

**LA RECEPCIÓN EN VASCONIA OCCIDENTAL
DE LA NORMATIVA CASTELLANA
SOBRE PROPIEDAD**

Reception in Western Vasconia of the Castilian
Legislation on property

Jabetzari buruzko araudi gaztelarraren harrera
Mendebaldeko Euskal Herrian

Lourdes SORIA SESÉ
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

El régimen de propiedad en Castilla se elabora utilizando conceptualmente la batería de dogmas suministrada por la doctrina del *Ius Commune*. De manera que para comprender su recepción hay que tener en cuenta esa doble corriente que transporta: las normas propias y los conceptos ajenos. La cuestión de fondo es cuáles son sus efectos, cuál el uso que va a dársele en virtud de los fines a los que sirven, y sobre qué fundamentos jurídicos se establecen las relaciones entre un Derecho común, el del reino de Castilla, y unos Derechos propios, los de los territorios vascos.

Palabras clave: Derecho común. Propiedad. Mayorazgo. Troncalidad. Fuero Viejo de Vizcaya. Fuero Nuevo de Vizcaya. Usucapión. Derecho Civil.



Gaztelan, *Ius Commune*-ren doktrinan jasotako dogmetara jo zuten jabetza-ren erregimena finkatzeko. Horregatik, bere harrera aztertze orduan, beharrezkoa da arauz gain kontzeptuak ere kontuan hartzea. Gaztelako erreinuko Zuzenbide komunaren eta euskal lurraldeetako eskubideen arteko harremana ulertzeko, arreta berezia eskainiko diegu bere ondorio, erabilera eta oinarri juridikoei.

Giltza - Hitzak: Zuzenbide komuna. Jabetza. Maiorazgoa. Tronkalitatea. Bizkaiako Foru Zaharra. Bizkaiako Foru Berria. Usukapioa. Zuzenbide Zibila.



The property regime in Castile is elaborated by conceptually using the battery of dogmas provided by the *Ius Commune* doctrine. Therefore, in order to understand its reception we have to bear in mind the double current it brings along: its own norms and the foreign concepts. The main matter here is to elucidate which are its effects, which is the use it is going to be given in terms of the purposes it serves, and on which juridical bases are the relations established between a common law, that of the Kingdom of Castile, and certain autochthonous laws like those of the Basque territories.

Key-words: Common Law. Property. *Mayorazgo*. Vertebration. Old Statute of Bizkaia. New Statute of Bizkaia. *Usucapión*. Civil law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA DOCTRINA DE LA VALIDEZ DE LAS COSTUMBRES Y ESTATUTOS. 1. *Ius commune* y derechos particulares. 2. El Derecho general del reino y los Derechos propios de los territorios vascos. III. EFECTOS PRÁCTICOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA ESTATUTARIA AL RÉGIMEN VASCO DE PROPIEDAD. 1. El instituto de la usucapión. 2. La propiedad vinculada: mayorazgos y troncalidad. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La recepción de la normativa castellana sobre propiedad plantea algunos temas previos y al menos una cuestión de fondo. Entre los primeros, el aspecto instrumental y político de la recepción en sí misma, que se introduce a través de dos vías: bien por la adopción directa de normas o textos legales comunes al reino de Castilla, bien por la utilización de ese Derecho como supletorio. Agentes políticos de la recepción son evidentemente el rey y sus oficiales, ya sea de manera directa, al confirmar las redacciones del Derecho consuetudinario o del de Hermandad, ya indirectamente al intervenir, haciéndolo por lo regular el corregidor, en la elaboración de los mismos textos¹.

También asunto previo es la misma conformación jurídica de la propiedad en Castilla, que se elabora utilizando conceptualmente la batería de dogmas suministrada por la doctrina del Derecho común, lo que la convierte a su vez en receptora. Es pues necesario tener en todo momento presente esa doble y bien conocida corriente que transporta: las normas propias y los conceptos ajenos.

Voy a referirme, en absoluto con la pretensión de resolverla sino sólo con la de abordarla, a la que, en mi opinión, es la cuestión de fondo: sobre qué fundamentos jurídicos se establecen las relaciones entre un Derecho común, el del reino de Castilla, y unos Derechos propios, los de los territorios vascos, y cuáles son sus efectos prácticos en instituciones de primera magnitud, tales como la usucapión y la propiedad vinculada.

