

LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN EL DERECHO CIVIL-FORAL DE BIZKAIA

The juridical condition of women in the civil-statutory law of Bizkaia

Emakumearen egoera Bizkaiko Foru Zuzenbide zibilean

Itziar MONASTERIO ASPIRI
Universidad de Deusto / Deustuko Unibertsitatea

La mujer –dentro de la familia y la sociedad en Bizkaia– ocupa un lugar preeminente, que se traduce en una plena equiparación con el marido y hermanos. Participa por igual con el marido en los bienes del matrimonio y tiene con éste *hermandad y compañía de todos sus bienes*, de manera que el marido requiere del consentimiento de la mujer para disponer de los mismos válidamente.

En caso de disolución del matrimonio a causa de la muerte del marido, si se confirieron *alkar poderoso*, la mujer adquiere el usufructo universal de los bienes, y adicionalmente puede disponer de la herencia de su marido y elegir en su nombre un sucesor/a de sus bienes. Asimismo –en base al principio de *libertad de elección de sucesor*– la mujer puede ser elegida como sucesora del patrimonio familiar, desplazando el principio de masculinidad o progenitura propio de otros sistemas. Los aspectos descritos y otros complementarios se analizan a la luz de los Fueros de Bizkaia (XV-XVI) y de los documentos notariales y judiciales (XVII-XIX), extraídos de los Archivos Históricos de Bizkaia.

Palabras clave: Vasconia. Fueros. Documentos. Archivos Históricos. Hermandad y compañía. Alkar poderoso. Libertad de testar. Paridad marido-mujer.



Emakumeak (familia eta gizarte barruan Bizkaian) lehtasunezko lekua hartzen du, gizon eta anaiekin parekotasun osoa lortuz. Gizonarekin berdín parte hartzen du ezkontza ondasunetan eta honekin *ondasun guztien anaitasun eta laguntza du*, honela gizonak emakumearen baimena behar du hauek erabiltzeko.

Ezkontza desagintzen bada gizona hiltzen delako, *alkar poderoso* deritzaiona eman bazuten, emakumeak ondasun guztien usufruktu unibertsala jasotzen du, eta osagarri bezala bere gizonaren oinordetza hartu dezake eta haren izenean bere ondasunen oinordeko bat aukeratu. Era berean (*oinordea aukeratzeko askatasunaren* printzipioa kontutan hartuta) emakumea aukeratu daiteke familiako ondasunen oinorde modura, beste sistemetako gizon edota gurasoen printzipioak alde batera utziz. Deskribatutako ezaugarriak eta beste osagarri batzuk Bizkaiko Foruen inguruan aztertuko dira (XV eta XVI mendeetan) eta dokumentu notarial eta judicialak (XVII eta XIX mendeetan), Bizkaiko Artxibo Historikoetatik ateratakoak.

Giltza hitzak: Euskal Herria. Foruak. Dokumentuak. Artxibo Historikoak. Anaitasuna eta laguntza. *Alkar poderoso*. Testamendua egiteko askatasuna. Parekotasuna gizona-emakumea.



Women –within the family and society in Bizkaia– occupies a pre-eminent place that for all intents and purposes makes her equal to husbands and peers. She participates on an equal footing with the husband in the properties of the marriage and shares with him brotherhood and company in all his properties, so the husband requires his wife's consent to be able to dispose of such properties in a valid manner. In case of the solution of the marriage because of the death of the husband, if alkar poderoso were conferred, the wife acquires universal use of the properties, and she can additionally this those of her husband's inheritance and choose in his name a heir to his properties. Also –on the basis of the principle of freedom of election of a successor– the wife may be chosen as successor in the family matrimony, displacing the principle of masculinity or progenitorship, common in another systems. The aspects described in other complementary aspects are analysed in terms of the contents of the Statutes (Fueros) of Bizkaia (14th to 16th centuries) and of notary and judicial documents (17th to 19th centuries), extracted from the Historical Archives of Bizkaia.

Keywords: Vasconia. Fueros. Documents. Historical Archives. Brotherhood and Company. Alkar poderoso. Freedom of testament. Husband-wife equality.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA COMUNICACIÓN DE BIENES ENTRE MARIDO Y MUJER. 1. Regulación en los Fueros escritos (XIV-XVI). 1.1. Inicio de la comunicación foral. 1.2. Exigencia del consentimiento de la mujer. 1.3. Prohibición de embargo de su mitad. 2. Los documentos jurídicos sobre comunicación de bienes y la comunidad familiar pactada (XVII-XIX). 2.1. Evolución consuetudinaria de la comunicación foral. 2.2. El pacto de comunidad familiar. III. ALKAR PODEROSO, EL PODER TESTATORIO RECÍPROCO ENTRE CÓNYUGES. 1. Regulación en los Fueros (XIV-XVI). 2. Facultades del alkar poderoso en los documentos (XVII-XIX). IV. LIBERTAD DE ELECCIÓN DE SUCESOR O SUCESORA EN EL PATRIMONIO FAMILIAR. 1. El principio de libertad sucesoria (XIV-XVI). 2. La elección de sucesora en contrato matrimonial (XVII-XIX). V. ETORKIÑA, LA DOTE DEL ADVENEDIZO A LA CASA, SEA HOMBRE O MUJER. 1. La dote en los Fueros (XIV-XVI). 2. Documentos sobre la dote. (XVII-XIX). VI. LA EMANCIPACIÓN JUDICIAL POR PETICIÓN DEL MENOR O LA MENOR. 1. La emancipación en los Fueros (ss. XIV-XVI). 2. Expedientes de emancipación (XVII-XIX). VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de no discriminación por razón de sexo ha dado y está dando pie a numerosas reformas legales en la mayor parte de los Códigos civiles europeos. El Código civil español ha sido uno de ellos. El Código de 1889, así como la legislación castellana que le precedió, eran de corte romanista y por tanto daban un protagonismo al hombre, al *pater familias*, que negaba a la mujer, principio que se mantuvo hasta el constitucionalismo moderno. Fue en el año 1931 con la Segunda República, cuando se inició el cambio al proclamarse la igualdad de derechos para ambos sexos como fundamento del matrimonio¹. Este nuevo principio tuvo pocos años de vigencia. De hecho, con motivo de la

¹ La Constitución de 1931 proclamó la igualdad de derechos para ambos sexos y posibilitó la investigación de la paternidad.

guerra civil se volvió al régimen estatal, ahora bien, éste se vio alterado levemente por la aprobación de dos leyes. La del 24 de abril de 1958, que hizo mínimas concesiones a los derechos de la mujer; y la de 2 de mayo de 1975, que introdujo una variación esencial en el sistema, al suprimir el deber de obediencia de la esposa y declarar la plena legitimación de ésta para todos los negocios y actos de la vida civil, si bien, reservando al marido la dirección de la sociedad de gananciales y la patria potestad de los hijos.

Bajo el actual régimen constitucional la transformación del Código civil ha sido total. El principio constitucional de no discriminación por razón de sexo o filiación ha dado lugar a la inconstitucionalidad de bloques enteros del Derecho de familia, obligando al legislador a su reforma.

Ciñéndonos a las reformas relativas a la no discriminación por razón de sexo, la ley 11/1981 de 13 de Mayo ha reformado el régimen económico matrimonial atribuyendo al marido y a la mujer, en pie de igualdad, la gestión de la comunidad; se ha suprimido la institución de la dote; permitido la investigación de la paternidad y, en lo concerniente a las relaciones paterno filiales, conferido la patria potestad a ambos padres por igual.

Atendiendo al mismo principio, se han introducido modificaciones puntuales en materia de tutela² en el ámbito sucesorio³ y se ha autorizado legalmente la posibilidad de alteración del orden de los apellidos⁴.

Como puede observarse las reformas del Código civil en respuesta a la incorporación del principio de igualdad han tenido lugar en los 20 últimos años, reformas, que tratándose de leyes civiles, pueden considerarse ciertamente recientes. Por contraste, veamos cuáles son los principios en el Derecho civil-foral de Bizkaia.

El sistema civil-foral se viene inspirando desde la Edad Media en la equiparación plena del hombre y la mujer en derechos y obligaciones civiles. Principio que se incardina y guarda correspondencia con una cultura jurídica diferente, basada en los principios de igualdad, sentido social y libertad⁵. Sin ánimo de emitir juicios de valor, simplemente constato su diferencia. Resulta evidente la particularidad del sistema jurídico de Bizkaia, ajena en muchos casos a los principios e instituciones propias del Derecho romano y cercana o paralela a los sistemas jurídicos de corte pirenaico.

² Ley 13/1983, de 24 de octubre.

³ Ley 11/1990, de 15 de octubre.

⁴ Ley 40/1999, de 5 de noviembre.

⁵ El principio de igualdad inspira las instituciones familiares, el sentido social es una característica de la propiedad inmueble y la libertad con límites sustenta el sistema sucesorio.

La condición jurídica de la mujer en el Derecho civil de Bizkaia se asienta en el principio de equiparación plena con el hombre en derechos y obligaciones. Principio que inspiró los Fueros escritos de Vizcaya⁶, se mantuvo y evolucionó a través de la costumbre a lo largo de los cuatro siglos posteriores de silencio legal, plasmándose más adelante en la Compilación de Vizcaya y Álava aprobada por ley 42/ 1959 de 30 de julio. Este texto compilado sirvió como precedente a la ley 3/1992 de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco, actualmente vigente. Por tanto, puede afirmarse que con una antigüedad de siete siglos nuestro sistema se inspira en el principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, de actualidad en este momento.

