser declarada por los Tribunales en el caso de que conjuntamente se den estas dos circunstancias, á saber : primera, que se demuestre la infracción legal; y segunda, que esta demostración se haga por aquellas personas á quienes la ley ha concedido exclusivamente personalidad para ello. Porque claro es que, aun cuando el Fuero ha fijado, con el carácter de derecho necesario, el cumplimiento de esos requisitos, al cabo su precepto, si por un lado mira al derecho público, por otro hace relación al derecho privado de los particulares, á quienes sirve de garantía; mas la acción tutelar de la ley tiene su justo límite allí donde su eficacia puede redundar en coacción de la libertad civil de los ciudadanos, y, por lo tanto, no puede obligar á éstos á que hagan ó no hagan lo que queda enteramente fuera de la esfera propia del Estado.

Por esto, si las personas á quienes compete ejercitar la acción de nulidad no la ejercen, el acto anulable sigue surtiendo sus efectos como si en su ejecución no se hubiese infringido precepto alguno.

El Fuero, por otra parte, ha fijado quiénes son estas personas que pueden pedir la declaración de nulidad, si bien lo ha hecho con muy poca fortuna.

Para mí no ofrece duda alguna que sólo los hijos y los parientes tronqueros de la línea de donde proceden los bienes vendidos sin llamamientos son las personas á quienes la ley concede esa facultad. Comprendo, sin embargo, que dentro del Fuero la cuestión puede parecer algo dudosa.

Porque lo parece, en efecto, es por lo que se hallan divididas las opiniones de los autores, afirmando unos que tienen personalidad para pedir la declaración de nulidad todos los parientes, aunque no sean tronqueros, á quienes se concede derecho á la compra, y sosteniendo otros que esa personalidad sólo asiste á los tronqueros, como creo más acertado.

La defectuosísima redacción del Fuero y la necesidad de acudir á lo que cómodamente se toma por su espíritu, prescindiendo de palabras indiscretamente empleadas, da motivo para sostener una ú otra opinión, según el particular punto de vista del autor que la sustente. El mismo precedente legal del Fuero viejo se invoca de consuno para sacar de él contradictorias consecuencias.

Realmente, la falta de sistema en el Fuero en este punto es grandísima; pero esa misma falta de sistema es un poderoso elemento de interpretación si se estima en su justo valor.

La ley VI del tít. XVII terminantemente dice que «*los Hijos, ó Parientes más profincos de aquella línea* (es decir, los tronqueros), *puedan sacar los tales bienes*». No menciona á ninguna otra clase de parientes, sino únicamente á los citados.

Ahora bien: tratándose nada menos que de la nulidad de actos de la vida civil, de materia propia de la esfera privada de los particulares, en la que sólo por excepción se autoriza esa especie de ingerencia extraña, que supone la necesidad de los llamamientos, entiendo que no es lícita-

mente posible ampliar esa limitación de la libertad privada más allá de los términos expresos y precisos de la ley, cualquiera que sea la discordancia que en vista de esta conclusión se observe entre los distintos preceptos del Fuero.

Y como éste dice que los hijos y los parientes tronqueros podrán sacar los bienes vendidos sin llamamientos, sólo á éstos debe considerarse atribuída esa facultad.

Pero es que entonces resulta una notable anomalía respecto de los profincos no tronqueros. A estos parientes se les reconoce su derecho á comprar; pueden presentarse á los llamamientos, y, á falta de los que gozan de preferencia sobre ellos, pueden quedarse con los bienes. Los llamamientos garantizan, en rigor, no sólo el derecho de los tronqueros, sino el de los simplemente profincos. Mas si los llamamientos faltan, ¿qué recurso queda á los profincos? Ninguno, absolutamente ninguno, dentro del Fuero, y este es uno de los más notables vacíos que en esta materia se notan en ese cuerpo legal.

Esta falta de sistema, decía antes, es á su vez un poderoso elemento de interpretación rectamente apreciado.