A continuación trataré de la condición jurídica de la mujer ante la ley civil, analizando las instituciones nucleares pertenecientes al Derecho de familia: régimen económico de comunicación de bienes y régimen pactado de comunidad familiar; las instituciones pertenecientes al ámbito sucesorio: el alkar poderoso y la libertad de elección de sucesor o sucesora; otras instituciones: la dote del advenedizo a la Casa, a favor en su caso de la mujer o del hombre; y la emancipación judicial del menor o la menor con 18 años cumplidos.

Al tratar de cada una de las instituciones diferenciaré dos etapas históricas:

1. Etapa de los Fueros escritos de Vizcaya (XIV-XVI), en la que analizaré las instituciones civiles mediante el examen de los distintos textos legales.

2. Etapa de evolución consuetudinaria del Derecho civil-foral (XVI-XIX), en la que examinaré la evolución experimentada por cada una de las instituciones durante los cuatro siglos de silencio legal. Para ello analizaré los documentos notariales y judiciales extraídos de los Archivos Históricos de Bizkaia.

II. LA COMUNICACIÓN DE BIENES ENTRE MARIDO Y MUJER

1. Regulación en los Fueros escritos (XIV-XVI)

En virtud de la comunicación foral de bienes, la mujer participa por igual con el marido de los bienes del matrimonio y tiene con su esposo hermandad y compañía de todos los bienes. Según dicen los textos forales, *sean comunes a medias aunque el marido haya muchos y la mujer no nada o la mujer haya muchas y el marido no nada*.

⁶ Se respetará la grafía que figura en los distintos Fueros y del mismo modo en los documentos jurídicos.

La comunicación está regulada tanto en los Fueros locales de Durango de 1342, Fuero de Albedrío de las Encartaciones de 1503, como en los Fueros Territoriales de Vizcaya, Fuero Viejo de 1452 y Nuevo de 1526⁷. Debo matizar que cada uno de estos Fueros no contiene una regulación completa y sistemática de la institución, dada la antigüedad de estas leyes escritas y la técnica empleada al elaborarlas era previsible el que se produjeran lagunas legales; sin embargo, considero que existe otra razón de mayor calado que ha podido determinar esta realidad.

No debemos olvidar que la ley foral no es sino plasmación escrita de lo que habían por Fuero y costumbre en cada momento histórico. Circunstancia que pone de relieve que en Bizkaia la fuente originaria de creación del Derecho fuese la costumbre, tal y como se recoge en el Preámbulo que precede a las leyes, *que habían de Fuero y establecían por ley*⁸. Es decir, la ley nueva no se ocupa de plasmar por escrito la regulación completa que recibe una institución, sino que en algunos casos se limita a colmar lagunas existentes que han sido reguladas por la costumbre, y en otras a recoger la evolución experimentada por la institución también vía consuetudinaria, guardando silencio en aquello en lo que nada hubiera cambiado. Esta circunstancia, que expongo en relación a las leyes forales, ha determinado que en la comunicación de bienes sea unánime la doctrina al reconocer que es una institución de dudosa y compleja interpretación.

1.1. Inicio de la comunicación foral

Este es uno de los aspectos en los que difiere la interpretación de los textos forales por parte de la doctrina. Así, mientras Jado mantiene que comienza con la celebración del matrimonio, momento en el que se comunican los bienes entre los cónyuges, Lecanda lo niega, entendiendo que sólo tiene lugar cuando se disuelve el matrimonio con hijos⁹. Más adelante daré mi interpretación pero, al hilo de lo expuesto respecto al sentido de la ley foral, considero que ambas interpretaciones pueden ser complementarias.

⁷ *Bizkaiko Foru Legeria, Legislación Foral de Bizkaia*, Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia, 1991, Vol. I, recoge la totalidad de los Fueros de Bizkaia.

⁸ LALINDE ABADIA, Jesús, Derecho y Fuero. En LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. Zaragoza: Diputación General de Aragón, 1988, 11, T. I, pp. 11-88.

⁹ JADO VENTADES, Rodrigo, *Derecho civil de Vizcaya*, Segunda Edición (1923), reedición e introducción de CELAYA IBARRA, Adrián, Clásicos del Derecho Vasco, Bilbao, Academia Vasca de Derecho, 2004, p. 468.

Veamos qué dicen los textos forales y cuál es nuestra interpretación de los mismos.

De la lectura del Fuero de Durango 1342 extraemos que la comunicación de bienes tiene lugar a la muerte del marido o de la mujer, y en tal caso, el cónyuge sobreviviente puede tener en su poder la mitad de todos los bienes muebles y raíces, con la limitación de que no puede enajenar la raíz¹⁰. Este Fuero atribuye al cónyuge viudo tan sólo la mitad de la casería en usufructo de carácter vitalicio¹¹.

Por el contrario, el Fuero Viejo de Vizcaya de 1452 dispone que la comunicación entre marido y mujer tenga lugar a partir de la celebración del matrimonio, poniendo de relieve de forma simbólica la paridad existente entre marido y mujer, *aunque el marido tuviere muchos y la mujer nada o la mujer tuviere muchos bienes y el marido nada, se hacen comunes a medias*. Figura en estos términos.

Que habían de uso é costumbre é por fuero que cuando cualquier hombre con la mujer ó la mujer con el hombre casaseá ley é bendición según la Santa Madre Iglesia manda, que todos los bienes muebles ó raíces que el marido ó la mujer hobieren fueren comunes é hobieren á medias, aunque el marido hobiese muchos é la mujer non nada, ó la mujer muchos y el marido non nada, é que ansi ordenaban é ordenaron que valiese según fasta aquí fue usado é acostumbrado, como en esta ley se contiene¹²(...)

De forma complementaria, en el título de las arras, institución a la que dedica nueve leyes, dispone que las arras se comuniquen entre los cónyuges: *cuando algun home casare con alguna mujer é la mujer con el home, que los muebles bienes é raices de ambos á dos hayan de por medio á medio, asi la propiedad como el usufructo¹³*.

Para Monreal, las arras del Fuero Viejo se distancian tanto de la dote visigoda como de la romana. Tienen carácter dual, pueden constituirse en bienes inmuebles, su cuantía es ilimitada y deben sujetarse a unas formalidades tanto para su formalización como para su entrega. El sistema de comunicación de bienes coexiste y se superpone sobre el sistema de arras (art. 96, 97 y 100), siendo dos instituciones que presentan semejanza, en lo que concierne a su gestión y destino a los hijos del matrimonio para el que se constituyeron¹⁴. Presenta

¹⁰ Fuero de Durango 13?? (en el futuro F.D.) 4.

¹¹ F.D. 5.

¹² Fuero Viejo 1452 (en el Futuro F.V.) 117.

¹³ F.V. 96, complementariamente dedica a las arras: cap. 96-104.

¹⁴ MONREAL ZIA, Gregorio, *The Old Law of Bizkaia* (1452). Reno Nevada: Center for Basque Studies, University of Nevada, Reno, 2005, 122.

alguna cercanía con las arras de los Fueros antiguos de Aragón, en lo respecta a su naturaleza inmueble y su destino a los hijos¹⁵.

El Fuero de Albedrío de las Encartaciones 1503 regula la comunicación de forma más completa. Disponiendo que si el matrimonio se disuelve por muerte, todos los bienes muebles sean partidos por mitades entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto, dado que el marido y la mujer son *ameteros* en todos los bienes muebles a partir de la celebración del matrimonio. Mientras que respecto a los bienes inmuebles o raíces, serán *ameteros* si el marido a la mujer o la mujer al marido se *adotaren* en dichos bienes raíces por carta¹⁶.

Como puede apreciarse, tanto este Fuero como el Fuero Viejo dejan constancia de que el marido y la mujer a partir de la celebración del matrimonio ocupan un plano de igualdad en relación a los bienes.

El Fuero Nuevo dedica el título 20 a las dotes, donaciones y profincos, y ganancias de entre marido y mujer, encabezando la ley 1, *Que los bienes de el marido, y muger se comuniquen, muriendo con hijos; y como se han de partir, no los teniendo*.

Habían de Fuero, y establecían por Ley, que casados Marido y Muger legítimamente, si huvieren hijos, ó decendientes legitimos de en uno, y quedaren de aquel Matrimonios vivos (siendo suelto el Matrimonio) todos sus bienes de ambos, y dos, muebles, y rayces, assi en posesión 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 a medias y haya entre ellos hermandad, y compañía de todos sus bienes. Y en caso de que el Matrimonio se disuelva sin Hijos, ni Decendientes (por ser toda la raíz de Vizcaya troncal) que si el tal matrimonio ambos Marido, y Muger, ó alguno de ellos troxiere dote, ó donación bienes raíces: los tales se buelban, y queden con el que los truxo: Y s alguno de ellos vino a Casa, y Casería del otro con dote, ó donación de muebles, y semoviente; que suelto el tal Matrimonio sin Fijos, el tal, ó sus herederos, ó sucesores salgan con lo que truxo, y con la mentad de los mejoramientos, y multiplicado constante Matrimonio¹⁷.

Obsérvese que el Fuero Nuevo se limita a completar la regulación legal de la comunicación, es decir, en el Fuero Viejo se detalla cuando nace la comunicación de bienes entre los cónyuges y qué efectos produce¹⁸, mientras que el

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis, Firma de dote en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón, T. I.*, Zaragoza: Diputación General de Aragón, 1988, p. 746.

¹⁶ Fuero de Albedrío Encartaciones 1503 (en el futuro FAE) 2, 2.

¹⁷ Fuero Nuevo (en el futuro F.N.) 20, 1.

¹⁸ F V, 96.

Fuero Nuevo dispone qué ocurre con los bienes a la disolución del matrimonio, diferenciando dos supuestos: que haya descendencia, en cuyo caso hay comunicación de bienes; que no la haya, en cuyo caso vuelven los bienes a su procedencia.

En el Fuero Nuevo se recoge por escrito lo que por costumbre venía haciéndose en Bizkaia al disolverse el matrimonio. Costumbre escrita que no contradice lo dispuesto en el Fuero Viejo; al contrario, amplía su contenido, la completa. Tampoco existe contradicción entre los que entienden que la comunicación de bienes nace a partir de la celebración del matrimonio, con los que afirman que tiene lugar a su disolución por muerte. Ciertamente, la comunicación nace entre los cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio y continúa la que había tenido origen entre los padres, entre el padre o madre sobreviviente y los hijos de este matrimonio.

Inciendiando sobre estas ideas, añade Jado, que si bien la comunicación nace con el matrimonio y produce efectos durante el mismo, antes de su disolución se haya afecta a una condición, que al disolverse haya o no hijos; si los hay, la comunicación continúa entre el cónyuge sobreviviente y los hijos habidos de consuno; y si no los hubiere, la comunicación se resuelve¹⁹. De lo que se deriva que la comunicación nacida entre los cónyuges no es firme, produce efectos pero éstos bien pueden resolverse, si no hay descendencia; o consolidarse, si la hubiere.

De forma complementaria a la interpretación dada a los textos legales, añadido –que por coherencia con el sistema– ha de entenderse que la comunicación de bienes nace con el matrimonio, caso contrario incurriríamos en un error capital que dejaría como letra muerta y vacías de contenido las siguientes leyes:

*1. Constante matrimonio, el marido no puede vender bienes algunos pertenecientes en su mitad a la mujer, aunque esos bienes aportados al matrimonio provengan del marido*²⁰.

*2. Constante matrimonio, por deudas, delito o fianza del marido no puede ser embargada la mitad perteneciente a su mujer, porque esta mitad queda destinada a los alimentos de la familia*²¹. Aquí se está refiriendo a los bienes aportados por los cónyuges y no a los conquistados, dado que éstos últimos pueden venderse para pago de deudas²².

¹⁹ JADO VENTADES, Rodrigo, *Derecho civil de Vizcaya, op. cit.*, 468. CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco*. Madrid: Edersa, 1997, T. XXVI, p. 406.

²⁰ F.N. 20, 9.

²¹ F.N. 20, 7.

²² F.N. 20, 6.

3. *El cónyuge viudo cuando el matrimonio se ha disuelto sin descendencia tiene derecho de usufructo sobre su mitad por espacio de 1 año y 1 día²³. En este caso, al no quedar descendencia, sabemos que no tiene lugar la comunicación por muerte, luego su mitad, a la que se refiere el Fuero, es la recibida por comunicación al celebrarse el matrimonio.*

4. *Constante matrimonio, marido y mujer de forma conjunta o cada uno separadamente puede disponer de su mitad a favor de los hijos por donación o manda²⁴.*

5. *Constante matrimonio, los bienes adquiridos y del mismo modo los heredados sean comunes a medias²⁵. Aquí junto a los bienes gananciales se está refiriendo a los bienes heredados.*

1. 2. Exigencia del consentimiento de la mujer

Fuero Viejo, la Ley 122 va encabezada con este epígrafe: *Que el marido non pueda vender bienes raices de la mitad que pertenece a la mujer.*

(...) que ningunos bienes raices que a la mujer pertenecieren en la su mitad, non pueda vender ni enajenar el marido sin otorgamiento de la mujer é si lo hiciere non vala, aunque los tales bienes raíces vengan de parte del marido.

Fuero Nuevo, ley 9, Título 20, se expresa en estos términos: *Que el marido no pueda vender bienes sin otorgamiento de la mujer.*

Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que constante Matrimonio, el Marido no pueda vender bienes algunos raices, 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 del Marido.

De un análisis comparativo de ambos textos observamos que el Fuero Viejo prohíbe al marido la venta o enajenación de los bienes raíces de la mitad de su mujer sin el consentimiento de ésta, mientras que el Fuero Nuevo, con cierta incongruencia interna, prohíbe la venta de los bienes raíces, muebles y semovientes, y sin embargo, nada dice sobre la necesidad del consentimiento de la mujer para la enajenación de dichos bienes por otro título.

En la época se tenía claro la diferencia existente entre enajenación y venta. Los diccionarios de la época refieren que la enajenación es el acto por el cual se transfiere a otro la propiedad de alguna casa a título lucrativo u oneroso²⁶ y

²³ F.N. 20, 2.

²⁴ F.N. 21, 6.

²⁵ F.N. 20, 4.

²⁶ ESCRICHE, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, T. 1 y 2, Madrid, 1847.

de forma complementaria, si acudimos al Derecho supletorio vigente cuando se elaboraron ambos Fueros, la prohibición de enajenar abarca la de vender, cambiar, empeñar, poner servidumbre, darla en censo²⁷. Pese a este conocimiento, el Fuero Nuevo no exige el consentimiento de la mujer para enajenar bienes. De manera absolutamente gráfica Jado se pregunta, si siguiendo la literalidad del Fuero Nuevo, se exigiría el consentimiento de la mujer para que el marido pudiera vender la vaca que él aportó al matrimonio y sin embargo podría dar en censo o hipoteca la casa sin su consentimiento.

Veamos cuál es el espíritu de la norma. Sin duda trata de dar una participación a la mujer en plano de igualdad con el hombre en todos aquellos asuntos que le conciernen, por tanto, aunque la ley no lo diga, el marido no podrá traspasar a un tercero el dominio de sus bienes raíces por ningún título. Esta es nuestra interpretación, que en este punto coincide con la que sigue la doctrina vizcaína. Como veremos a continuación los documentos de los siglos XVIII y XIX que estamos examinando en el Archivo Foral de Bizkaia, marido y mujer comparecen y otorgan notarialmente la constitución de censos, arrendamiento y ventas.

Voy a referir un comentario que hizo al respecto el Sr. Alonso Martínez, insigne jurista que lideró la codificación civil española. A juicio de este autor, aunque consideró que debía conservarse la comunicación foral como régimen local de Bizkaia, entendió que la exigencia del consentimiento de la mujer debía suprimirse por considerarla vejatoria para el marido.

1.3. Prohibición de embargo de su mitad

Fuero Viejo, ley 120 *Vendidos los bienes del marido por deudas non le queda en los de la mujer mas que el usufructo de por vida.*

(...) que si por deuda o fianza que el marido ficiere se vendieren sus bienes dél, ó quando quisiere demediar en los bienes que quedaren de la mujer que non lo pueda facer ni haber parte en los que á ella fincaren, pero que se puedan mantener el marido y la mujer con el usufructo de los tales bienes en su vida, é después de su muerte los tales bienes que á ella fincaren todos enteramente, sean de la mujer para facer de ellos lo que quisiere, sin parte del marido ni sus herederos.

Fuero Nuevo, ley 7, Título 20, *De lo que se ha de hacer, quando el marido vendió su mitad de lo conquistado, ó lo perdió.*

²⁷ Partidas, 6, 33, 10.

(...) 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 haver su meytad en la otra meytad de su Muger, que no lo pueda haver; Antes sea enteramente de la Muger, constante Matrimonio; con que de ello se alimenten Marido, y Muger, y hijos; sin lo enagenar (...)

Estas dos leyes tienen contenido semejante, salvo la referencia a los bienes conquistados que, por error, figura en el encabezamiento del Fuero Nuevo. De su tenor literal se desprende que la mitad de los bienes *comunicados*, perteneciente a la mujer, no puede ser vendida por deuda o delito del marido, mientras que los gananciales pueden ser vendidos por sus deudas, no sólo la mitad sino en su totalidad²⁸. Esta mitad comunicada, perteneciente a la mujer, queda destinada a los alimentos de la familia.

De la lectura de estas leyes, destaco que el Fuero antepone la familia a los acreedores en aquellos casos en los que las deudas de uno de los cónyuges o las responsabilidades derivadas de la comisión de un delito, dejaran en peligro los alimentos de la familia y sin tener en cuenta su fortuna o el número de miembros de la familia, dispone que la mitad de los bienes aportados, comunicados, queden bajo la administración de la mujer para los alimentos, sin que puedan ser enajenados.

2. Los documentos jurídicos sobre comunicación de bienes y la comunidad familiar pactada (XVII-XIX)

Como he indicado la comunicación de bienes es una institución que ha dado pie a muchas dudas e interpretaciones contradictorias, sin que se haya puesto de acuerdo la doctrina en aspectos esenciales, tales como cuando tiene lugar el comienzo de la comunicación entre los cónyuges.

Si, tal y como entendemos, comienza con la celebración del matrimonio, tiene perfecto encaje el régimen legal del Fuero Nuevo, que establece la necesidad del consentimiento conjunto de los cónyuges para todo acto de disposición *inter-vivos* de los bienes comunicados; la prohibición de embargo de la mitad comunicada por deudas personales del otro cónyuge; la facultad de disposición *mortis-causa* de su mitad, bien de forma individual o conjuntamente con su cónyuge etc., preceptos, de los que me he ocupado en los apartados 1.1 in fine, 1.2 y 1.3, que de no darse esta interpretación quedarían relegados al papel de letra muerta.

²⁸ F.N. 20, 6: *si hicieren algunas conquistas y mejoramientos, y que el marido los pueda enagenar, y se pueda vender por sus deudas...*

Nos encontramos ante una institución nuclear dentro del sistema vizcaíno, que pone de relieve –como ninguna– la paridad, en relación a los bienes, del marido y la mujer dentro del matrimonio. Por tal motivo nos pareció particularmente oportuno el acudir a los documentos jurídicos históricos, a fin de obtener una información adicional, que nos permitiera integrar lagunas y aclarar dudas, y nos diera a conocer la evolución en el tiempo de la institución, tanto en estado *pacífico* –a través de la documentación notarial– como también cuando exista *conflicto*, –a la luz de los procesos judiciales sustanciados y resueltos sobre la materia–.