En efecto, es tan clara, es tan de bulto la poco airosa situación en que quedan los profincos á quienes no se concede el ejercicio de la acción de nulidad, á quienes asiste, en verdad, un derecho ilusorio, cuya efectividad depende de la malicia ajena, que en vista de semejante incongruencia hay que convenir en una de estas dos conclusiones: ó el Fuero, deliberada y reflexivamente, ha omitido á los profincos al mencionar las personas á quienes asiste la acción de nulidad, ó sin proceder con esta reflexión y esta persistencia en sus propósitos, no advirtieron sus autores la laguna existente entre sus disposiciones del tít. XVII. Y si ocurrió esto último, siendo el vacío tan palpable, no puede lícitamente atribuirse á otra causa que á la falta de un estado de conciencia lo suficientemente definido para que, en vista de él, se adoptase con decisión y energía uno ú otro criterio.

Esto último es lo que creo más probable, debido, bien á

la confusión y falta de armonía entre el Derecho común y el peculiar de Vizcaya, bien quizá al incipiente é indiscreto deseo de aunar ambos derechos, ó bien, por último, á la falta de una tradición fuerte que abonase el ejercicio de la acción de nulidad por los parientes simplemente profincos.

Y cuando en la época de la formación del Fuero actual no se vió claro en este punto, y, pudiendo haberse hecho, no se concedió de un modo expreso personalidad á los profincos, para el ejercicio de la mencionada acción; á las presentes alturas, después de los siglos transcurridos y después de la evolución, lamentada por unos, celebrada por otros, pero evolución indudable, al cabo, de la sociedad vizcaína, estimo que sería insensato el sostener que parientes no tronqueros pueden invocar en los Tribunales esa acción de nulidad de carácter marcadamente excepcional.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Febrero de 1866, al decir que para que pueda tener lugar el derecho de tanteo (así llama á la acción de nulidad), es preciso que la finca que se trata de vender tenga carácter troncal; puesto que, según tengo dicho en otro lugar, el carácter troncal de las fincas hace siempre relación á las personas, así como la cualidad de troncal del parentesco hace á su vez relación á los bienes.

Es también doctrina del Tribunal Supremo, en la sentencia de 23 de Febrero de 1882, que las leyes de privilegio, y restrictivas del libre ejercicio del derecho de propiedad del Fuero de Vizcaya (y la cuestión en que me ocupo se contiene en leyes de esa naturaleza, según el Tribunal Supremo) son de estricta interpretación, y no pueden extenderse á cosas y casos que no estén claramente comprendidos en sus preceptos, en cuyas palabras se encierra el criterio que vengo sosteniendo, como podrá fácilmente apreciarse.

Resuelto ya que el ejercicio de la acción de nulidad sólo corresponde á los hijos y parientes tronqueros, compréndese ahora cómo, á pesar del imperativo mandato de la ley,

que establece, sin excepción, la necesidad de los llamamientos, podrá prescindirse de ellos en ciertos casos, por ejemplo, cuando se trate de bienes no troncales, ó cuando no haya hijos ni parientes tronqueros. Mas podrá prescindirse de ellos, no porque la ley releve en esos casos de la obligación de llenar ese requisito, sino porque no existe sanción eficaz del precepto, puesto que no hay personas que puedan ejercitar la acción de nulidad, y, por lo tanto, el acto anulable se convalidará por el transcurso del tiempo.

Y nada más sobre estas cuestiones.

Con lo dicho hasta aquí basta para comprender que los preceptos del Fuero sobre compraventa deben ser lisa y llanamente derogados, por estar en pugna con el presente estado social y con las reinantes ideas económicas.

La familia vizcaína, á pesar del apego á la tradición de la gente de la tierra llana, no es hoy lo que fué en la época en que esos llamamientos eran, en verdad, *de fuero*, es decir, se usaban y se guardaban, hasta el punto que era rara la venta que no se hacía después de la debida publicación.