Esta institución y otras pertenecientes al Derecho de la persona, suprimidas a raíz de la codificación española, nos llevaron en su día al Archivo Foral de Bizkaia –Sección Judicial, Fondos del Corregimiento y Tenencia de Busturia– en búsqueda de documentación. De este Archivo se han seleccionado y transcrito 350 procesos civiles. Parte de estos materiales han sido publicados en Foru Jurisprudenzia Zibilaren Bilduma (XVII-XIX), Colección Jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), en los cuatro volúmenes editados hasta el momento. Entre la documentación transcrita tenemos 40 pleitos sobre Comunicación foral de bienes, que actualmente estamos estudiando y preparando para su publicación.

2.1. Evolución consuetudinaria de la comunicación foral

Los procesos civiles relativos a la comunicación de bienes giran en torno a los siguientes temas:

Consolidación de la comunicación foral por disolución del matrimonio con descendencia: Contaduría de bienes; Solicitud de su rectificación por error en alguna partida –en muchos casos, relativa a las deudas–; Impugnación de la actuación del cónyuge viudo por no haber realizado el inventario de bienes; Petición de que se saque del concurso de acreedores la mitad de los bienes comunicados o se levante el embargo que pesa sobre los mismos; Nulidad de la venta de la casería por no haber sido otorgada por marido y mujer; Constitución de censos sobre la casería con otorgamiento de ambos cónyuges y del mismo modo la venta o arrendamiento del bien raíz.

Anoto que la documentación notarial a la que hacemos referencia figura –como medio de prueba– incorporada a los procesos.

Entre toda esta documentación me parecen particularmente interesantes las Contadurías de bienes por muerte de uno de los cónyuges²⁹, que culminan

²⁹ Archivo Foral de Bizkaia (en el futuro AFB): Fondo judicial del Corregimiento (en el futuro JCR): 0293/004 (1770); JCR. 0293/004 (1770); JCR. 2827/003 (1840); JCR. 2932/003 (1855), JCR. 2765/009 (1855); JCR. 3762/ 006 (1856) y JCR. 2827/003 (1859).

con la adjudicación de la mitad comunicada al cónyuge sobreviviente y la otra mitad, en representación del cónyuge fallecido, a los hijos habidos de consuno. Téngase en cuenta que, en un sistema presidido por la troncalidad en los bienes raíces, resulta particularmente interesante y al tiempo delicado conocer cómo tiene lugar la partición y adjudicación de los bienes comunicados, máxime tratándose de los bienes troncales de uno de los cónyuges. Por todo ello, voy a presentar cómo se llevan a cabo las Contadurías hasta la adjudicación de los bienes durante los siglos XVII- XIX.

Con carácter previo a la Contaduría tiene lugar la elaboración y aprobación del inventario de bienes del matrimonio. Se detallan los distintos bienes que componen el activo, atendiendo a su naturaleza mueble, inmueble, semoviente, frutos, dinero, créditos cobrables o dudosos; y del mismo modo, el pasivo, es decir las deudas, detallándose si son deudas comunes, o privativas de uno de los cónyuges, deudas por los funerales del cónyuge fallecido etc. Cada una de las partidas, tanto del activo como del pasivo, figuran numeradas correlativamente. De conformidad entre las partes se designan tasadores, a fin de que evalúen los bienes inventariados. Se aprueban el inventario como la tasación de los bienes por las partes, es decir, por el cónyuge viudo y el curador *ad litem*, en representación de los hijos menores; y mediante Auto el juez ordena la Contaduría, división y adjudicación de los mismos, designándose para ello a un Contador.

La Contaduría comienza con un informe redactado por el contador, donde se recogen las bases de las que se parte. Se detalla si el cónyuge difunto falleció habiendo otorgado testamento o abintestato, y del mismo modo, si en su día hicieron escritura de contrato matrimonial. También se indica el número de hijos habidos en el matrimonio y su edad. En lo que concierne a las deudas se establece la exigencia de su acreditación, fijándose que las deudas comunes de los cónyuges se deducirán del caudal inventariado, en tanto que las derivadas de los funerales del cónyuge difunto como regla general las asumen los hijos, en calidad de herederos. En algunos documentos se consigna que los cónyuges en su contrato matrimonial se otorgaron recíprocamente poder testatorio o alkar poderoso, y se recoge en la Contaduría la manifestación del cónyuge viudo de posponer el ejercicio del poder y su voluntad de mantener, hasta ese momento, el patrimonio indiviso y en mano común³⁰.

³⁰ AFB. JCR. 3762/006 (año 1856).

A continuación del informe del contador da comienzo la Contaduría, que recoge:

- Cuerpo general de bienes, que finaliza con la consignación del valor total del caudal inventariado.

- Bajas comunes. Detallando las deudas que se deducen del caudal inventariado.

- Deducción del importe del lecho cotidiano que queda a favor del cónyuge viudo.

- Haber, que corresponde la mitad al cónyuge viudo y la otra mitad al difunto y en representación suya a sus hijos, en calidad de herederos.

- Comprobación de la cuenta.

- Declaraciones finales. Se deja constancia de que si apareciesen otros bienes pertenecientes a este caudal deberían tenerse por aumento, y en tal caso se distribuirán por mitades como los precedentes, practicándose igualmente si apareciesen débitos.

- La liquidación, división y adjudicación de los bienes constituye la fase final de la contaduría. La adjudicación la lleva a cabo el contador, en virtud del acuerdo tomado por los interesados en el expediente de testamentaria, pasando a hacerla con arreglo a la liquidación y distribución abintestato y a lo resuelto por los mismos interesados.

- Hijuela de las deudas. Comienza detallando las deudas de la testamentaria y los bienes con los que se pagan. En principio las deudas se pagan con el dinero metálico existente, la venta de los frutos, alhajas u otros bienes muebles, asimismo mediante el cobro de los créditos cobrables. Sólo cuando estos bienes no sean suficientes se acude a los bienes raíces, constituyéndose hipoteca sobre el caserío en la cantidad suficiente para atender el pago de la deuda, evitando al hacer estas operaciones el tener que acudir a la venta de pertenecidos o del propio caserío.

- Haber del viudo. Se le asigna la mitad de los bienes por disolución de su matrimonio con descendencia y adicionalmente se le atribuye el valor del lecho cotidiano

- Consignación y pago. Se lleva a cabo asignándole la mitad de cada bloque de bienes inventariados, es decir, la mitad de los muebles, de los frutos, de los semovientes, la mitad de la herramienta, del tren de cocina y también la mitad de la casería, con independencia de que fuera bien troncal suyo o de su cónyuge difunto.

- Hijuela de los hijos. De idéntica manera, a como ha quedado detallado para el cónyuge viudo, se les asigna la otra mitad en concepto de hijuela de su padre o madre difunto.

- La consignación y pago tiene lugar, con la segunda mitad de los bienes, de idéntica manera a como hemos expuesto para el cónyuge viudo, es decir, mitad de los bienes muebles, semovientes, frutos etc. y la mitad del caserío. Todas las partidas de idéntica manera como queda detallado para el cónyuge viudo.

Hemos observado que la mayoría de las Contadurías examinadas hasta el momento tiene puntos de semejanza. Corresponden a un cónyuge que al fallecer deja hijos menores de edad, quienes actúan representados por un curador *ad litem*. Es frecuente que se incorpore a la Contaduría el contrato matrimonial y que en esta escritura figure el poder testatorio o alkar poderoso, que recíprocamente se confirieron el cónyuge difunto y el sobreviviente. Por último, se recoge en la Contaduría la manifestación del cónyuge comisario en el sentido de que, *dada la minoría de edad de los hijos y la existencia del alkar poderoso, no se llevará a cabo en este momento la adjudicación de los bienes quedando –en tanto no haga uso del poder– en proindiviso y mancomún entre el padre o madre viuda y los hijos*³¹. Tengo que confesar que no me entrañó que se trataran de Contadurías incoadas por el viudo con hijos menores, puesto que he podido constatar la frecuencia de que los padres dispongan en vida de la herencia cuando los hijos llegan a edad adulta, y puede valorar cual de ellos es el adecuado para sucederle.

A veces la investigación produce especiales alegrías o sorpresas, como fue mi caso al toparme con esta Contaduría que comento a continuación. La cuestión que salió entonces a debate fue precisamente determinar el momento en que comienza la comunicación de bienes entre los cónyuges.

La polémica surge a raíz de la existencia de un importante paquete de deudas contraídas en diferentes épocas y procedencias. Así, mientras la madre viuda alega que las deudas contraídas durante el matrimonio y los gastos funerarios de su cónyuge no deben deducirse de la masa total de bienes de la Contaduría, sino de la mitad correspondiente a éste, alegando en su defensa la protección que dispensan las leyes 7, 8, 9 y 10 del Título 20 del Fuero Nuevo para la conservación de la mitad correspondiente a la mujer; el curador *ad litem* de los menores aduce que asiste a los menores el derecho a la mitad de lo aportado al matrimonio por la madre en calidad de dote, entendiéndolo que la ley 1 del título 20 del Fuero dispone que, cuando se disolviese el matrimonio dejando hijos, los bienes muebles y raíces sean comunes por mitad entre el cónyuge sobreviviente y los hijos habidos en aquel matrimonio. Y en base a la supletoriedad del derecho castellano en relación al vizcaíno (F: N: 36, 3), la dote que aportó al

³¹ JCR. 3762/006 (1856).

matrimonio la madre de los menores goza del derecho de prelación respecto a los acreedores que tengan hipoteca tácita anterior, y a los que la tuvieren expresa posterior. Ese privilegio que las leyes conceden a la madre se transmite a sus hijos, por consiguiente, concluye solicitando la adjudicación de la mitad de la dote a los menores y estableciendo la preferencia de éstos respecto a los acreedores que se presenten.

Todos estos argumentos se enriquecen con otros adicionales, recogidos en pluralidad de escritos de réplica y dúplica, presentados tanto por la madre como por el curador. En concreto se dan dos rectificaciones de la Contaduría y se dicta sentencia en primer instancia por parte del Corregidor, Juez Letrado de Vizcaya en los siguientes términos:

(...) por muerte de Juan Bustillo se comunicaron y son partibles por mitad entre su viuda e hijos que quedaron del consorcio todos los bienes que fincaron al óbito del primero cualquiera que sea la procedencia de los mismos, deduciéndose del acervo las deudas legítimas, sin perjuicio del derecho que compete contra terceros para conservar la integridad de lo aportado por la expresada viuda y rebajándose de la mitad correspondiente a los hijos los funerales de su padre.

La Sentencia, evidentemente no satisface a la mujer, quien recurre ante la Audiencia Territorial de Burgos. Finalmente, la viuda solicita una reunión con los acreedores y el curador de sus hijos, a fin de renegociar y arreglar amistosamente el asunto.

Se alcanza un arreglo y avenencia armoniosa, acordándose un orden de preferencia en el pago: En primer lugar se da preferencia absoluta para el cobro del principal de los censos que gravitan sobre el caserío, en segundo lugar, la viuda saca la dote que aportó más las arras dispuestas a su favor por parte del marido, y en tercer término la cantidad para el pago de las costas causadas y que se causaren en el pleito, una vez deducidos estos importes, el remanente se aplica a los acreedores hasta el valor total en que se hallan tasados los bienes inventariados.

Este acuerdo concertado entre los acreedores, la viuda y el curador de los menores determinó que se retirara la apelación dando término al pleito, lo que nos ha impedido conocer el criterio judicial en apelación.

2.2 El pacto de comunidad familiar

La comunidad o sociedad familiar se constituye por dos matrimonios, el de los padres, por una parte y el de los hijos sucesores, por otra. Nace de común acuerdo entre ambas parejas y se formaliza con motivo de la designación de sucesor o sucesora, mediante pacto sucesorio. Cada matrimonio es miembro de la comunidad en plano de igualdad, participando por parejas tanto en su gobier-

no como en su adecuado funcionamiento, y disfrutando a medias de sus ganancias o asumiendo también a medias las pérdidas. Esta sociedad compuesta por padres e hijos es una institución de origen consuetudinario, forjada a finales del siglo XVII, que hunde sus raíces en el principio de libertad de pacto *Herriek bere legue, exek bere astura* y disfrute compartido de los bienes productivos, principios que inspiran el sistema.

Vicario, profundo conocedor del Derecho consuetudinario vizcaíno, reconoció la asociación de padres e hijos sucesores como la cuarta institución necesaria para atender las finalidades que persiguen la troncalidad, la comunicación foral y la libertad de testar, expresándolo magistralmente en estos términos:

¿De que serviría al padre de familia al anciano vascongado en su avanzada edad, que el Fuero declarase troncal su propiedad para que no saliese de la familia si en esta no hubiera una persona con medios de fortuna para adquirirlos en el caso de que los gastos de enseñanza de carrera u oficio, las enfermedades o la colocación de los hijos hubiera absorbido el patrimonio familiar hasta el extremo de verse obligado a enajenarlo? ¿De que le serviría entonces el principio de la libertad de testar sancionado por su Código foral, si la venta forzosa de sus fincas le había reducido a un estado de pobreza en que era inútil e inaplicable el mismo? Y finalmente, que resultado práctico obtendría con que el mismo Fuero declarase en fin de sus días comunicables y partibles a medias todos sus bienes y los de su esposa, pocos o muchos, entre el sobreviviente y sus hijos, si cuando tal declaración debiera ser efectiva habrían desaparecido?

No bastaban estas tres instituciones hacía falta una cuarta que viniera en auxilio de las mismas a robustecer el patrimonio de la familia trayendo a él nuevos elementos de riqueza y trabajo, un amor sin límites a la casa paterna, y un continuador, en fin, del sagrado fuego de la familia y de sus tradiciones.

Esa cuarta institución de carácter consuetudinario es la asociación matrimonial merced a la cuál cuando el casero vizcaíno ya a la madurez de su edad tiene un hijo o una hija casaderos, a quienes considera suficientemente aptos para sostener y fomentar el cultivo de la casería, y dotados de las condiciones morales necesarias, para tener la seguridad de que cumplirán religiosamente con las cargas que lleva consigo la designación de heredero... busca según las circunstancias una novia ó un novio para el heredero que asocia a su trabajo, cuyas condiciones morales y cuyos recurso materiales guarden relación...³²

³² VICARIO DE LA PEÑA, N., VICARIO DE LA PEÑA, Nicolás, *Derecho consuetudinario de Vizcaya (1901)* reedición. *Observaciones al Proyecto de Apéndice del Código civil para Vizcaya y Alava*, edición y comentarios de Monasterio ASPIRI, Itziar. Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto, 1995, p. 522.

Esta asociación matrimonial en muchos casos constituye la finalidad que trata de alcanzar quien dispone en vida de la herencia mediante pacto sucesorio. Finalidad que aúna varios cometidos: tener un colaborador en la explotación del patrimonio familiar; posibilitar la renovación de fuerzas y conocimientos al servicio de su explotación, aportar a la Casa una dote en dinero que trae consigo quien contrae matrimonio con un sucesor y por último –y a mi entender la más importante–, formar y adiestrar bajo la atenta supervisión de los padres, al joven matrimonio en el ejercicio del cargo de sucesor.

En el marco del pacto sucesorio, concertado entre los padres instituyentes y los hijos instituidos, tiene lugar el pacto de comunidad familiar y precisamente el régimen jurídico trazado para la comunidad familiar sirve como estatuto normativo que articula el pacto sucesorio³³.

III. ALKAR PODEROSO, EL PODER TESTATORIO RECÍPROCO ENTRE CÓNYUGES

1. Regulación en los Fueros (XIV-XVI)

Tanto el Fuero Viejo como el Nuevo de Vizcaya dedican una ley a la regulación del poder testatorio y al testamento por comisario.

Fuero Viejo, ley 127, *Título del testamento fecho por poder*:

Otro si por quanto acaece muchas veces que algunos homes ó mujeres non pueden ordenar sus testamentos é mandas ó aunque puedan non quisieren declarar su postrimera voluntad para facer sus testamentos é establecer herederos, é dan poder á otros parientes é amigos, é los maridos á las mujeres, é las mujeres á los maridos para que después de su muerte en su logar puedan facer mandas é testamentos é para dar é distribuir é partir entre sus herederos todos sus bienes muebles, é raices como quisieren é por vien tovieren, é se duda si el tal poderío, é lo que por virtud de él fuese mandado, después de la muerte del testador deben valer ó non, e queriendo quitar esta duda, dijeron que ordenaban é establecian, que quando quier que algunos home ó mujer dieren tal poderio a algunos, é el marido á la mujer, ó la mujer al marido, vala todo lo que por los tales que ansi fuee dado tal poderio fuere fecho, é ordenado é mandado, ansi como si el testador mesmo en su vida hobiese fecho é ordenado.

Fuero Nuevo, ley 3, título 20, *De los Comisarios, y como pueden elegir heredero*.

³³ MONASTERIO ASPIRI, Itziar, *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaino* [Prólogo de D. Jesús Delgado Echeverría]. Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto, 1994, pp. 397-459.

(...) que por quanto muchos en su fin, non pueden ordenar, ni hacer sus testamentos y mandas, é aunque pueden, no quieren declarar su postrimera voluntad; y dan poder á álgunos, 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 institución, ó instituciones de herederos; y 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 non 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 a esta causa por hacerse las tales elecciones entre niños, y tan breve, á vezes no sucede bien. Por ende, que establecían, que el tal poder y comision valiesse; con que los Comisarios, puedan hacer la eleccion, y institución, 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 Comisarios termino de año y día, para hacer la institución, ó instituciones: Pero si los tales hijos, o sucesores fueren de edad pupilar, lo Comisarios tengan termino para instituir todo el tiempo, que los tales hijos, ó sucesores, fueren menores de edad, y disposición de se poder casar, é dende un año cumplido, y dentro de este termino, en cualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal eleccion, o institución.

Se trata de una institución con arraigo en Bizkaia desde la antigüedad. Era particularmente útil para evitar el abintestato y posibilitar una acertada elección de sucesor, cuando a la muerte del poderdante sus hijos fueran pequeños, y en consecuencia, no podía conocerse cuál sería el idóneo para sucederle en la Casa.

Los poderes testatorios están prohibidos en el Código civil español, donde el testamento es por naturaleza un acto personalísimo; no obstante, estos poderes estaban permitidos en el Derecho de Castellano que precedió al Código. En concreto el Fuero Real 3, 5, 7 autorizaba el que se otorgaran poderes y más tarde, en vista de los abusos cometidos por los comisarios, se establecieron restricciones en la Ley 31 de Toro.

Esta institución deja constancia de que el Fuero posibilita a los cónyuges el que se otorguen recíprocamente alkar poderoso, de modo que el sobreviviente teste en nombre del que fallezca primero.

El Fuero Nuevo dispone las facultades que tienen los comisarios y el tiempo que disponen para ordenar la sucesión. En lo respecta a la primera cuestión, los comisarios tienen libertad plena a la hora de hacer la elección y *vale* la que hagan, aunque el poderdante no haya designado en su último testamento la persona que ha de sucederle. Respecto a la segunda cuestión, el Fuero establece el plazo de un año y día para hacer uso del poder.