Lo que entonces, por la lentitud y escasez de las transmisiones de las caserías por compra, redundaba en beneficio del vendedor, puesto que pregonando la venta se facilitaba el que hubiese persona que las comprase, hoy se vuelve en evidente perjuicio del mismo, porque dificulta la transmisión con trámites largos si los llamamientos se cumplen, ó, caso de no cumplirse, deja el contrato en el aire por un lapso de tiempo que no tiene nada de breve.

Atenta, además, el criterio del Fuero á la libertad civil de los particulares, puesto que al privarles de la facultad de fijar el precio é imponerles la obligación de aceptar el que determinen hombres buenos, se anula ciertamente el mejor y el máspreciado de los derechos dominicales, y se da carta de naturaleza á ideas económicas sobre el valor y el precio de las cosas de todo en todo disconformes con las que ha traído la mayor complejidad y frecuencia de las relacio-

nes sociales, que ya admitió el Derecho aragonés al afirmar que «*tantum valet res quantum vendi potest*».

Por otra parte, la relativa estabilidad de la familia vizcaína para nada necesita de estos entorpecimientos gravosos en la transmisión de los inmuebles, pues esa estabilidad está suficientemente garantizada, de un lado, por el estado de conciencia de los vizcaínos de la tierra llana, que es su más firme fundamento, y de otro, por la libertad de testar y por el derecho legitimario de los tronqueros, tal y como lo he explicado en los capítulos precedentes.

He dicho *relativa* estabilidad, y lo he dicho deliberadamente, porque soñar con el regreso á organizaciones familiares, producto de una época que pasó; pretender que los montes de Vizcaya formen una infranqueable barrera que sustraiga á sus moradores á la ley de la evolución social, es pretender un imposible. No há lugar á discernir si la evolución operada es buena ó mala. Dejemos que cada cual la estime como quiera; pero la evolución es un hecho, y es un hecho también que la influencia de las leyes, al menos de estas leyes que tratan de la compraventa, no es eficaz para detenerla ni para anularla.

El *Apéndice* al Código civil, redactado por D. Carlos de la Plaza y Salazar, no ha tenido en cuenta, sin embargo, estas positivas razones, y en el tít. XII del libro 1.º, consagrado á la compraventa y la permuta, mantiene los llamamientos, el derecho á comprar de los ascendientes y los parientes tronqueros y la acción de nulidad. Sus preceptos, no obstante, modifican en mucho los del Fuero, introduciendo relativas mejoras; mas es en vano tratar de infundir vida á un cadáver, porque lo muerto no resucita con idéntica individualidad.

Las disposiciones del *Apéndice* en este punto estimo que no llegarán á convertirse en ley.

Ya que he nombrado el *Apéndice*, para terminar este capítulo y con él este trabajo, voy á hacerme cargo del título I del libro 1.º del mismo, destinado á determinar lo que se entiende por infanzonado ó tierra llana.

No está de más hacer ahora esta referencia al *Apéndice*, una vez que he expuesto todas las instituciones peculiares de Vizcaya. Los principios que contiene encierran, por otra parte, demasiada gravedad para pasarlos por alto y sin protesta.

Dice así :

«Artículo 1.º Las disposiciones de este *Apéndice* rigen en el infanzonado ó tierra llana de Vizcaya.

Art. 2.º Con la denominación de infanzonado ó tierra llana se designa todo el territorio que comprende la actual provincia de Vizcaya, excepción hecha de los trece términos municipales formados por las villas de Bermeo, Bilbao, Durango, Ermua, Lanestosa, Lekeitio, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda, y por la ciudad de Orduña.

Art. 3.º El territorio de los trece términos municipales exceptuados del régimen foral por el artículo anterior, se rige todo él por el Código civil, que también se aplica como derecho supletorio en el infanzonado. Por territorio de un término municipal se entiende todo el que abarca su jurisdicción civil, sea cual fuere la eclesiástica.