En cuanto al cómputo del plazo distingue dos supuestos: El primero, si al morir el poderdante todos los hijos fueren mayores de 12 o 14 años (en función de que sean mujeres o varones). En este caso el plazo de un año empieza a contarse a partir de la fecha de la muerte del poderdante. El segundo, si fueren todos los hijos pupilos. En este caso se computará el plazo a partir de la fecha en que el menor de ellos cumpliera esa edad.

2. Facultades del alkar poderoso en los documentos (XVII-XIX)

En los documentos de los siglos XVII-XIX es frecuente la presencia de estos poderes. Quedan recogidos tanto en los contratos matrimoniales como en el testamento, sea mancomunado o individual, otorgado por el marido o la mujer. También hemos encontrado escrituras de poder testatorio. Asimismo es frecuente que en los contratos matrimoniales el padre –con mayor frecuencia la madre viuda– actúe al disponer de la Casa por pacto sucesorio, en nombre propio y en uso del poder testatorio que le fue conferido por su cónyuge. Toda esta información me lleva a pensar que ha cumplido una gran función en el pasado.

El alkar poderoso es una cláusula habitual en el contrato matrimonial. Se incorpora comúnmente como penúltima cláusula del documento. La última, la cláusula de cierre, es la que confiere a este documento el valor de título ejecutivo o sentencia definitiva, con valor de cosa juzgada. El joven matrimonio manifiesta que se confieren alkar poderoso en previsión de una impensable muerte repentina y tratando de evitar las nefastas consecuencias del abintestato. Quiero destacar que aunque el poder testatorio puede conferirse a nombre de varias personas y también a favor de extraños, sin embargo, de los contratos matrimoniales examinados, tanto en mi Tesis³⁴ –alrededor de 500– como actualmente en los Archivos³⁵, se constata que en muchos casos es recíproco entre cónyuges, en otros, a favor de varios parientes y algún sacerdote amigo de la familia. Dato que confirma que la mujer, tanto social como personalmente, era reconocida por sus cualidades de responsabilidad y buena administración.

En el testamento conjunto de D. Joaquin Antonio de Ybarguengoitia y Recalde, Síndico, Procurador de esta noble villa de Bilbao, y Dña Francisca de Eguisquiza y Echezarraga, *marido y mujer se confieren poder testatorio ilimita-*

³⁴ MONASTERIO ASPIRI, Itziar, *Los pactos sucesorios*, op. cit., pp. 645-654.

³⁵ En los 4 Vols. publicados en *Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)- Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVII--XIX)*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2002-2005, encontrarán transcritos contratos matrimoniales y poderes testatorios. Cada uno de los volúmenes está dotado de índice de documentos incorporados.

do, con general administración, facultándose a la prórroga de los términos y plazos legales, autorizándose a su uso en cualquier tiempo, y a que designen sustitutos³⁶. Como puede observarse el poderdante amplía los plazos legales, da atribuciones ilimitadas al comisario y le faculta a que designe sustitutos, estas actuaciones son signo evidente de una gran libertad civil en quien las confiere.

En varios casos se otorga poder testatorio en el testamento conjunto de los padres, o del padre gravemente enfermo. En este último caso el testador, al conferir poder a su esposa para que elija y distribuya los bienes, dispone que debe sujetarse a unas órdenes, entre las que se encuentra:

(...) que en tanto viva la madre y sus hijos en compañía, que puedan ser los bienes comunes para su subsistencia, siendo la madre la que entretanto cuide, administre y gobierne los bienes como dueña y señora con la debida sujeción de los hijos. Manifestando, que dicha esposa enterada de nuestro estado con respeto a bienes, créditos, deudas, derechos y acciones y de sus negocios de la Casa y tutora de los hijos menores, para que como tal y como legítima apoderada sin intervención de otra persona, y sin que se diga que falleció abintestato, continúe rigiendo y gobernando sin novedad, practicando cobranzas, efectuando pagos, haciendo ajustes y convenios con todo lo demás que sea útil a ella y a nuestros hijos³⁷.

A continuación confiere poder testatorio a la esposa *a fin de que distribuya los bienes y elija sucesor, poniéndola en su propio lugar, grado y prelación, prorrogándole el ejercicio del mismo fuera del plazo legal.*

IV. LIBERTAD DE ELECCIÓN DE SUCESOR O SUCESORA EN EL PATRIMONIO FAMILIAR

Es frecuente que se diga, al tratar de principios de Derecho sucesorio, que en Bizkaia rige el principio de libertad de testar. En este territorio existe una legítima colectiva muy amplia y la institución de la troncalidad, en consecuencia la libertad de testar en alguna medida queda limitada ya que ha de ejercitarse necesariamente dentro de estos límites. Con mayor exactitud puede afirmarse que nuestro sistema sucesorio se asienta en el principio de libertad de elección de heredero o sucesor. El padre, en calidad de legislador doméstico,

³⁶ *Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)- Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVII--XIX), 1, Gobierno y bienes de los menores en los Procesos civiles ante los Tribunales de Justicia (1750-1887), jurisdicción voluntaria, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2004, Vol. II, p. 94.*

³⁷ *Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)- Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVII--XIX), Vol. II, 1, Gobierno y bienes, op. cit., p. 320.*

elige sucesor en el patrimonio familiar con plena libertad. Sin que rija el principio de masculinidad ni primogenitura, puede ser elegida la mujer sucesora en la Casa aunque todos sus hermanos sean varones, porque –como dice el Fuero– *elegirá al que sea más idóneo, hábil y conveniente para la Casa*. No obstante, esta elección debe hacerse respetando el orden de preferencia establecido, es decir, descendientes legítimos, ascendientes legítimos y colaterales tronqueros, exigiéndose el apartamiento de los no elegidos.

1. El principio de libertad sucesoria (XIV-XVI)

Fuero Viejo, ley 105, *Que se pueden dar é mandar todos los bienes a un fijo, apartando á los otros*.

(...) que cualquier home ó mujer que hobiese fijos legitimos de legitimo matrimonio, pueda dar, assi en vida como en articulo de la muerte, a uno de los sus fijos é fijas todos sus bienes muebles y raíces, dando e apartando con algun tanto de tierra ...e si fijos non hobiese á los nietos...é si fijos legítimos nin nietos non hobiese a los naturales (...)

La ley 11, Título 21 del Fuero Nuevo, bajo el título *Como los padres pueden dexar su hacienda a sus Hijos, apartando a los otros con alguna Tierra, y de la sucesion de los Hijos, que no son legítimos*:

(...) que cualquier hombre ó muger, que oviere Hijos de legitimo Matrimonio, pueda dar, assi en vida, como en el artículo de la muerte a uno de sus Hijos, ó Hijas legítimos, ó a su nieto, y descendiente de su Hijo, ó Hija legitima que haya seydo fallecido, todos sus bienes, muebles, y rayces, apartando con algún tanto de tierra, poco, ó mucho á los otros Hijos ó Hijas, y descendientes, auque sean de legitimo Matrimonio.

Pongo de relieve la existencia del principio de equiparación plena de la mujer con el hombre en el ámbito sucesorio, sin que exista limitación alguna para que pueda ser elegida sucesora en la Casa o en otro patrimonio productivo de la época. Del mismo modo la mujer, sola o conjuntamente con su marido, puede hacer la elección guardando el orden y preferencia anteriormente indicado³⁸.

2. La elección de sucesora en contrato matrimonial (XVII-XIX)

En la práctica los padres hacen ejercicio de esa libertad de elección de sucesor cuando los hijos han alcanzado una edad, y en consecuencia, pueden

³⁸ FN. 21, 6.

valorar cuál de sus descendientes es el idóneo para ocupar el cargo. A la vista de los contratos matrimoniales del pasado, tratándose de patrimonios productivos, era costumbre arraigada en algunas familias el que tal elección tuviera lugar con motivo del matrimonio del hijo o hija elegido, quedando recogida tal designación en estas escrituras. Es decir, tratándose de patrimonios productivos no se espera al momento de la muerte para designar sucesor, sino que se designa sucesor en vida mediante pacto sucesorio concertado con el sucesor o sucesora. De tal modo que ante este tipo de patrimonio y familia el testamento tiene de ordinario un carácter meramente residual, en el que se hace un recuento final o balance de cómo quedaron atendidos cada uno de los hijos en el momento de su acomodo y se establecen pequeñas compensaciones a quien menos recibió.

Pueden ser múltiples las razones que llevan a los padres a la elección de la mujer como sucesora. Además de sus cualidades personales y morales para el cargo, intervienen otros factores como puede ser la idoneidad para la Casa del futuro marido, la posibilidad de que éste aporte una importante dote en dinero, la disposición de la pareja para formar comunidad familiar con los padres mayores, la falta de vocación o aptitudes en los hermanos varones para llevar a cabo la explotación del patrimonio etc.

Debo confesar que la lectura de los contratos matrimoniales es una verdadera lección del sentido de previsión, minuciosidad y practicidad de aquellos padres, que al llevar a cabo la designación de sucesor o sucesora, lo hacían a favor del hijo o hija que iba a hacer progresar a toda la familia y al patrimonio familiar. No olvidemos que al designado sucesor o sucesora le imponían una serie de cargas y obligaciones en beneficio de los restantes miembros de la familia, circunstancia por lo que algunos consideran que tal nombramiento es más un honor que un favor.

En la designación de sucesora de Josefa de Bengoechea y Beitia, en las casas y caserías de Bengoechea Zarra y la llamada de Alonsótegui sitas en la Anteiglesia de Lujua, recogida en el contrato matrimonial de 28 de enero de 1757³⁹, se observa que eligieron a la hija aunque había un hijo en la familia.

(...) donan y dotan a la dicha Josefa de Bengoechea su hija las dos cassas y casserías de Bengoechea y Zarra y llamada de Alonsotegui con todos sus pertenecidos de heredades, robledales, argomales y demas que le tocan y puedan tocar, y sepultura en la Iglesia parroquial, las que probenidas por la linea y tronco del mencionado Juan de Bengoechea... y baliendose dichos donantes de

³⁹ *Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)- Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVI-XIX)*, Vol. I, *Selección de procesos civiles ante los Tribunales forales de Bizkaia (1635-1834)*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2002, doc. n° 18.

las leies del Fuero de este nobilissimo señorío escluian y apartaban de ambas dichas cassas y casserias y todos sus pertenecidos, y demás que llevan donadas a Domingo de Bengoechea hijo único de dichos donantes, con un sendo arbol su tierra y raíz de los mas infimos y remotos de los pertenecidos de ambas las dichas cassas y casserias, y con un real de platta castellano según leies de esto reynos y señorios, para que en ningún tiempo tenga mas derecho a ellas; y esta donación la hacian con las cargas, penciones y gravámenes siguientes... los mencionados Manuel de Camiruaga y Josefa de Bengoechea aceptando como aceptan en todo y por todo las donaciones y dotaciones que se les ban hechas, bajo las calidades condiciones, penciones y gravámenes, las cuales y cada una de ellas se obligan a guardar cumplir y ejecutar.

En el caso de que la novia haya sido designada sucesora en la Casa, el novio, advenedizo a la misma, llevará consigo una dote, como vemos en este contrato matrimonial. Institución que analizamos en el apartado siguiente.

Domingo de Camiruaga y Catalina de Arbildua en recompensa de las donaciones y dotaciones que ban hechas, hasi vine donacan y dotaban a dicho Manuel de Camiruaga su hijo para el espresado matrimonio con la dicha Josefa de Bengoechea, e hijos que de el tubieren en quinientos ducados de vellon y en dinero efectibo; los quales ambos lo dichos marido y mujer de mancomun... se obligan a pagar a los insinuados Juan de Bengoechea y Magdalena Beitia.

V. ETORKIÑA, LA DOTE DEL ADVENEDIZO A LA CASA, SEA HOMBRE O MUJER

Aunque así se denomine, la dote vizcaína tiene una serie de particularidades que la singularizan y diferencian del sistema dotal castellano, de corte romano. De la lectura de las Partidas se extrae que la dote consiste en una aportación de bienes que la mujer lleva al marido para sostener las cargas del matrimonio⁴⁰. En Bizkaia la dote puede ser aportada tanto por el hombre como por la mujer, y consiste en la aportación dineraria al matrimonio que lleva el advenedizo a la Casa.

Destaco que en el Derecho Histórico de Bizkaia la dote no constituía una discriminación positiva a favor de la mujer porque, como ha quedado indicado, era una aportación tanto del hombre como de la mujer a su matrimonio. Se trata, por tanto, de una institución que permite constatar una vez más la equiparación entre hombre y mujer ante el Derecho civil.

⁴⁰ P. 4, 11, 1.

1. La dote en los Fueros (XIV-XVI)

El Fuero Nuevo dedica el título veinte a la dote y adicionalmente regula aspectos concretos en leyes dispersas⁴¹. Fuero Nuevo, ley 1, título 20, *De las dotes y donaciones*:

(...) Y en caso que el Matrimonio se disuelva sin Hijos... que si en el tal Matrimonio ambos Marido y Muger, ó alguno de ellos truxiere en dote o donación bienes raices; los tales se vuelvan y queden con el que los truxo; Y si alguno de ellos vino a Casa, y Casería del otro con dote, ó donación de mueble, y semoviente; que suelto el tal Matrimonio sin Fijos, el tal, ó sus herederos, ó sucesores salgan con lo que truxo, y con la meitad de los mejoramientos, y multiplicado constante Matrimonio.

2. Documentos sobre la dote (XVII-XIX)

Hemos extraído del Archivo Foral y transcrito 43 documentos, todos ellos pertenecientes a la Sección Judicial del Corregimiento y de la Tenencia de Buzturia. En este momento parte de estos materiales se han publicado en un primer volumen de la monografía⁴² y el segundo volumen se encuentra en imprenta.

La información extraída de los documentos notariales, incorporados al pleito como medio de prueba, y judiciales, cuando ha existido contienda, nos permite conocer la dote a partir de su constitución y a lo largo de toda su vigencia.

A la luz de los contratos matrimoniales, tanto el hijo como la hija figuran designados como sucesores mediante pacto sucesorio; en uno y otro caso, la regla general –sin excepciones– consistía en que el otro contrayente, tanto si era el hombre como la mujer, aportara una dote en dinero, que a su vez recibía de sus padres en unidad de acto notarial. La cuantía de la dote guardaba correspondencia con el valor de la Casa aportada por el sucesor, y al disponer la dote, los padres dotantes dejaban constancia de que se llevaba a cabo en remuneración de la designación de sucesor causada por sus consuegros, y a ellos se les hacía entrega de la dote. Era muy frecuente que se fraccionara el pago y se aplazara en parte. En los documentos se puede apreciar que esta dote entregada a los padres instituyentes estaba destinada a la dotación de los restantes hijos. Todos estos contenidos quedan expresados de este modo en los documentos:

⁴¹ F.N. 17, 8; 12, 4; 21, 7; 26, 1 y 34, 22.

⁴² *Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)- Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVI-XIX)*, Vol. III, 1, *Contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio. Dote y pacto sucesorio en Bizkaia (1641-1785)*, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005.

Juan de Eguia y Urraza y Miguela Mansarraga marido y mujer... los dos juntos juntamente de mancomun a voz de uno y cada uno de nos por si y por el todo insolidum... otorgamos pro esta presente carta y su tenor que hacemos gracia, donacion pura, mera perfecta e irrevocable que el derecho llama inter-vivos por causa honerosa de matrimonio que le ha de contraer con el citado Antonio de Camino, a Elena de Eguia nuestra hija legitima la casa y caseria de Orbesua mayor y todos sus pertenecidos de heredades montes poblados y sin poblar, jarales... que le tocan y pertenecen en cualquier manera, a que pertenece una foguera entera... y excluimos y apartamos con cada zinquenta ducados de vellon (...)

Y yo el dicho Francisco de Camino por mi y a nombre de dicha mi mujer prometo dar y dotar y desde luego doto al dicho Antonio mi hijo futuro contrayente en cantidad de ochocientos ducados de vellon en dinero efectivo⁴³.

Y el expresado Juan Ignacio de Orue dixo que en remuneración de la donación dotacion y promesas fechas al denotado Juan de Ugarte y Echevarria por el ynsinuado su padre promete dona y dota a la denotada Magdalena de Orue y Arechederra su hixa por una parte setecientos ducados de vellon que D. Joseph Ignacio su hijo esta obligado en cuya razon este dia a otorgado escritura de obligación a favor del mencionado Juan de Ugarte mayor y los ciento y cincuenta restantes que el mencionado Juan Ignacio de Orue a de dar y entregar a dicho Juan mayor dentro de tres años⁴⁴.

Sin duda, en la última cláusula transcrita el hijo sucesor en la Casa de Juan Ignacio de Orue asumió la dotación de su hermana.

Domingo de Endeiza Aurrecoa y Maria de Acorda Echevarria, marido y muxer, juntos de mancomun e insolidum dijeron contratan donan, y contrataron a la dicha Ana su hixa de Endeiza y Acorda Echevarria para el citado matrimonio de con el dicho Ygnacio de Idoyaga, con dinero usual y corriente en oro plata y vellon y pasaron a su parte y poder los insinuados Mathias de Ydoyaga y su muxer a toda su satisfacción⁴⁵.

Y en vista de la donación y dotacion precedente el referido San Juan de Artaza dijo se dona y dota asimismo para el matrimonio futuro con cuatrocientos cincuenta ducados de a once reales de vellon pagaderos el dia que contragesen matrimonio sin otro plazo ni termino alguno... y que los dichos quatrocientos

⁴³Foru Jurisprudenzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)- Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVI--XIX), Vol. III, 1, *Contratos sobre bienes, op. cit.*, doc. n° 17. Puede verse la dote del novio y designación de sucesora a la mujer en los docs. n° 12 y 16 de este volumen.

⁴⁴Foru Jurisprudenzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)- Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVI--XIX), Vol. III, 1, *Contratos sobre bienes, op. cit.*, doc. n° 4.

⁴⁵Foru Jurisprudenzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)- Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVI--XIX), III, 1, *Contratos sobre bienes, op. cit.*, doc. n° 13.

*ducados haian de servir y sirvan para pagar las dichas legitimas a los sobredichos quatro hijos de Mariana de Aguirre y los restantes cincuenta para sus urgencias*⁴⁶.

Nótese que una cláusula que acompaña a la dote en todos los contratos matrimoniales es el pacto de reversión.

El Fuero legal establece la reversión de la dote en el supuesto de disolución de matrimonio sin descendencia, mientras que el pacto de reversión incorpora nuevas causas de reversión, y del mismo modo, las personas a favor de las cuales opera. En los contratos matrimoniales de los siglos de referencia las causas de reversión son tres: que al disolverse el matrimonio, no hubiere hijos; que habiendo hijos, estos no hubieren alcanzado la edad de testar; y finalmente que habiendo alcanzado la edad de testar, no hubieren testado. Puede verse en la cláusula que transcribimos que las arras figuran como aumento de dote en beneficio de la viuda y operan en el caso de que tenga lugar la reversión pactada:

El referido Dn Joseph Aldama y Vildosola en atención a la nobleza, integridad y demas buenas prendas que concurren en la prevenida Dña. Maria Cruz de Zubiaga su futura esposa, la ofrece y promete por via de arras, donacion propter nupcias, aumento de dote... un mil quinientos ducados de vellon, para el caso de que le sobreviva y no de otra forma.