Art. 4.º Trayendo muchos trastornos en la práctica la duplicidad de leyes civiles de un mismo pueblo, con objeto de conservar la unidad que por esta ley se establece en cada término municipal en las agregaciones futuras de unos términos á otros, se observarán las reglas que siguen :

1.º Cuando se segregue parte de un término municipal para agregarla á otro de distinta ley civil, la parte segregada perderá su legislación para tomar la del término á que se agregue.

2.º Cuando se suprima un término municipal por carecer de vida propia, para unirlo á otro que la tenga, se aplicará á todo el territorio de los dos la ley civil que rija en el segundo.

3.º Cuando los dos términos fusionados tengan vida propia, se aplicará al nuevo término municipal que resulte de la fusión la ley civil que se convenga por los Ayuntamientos respectivos, y caso de no ponerse de acuerdo, se aplicarán desde el mismo día de la fusión las disposiciones de este *Apéndice* á todo el territorio de los dos.

Art. 5.º Los trece términos municipales de régimen general citados en el art. 2.º podrán optar en cualquier tiempo por el régimen foral, de conformidad con lo dispuesto por la Concordia de 1630, que está vigente en este particular, sometiéndose á las siguientes reglas:

1.º El acuerdo que sobre el particular tome el Ayuntamiento respectivo, ya *motu proprio*, bien á instancia de algún vecino, deberá ser ratificado por la mayoría del vecindario dentro del término de seis meses, sin lo cual quedará sin curso el expediente.

2.º Caso de ratificado, el expediente se elevará á la Diputación provincial para que lo apruebe, sin ulterior recurso si se han guardado las formalidades de la ley.

3.º El acuerdo del Ayuntamiento deberá referirse á todas las disposiciones de este *Apéndice*, y para todo el término municipal, es decir, que no se podrán pedir las disposiciones que rijan en una ó varias materias, ni todas ellas para parte tan sólo del término municipal, sino todo el *Apéndice* y para todo el término.

Art. 6.º La frase vizcaino infanzón que se usa más adelante sirve para designar á las personas sometidas al régimen foral de Derecho civil que se establece por este *Apéndice* .»

Estos artículos me sugieren las siguientes observaciones:

A) Es indiscreto é inoportuno el hablar de los trastornos que en la práctica trae la duplicidad de las leyes civiles en un mismo pueblo, porque á título de suprimir idénticos trastornos dentro del Estado, podrían derogarse las legislaciones forales de una plumada, con evidente injusticia. Mayores trastornos produciría el cambiar de pronto el régimen civil de un núcleo de población. Además, para solucionar esos conflictos está el Derecho, en el que siempre se contiene la fórmula de armonía. No es criterio jurídico el suprimir las cuestiones en vez de resolverlas.

B) La segregación de parte de un término municipal ó la supresión del mismo, obedecen siempre á causas puramente administrativas, que nada tienen que ver con el Derecho privado de los particulares; de donde se deduce que es completamente arbitrario alterar tan profundamente el Derecho civil como consecuencia tan sólo de una agregación ó de una supresión administrativa. Lo de la vida propia

á que alude el *Apéndice*, es una consideración por completo errónea, porque precisamente en las grandes capitales, que son las dotadas de mayor suma de elementos que aseguren una vida propia y próspera, es donde menos se siente y se vive el Derecho privado, y donde aparece más falta de eslabones la cadena de la tradición jurídica, que generalmente parece conservarse más fuerte y completa en los campos y en las aldeas.

C) Constituye una verdadera invasión en las funciones legislativas el que los Ayuntamientos que se agregan puedan convenir el régimen jurídico privado que ha de aplicarse al nuevo que de esta manera se forme.

D) Igual invasión contienen, á pesar de la Concordia de 1630, de vigencia dudosa en este punto, las atribuciones concedidas á los Ayuntamientos y á la Diputación provincial, en virtud de las cuales, los trece términos municipales sometidos al Derecho común pueden, sin intervención del Estado, prescindir de ese Derecho y someterse al régimen foral.