*Y todas las dichas partes de un acuerdo y conformidad asentaron por pacto y condicion, que si el matrimonio que han de contraer el dicho D. Joseph Ramon y Dña. Maria Cruz se disolviere sin hijos, y aunque los haia, no llegaren a la edad de poder testar, y si llegados no lo hicieren cada uno de los contrayentes y su representacion, saque y buelba para si lo que lleba capitulado con la mitad de gananciales si los hubiere, y las arras si llegare el caso de sobrevivir dicha Dña. Maria Cruz al enunciado D. Joseph Ramon*⁴⁷.

Los procesos civiles sustanciados en torno a la dote se dieron:

- Por incumplimiento del pago de la dote, en aquellos casos que era dote prometida o de pago parcialmente aplazado.
- Por incumplimiento de la reversión dotal por muerte del dotado o de su restitución, en el supuesto de que éste enviudare.
- Por reclamación de la reversión de bienes raíces por muerte del sucesor, frente al derecho de retención del dotado hasta que le fuera devuelta la dote.

⁴⁶ AFB:Fondo Judicial de la Tenencia de Busturia (en el futuro JTB). O700/007.

⁴⁷ *Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)- Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVI--XIX), Vol. III, 1, Contratos sobre bienes, op. cit., doc. n° 18.*

- Por interposición de la tercería dotal en concurso de acreedores o ante el síndico de la quiebra.

Pleitos que pueden verse en el III, 1º de la Colección citada.

El análisis de esta información nos permite trazar una serie de hipótesis y llegar a las siguientes conclusiones:

a. Dote del advenedizo a la Casa *etorkiña*. Consiste en una donación en dinero de padres a hijo o hija, formalizada bajo la cobertura jurídica de la dote romana, y por tanto con sus prerrogativas y garantías.

b. Reversión dotal versus troncalidad. La reversión dotal pactada a la luz de los documentos judiciales cobra preferencia frente a los derechos de la troncalidad. De manera que, mientras no tenga lugar la reversión a la familia de precedencia, el dotado/a y su familia tiene derecho de retención de los bienes troncales y su usufructo.

c. Dote de los hijos/as apartados versus legítima individual introducida por la costumbre.

d. Equiparación del hombre y la mujer en relación a la dote.

V. LA EMANCIPACIÓN JUDICIAL POR PETICIÓN DEL MENOR O DE LA MENOR

En los Fueros de Vizcaya los menores –con 18 años cumplidos– siempre que gocen de capacidad natural, pueden solicitar al juez la salida de la curatela y su habilitación para regir su persona y bienes como si fueran mayores. La habilitación puede pedirla tanto el hombre como la mujer, cumpliendo idénticos requisitos, siendo por tanto una institución perteneciente al ámbito de la persona que acredita, también en esta área del Derecho, que la mujer queda equiparada al varón ante la ley.

No es necesaria la justificación por parte del menor de la existencia de alguna causa que entorpezca el ejercicio de la curatela o que le provoque un perjuicio, basta que acredite ante la autoridad judicial *que es suficiente, sagaz, é diligente, y puede gobernarse á si, y a sus bienes*. En este sentido puede considerarse que la habilitación o emancipación del menor en los Fueros escritos tiene una apertura en búsqueda del beneficio del menor, que no presenta hoy en día la emancipación judicial en el Código civil art. 320.

Se trata de un derecho reconocido por la ley a todos los menores, en tanto que en Castilla, en el Derecho anterior al Código civil, la habilitación voluntaria era una gracia, una dispensa de ley, de ahí el que figurase entre las llamadas *Gracias al sacar* reservadas a la prerrogativa del soberano, reguladas en la ley de 14 de abril de 1838.

1. La emancipación en los Fueros (XIV-XVI)

El Fuero Viejo se ocupa de la emancipación en la ley 135 *El menor llegando a los diez é ocho años, pueda salir de curadores:*

(...) segun derecho los guardadores de los menores han de tener en su poder á ellos é sus bienes fasta que lleguen á la edad de veinte é cinco años... por ende ordenaron é establecieron, que cualquier home ó mujer que fuere de edad diez y ocho años dende arriba, é pareciere ante el alcalde del fuero, é pidiere que lo saque del poder de tales guardadores, el alcalde tomando informacion é verdad, si el tal menor es persona de tal entendimiento, enseñanza o regimiento, que pueda por sí mismo seguir é guardar, é aliñar é administrar á su persona é bienes sin los tales guardadores,... pueda sacar él al tal menor é sus bienes, de poder de curadores, e manda que den é entreguen cuneta con pago de todos sus bienes, é frutos, é rentas de ellos.

El Fuero Nuevo, Título 22, ley 2, *Que si el menor fuere suficiente para administrar sus bienes, se le entreguen, siendo de edad de diez y ocho años:*

(...) que no embargante, que según derecho, los tales curadores tienen en su poder á los tales menores, y a sus bienes, fasta que hayan veinticinco años; pero acaece, que hay algunos menores, que antes del dicho tiempo son suficientes, sagazes, é diligentes, y tales, que pueden gobernar é sí, y a sus bienes. Por ende, dixeron: Que ordenaban y establecían por ley, que qualquier Home o Mujer, que fuere de edad de diez y ocho años cumplidos, pueda parecer ante Juez, y darle información de cómo es de la edad, y de tal entendimiento, sagaz y diligente, que bien puede por sí regiðr; y guardar, aliñar, y administrar á sí, y a sus bienes, sin los tales curadores; y el Juez havida información... le declare por tal, y le mande sacar del dicho poderío de los tales Curadores, y den, y entreguen los Curadores al tal menor, todos sus bienes, con sus frutos, y rentas.

De la lectura de estos textos se desprende que para obtener la habilitación judicial se requiere que se cumplan dos requisitos:

- Que el menor o la menor tengan 18 años cumplidos.
- Que acrediten que tienen capacidad natural para gobernar su persona y bienes.

2. Expedientes de emancipación (XVII-XIX)

Se tomaron del Archivo Foral de Bizkaia y se transcribieron 19 expedientes de habilitación judicial, que actualmente están publicados⁴⁸.

⁴⁸ *Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)- Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVI--XIX)*, Vol. II, 1, *Gobierno y bienes, op. cit.*, doc. nº 5, 6,7,20, 24, 25, 26, 29, 30, 32,35, 41, 45, 47, 50, 54, 63, 64 y 68.

Cuatro de estos expedientes corresponden a la habilitación de la mujer⁴⁹, con vecindad en Anteiglesia y fueron sustanciados en el s. XIX.

Se inicia el expediente con la designación por parte de la menor de un curador *ad litem*, solicitando que sea discernido para el cargo por parte de la autoridad judicial. Se sustancia el expediente mediante dos pruebas: una documental, que acredite la edad de la menor, y otra testifical, mediante tres testigos, que conozcan a la menor y prueben su capacidad natural. Se resuelve mediante auto, ordenando que el curador le entregue todos sus bienes y le rinda cuentas del ejercicio del cargo. Al mismo tiempo el juez le reconoce *capacidad para regir, guardar y administrar a si y a sus bienes sin necesidad de curador alguno*.

Para concluir, la presencia de esta institución habla mucho de un sistema que se inspira en un principio personalista en materia de capacidad de los menores, principio que desplaza criterios legales estáticos y antepone a la persona y su realidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BIZKAIKO FORU LEGERIA, *Legislación Foral de Bizkaia*, Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia, 1991, pp. 577, Vol. I, *Foru Agirien Bilduma, Colección de Textos Forales*.

CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco*. Madrid: Edersa, 1997, T. XXVI, pp. 662.

ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, T. 1 y 2, Madrid, 1847.

- *Selección de procesos civiles ante los Tribunales Forales de Bizkaia (1635-1834)*, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2002, pp. 617, T.I, *Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)-Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVI--XIX)*,

- *Gobierno y bienes de los menores en los procesos civiles ante los Tribunales Históricos de Bizkaia (1642-1902)*, Jurisdicción voluntaria. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2004, pp. 776, T.II, 1º, *Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)-Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVII--XIX)*, II, 1,

⁴⁹ *Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma (ss. XVII-XIX)- Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVI--XIX)*, Vol. II, 1, *op. cit.*, docs. nº 29, 30, 54 y 63.

- *Contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio. Dote y pacto sucesorio en Bizkaia (1641-1785)*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005, 643, T. III, 1, *Foru Jurisprudentzia Zibilaren Bilduma* (ss. XVII-XIX)- *Colección de Jurisprudencia Civil Foral* (ss. XVI-XIX).
- JADO VENTADES, Rodrigo, *Derecho civil de Vizcaya, Segunda Edición (1923)*, reedición e Introducción de CELAYA IBARRA, Adrián, Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2004, pp. 676. T. 1, *Clásicos del Derecho Vasco, Euskal Zuzenbidearen Klasikoak*.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, Firma de dote, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Zaragoza: Diputación General de Aragón, 1988, T. I, pp. 744-804.
- LALINDE ABADIA, Jesús, *Derecho y Fuero*, LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. Zaragoza: Diputación General de Aragón, 1988, T. I, pp. 11-88.
- MONASTERIO ASPIRI, Itziar, *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*. [Prólogo de Jesús Delgado Echeverría], Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto, 2004, pp. 668, Vol. IV, *Foru Agirien Bilduma, Colección de Textos Forales*.
- MONREAL ZIA, Gregorio, *The Old Law of Bizkaia (1452)*, Reno Nevada: Center for Basque Studies, University of Nevada, Reno, 2005, pp. 359.
- VICARIO DE LA PEÑA, Nicolás, *Derecho consuetudinario de Vizcaya (1901)* reedición. *Observaciones al Proyecto de Apéndice del Código civil para Vizcaya y Alava*, edición y comentarios de Itziar Monasterio Aspiri, Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto, 1995, pp.554, Vol. V, *Foru Agirien Bilduma, Colección de Textos Forales*.