E) Al decir en el art. 3.º que por término municipal se entiende todo el que abarca su jurisdicción civil, se desconocen los motivos del Fuero, puesto que esa afirmación lleva consigo la consecuencia de que partes de ciertos términos municipales, cuyos Ayuntamientos son villas, y que, sin embargo, están sometidas al Fuero actualmente, como, por ejemplo, el barrio de Barinaga, en Marquina, han de ver cambiado de pronto su régimen civil sin motivo que lo justifique.

Más observaciones podrían hacerse al indicado título del *Apéndice*, y aun las apuntadas podrían ser objeto de más amplio desarrollo; pero con lo dicho entiendo que basta para hacerse cargo de la gravedad que entrañan las disposiciones citadas.

ÍNDICE

	Páginas
A MANERA DE PRÓLOGO.....	5
CAPÍTULO I	
<i>De la subsistencia de las legislaciones forales. — Sentido que debe inspirar su conservación.—Puntos de vista del Sr. Sánchez Román</i>	7
CAPÍTULO II	
<i>De la casería, como supuesto necesario de hecho de la legislación civil vizcaína: datos que importa conocer. — Indivisibilidad de la casería: función racional del Derecho ante esta exigencia de la realidad.....</i>	27
CAPÍTULO III	
<i>Las transmisiones de dominio como momento en el cual debe la ley civil dar las condiciones precisas para procurar la indivisión de la casería. — La sucesión testada: sus fundamentos. — Fórmula adoptada por el Fuero.....</i>	44
CAPÍTULO IV	
<i>Continúa el estudio de la sucesión testada. — La parte de libre disposición, según el Fuero y según el APÉNDICE redactado por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya.— Los denominados legados en favor del alma: estudio de la ley X, tit. XXI: criterio que inspira al APÉNDICE.....</i>	79
Derecho privado de Vizcaya.	18

CAPÍTULO V

Continúa el estudio de la sucesión testada. — Herederos forzosos: motivo de las disposiciones del Fuero. — Carácter de la fórmula de apartación. — Si toda sucesión MORTIS CAUSA es en Vizcaya de naturaleza troncal: la ley XVI del título XX: criterio del APÉNDICE. — Derechos sucesorios de los descendientes ilegítimos en el Fuero y en el APÉNDICE.. 114

CAPÍTULO VI

Continúa el estudio de la sucesión testada. — De la relación de troncalidad. — Parientes tronqueros y bienes troncales. — Derechos de los tronqueros en la sucesión testada. — Si los parientes ilegítimos pueden tener derecho a la legítima troncal. — Hasta qué grado se extiende en los colaterales tronqueros el carácter de herederos forzosos. — Computación de grados. — Lugares en donde rige la sucesión troncal. — Si toda raíz sita en los lugares donde rige el Fuero es siempre y en todo caso troncal. — La propiedad minera. — Los censos..... 149

CAPÍTULO VII

Continúa el estudio de la sucesión testada. — El testamento por comisario. — Del testamento de hermandad. — Del testamento ilburuco. — De la sucesión intestada. — Medios prácticos de atenuar sus inconvenientes..... 188

CAPÍTULO VIII

Del matrimonio en cuanto a los bienes. — De la comunidad de bienes. — Si tiene carácter obligatorio en Vizcaya. — Influencia del nacimiento y supervivencia de los hijos en el régimen de bienes del matrimonio. — Momento en que empieza la comunidad. — Limitaciones del principio de comunidad. — Del usufructo viudal. — Si la comunicación de

<i>bienes tiene carácter territorial: criterio del APÉNDICE. —</i>	
<i>Dos escrituras de capitulaciones matrimoniales</i>	213

CAPÍTULO IX

<i>De la compraventa. — Sentido de las disposiciones del Fuero. — Llamamientos forales. — Sanción en caso de incumplimiento: acción de nulidad. — Quiénes pueden ejercitarla. — Crítica de los preceptos del Fuero. — Del infanzonado ó tierra llana, según el APÉNDICE.</i>	257
--	-----



AVD·ZEA

Academia
Vasca de
Derecho

Euzko Legebiltzaren
Eusko
Academia