¹ Estas materias han sido tratadas con diversa amplitud y fortuna por la historiografía, aunque siempre de manera tangencial, y sin duda convendría abordarlas monográficamente para obtener una visión precisa y completa, en lo jurídico y en sus vicisitudes políticas, de lo que sólo conocemos en sus rasgos mayores.

II. LA DOCTRINA DE LA VALIDEZ DE LAS COSTUMBRES Y ESTATUTOS

La doctrina de la validez de las costumbres y estatutos es el punto de partida argumental de la teoría estatutaria, así llamada en atención a que sus máximos representantes y sistematizadores la elaboraron para resolver los conflictos entre estatutos, consustancial a la aplicación del principio de la personalidad de las leyes, pues dichos conflictos nacen como consecuencia del Derecho natural y, por tanto, superior a cualquier otro, de cada persona a vivir según el orden jurídico establecido por el grupo al que pertenezca. El que dicho grupo tenga o no un asentamiento territorial es indiferente al derecho subjetivo como tal, aunque la teoría estatutaria atiende fundamentalmente a los derechos contenidos en ordenamientos de base local, y de ahí que haya que definir primero el ámbito o círculo al que un ordenamiento afecta y fijar después las pautas que regirán sus relaciones con los demás, y, en especial, con el más estrechamente emparentado por razones que no tienen por qué ser de dependencia.

Flexible por cuanto dirigida a solventar problemas surgidos en la práctica del Derecho, es una doctrina que ofrece múltiples posibilidades de aplicación, que amplían la más estricta y tradicional de constituir un conjunto de reglas para resolver los conflictos de leyes, origen directo de un derecho interestatutario o interconsuetudinario, extendido luego a las leyes nacionales. Una de esas posibilidades concierne precisamente a la recepción del Derecho entre ordenamientos jurídicos situados dentro de un mismo marco político, que es nuestro caso.

Sin duda el tema puede afrontarse desde otros puntos de vista. El que aquí se adopta pretende sólo utilizar el aparato conceptual y la construcción dogmática que prestaron en la época soporte teórico al funcionamiento real, en la práctica, de las relaciones entre distintos derechos.

1. *Ius commune* y derechos particulares

Los doctores del *Ius commune*² crearon la llamada teoría estatutaria cuando se vieron en la necesidad de hacer encajar el *ius proprium* de los ordenamientos

² MEIJERS, E.M., L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du moyen âge. En *Recueil des Cours de la Académie de droit international établie avec le concours de la Dotation Carnegie pour la paix internationale*, La Haye (1934) III, tomo 49, pp. 547-681, sostiene la importancia, anterior y permanente junto a la de los jurisconsultos italianos, de la costumbre jurídica y de la jurisprudencia en los países de derecho consuetudinario: *On trouve ainsi en Europe occidentale un régime de droit intercoutumier, que s'est formé avant que les universités et le droit savant se soient occupés de questions analogues. Ce régime s'est maintenu, même alors qu'on ne connaissait plus l'origine, seulement par la force de la tradition. Lorsque les romanistes commencent à traiter les mêmes questions, ils influencent peu ce système; nous verrons que ce sont plutôt les solutions traditionnelles qui influencent les romanistes* (pp. 589-590).

particulares, locales o personales, en el *unum ius*, el Derecho general, común, del Imperio universal concebido como un sistema perfecto y cerrado. O, lo que es lo mismo, cuando tuvieron que proporcionar una base legítima a la costumbre, forma de creación preferente del Derecho privativo, para hacerla capaz de derogar la ley escrita.

Se partió del análisis de la personalidad de los ordenamientos menores, considerados en su propia vitalidad jurídica: ¿cuál era su fundamento, su primer origen, y cómo se justificaba jurídicamente la fuente de la que parten?³ El Derecho natural suministraba la respuesta adecuada, pues cualquier grupo humano, cualquier población, por exigencias naturales propias, intrínsecas a su ser, se da a sí misma una organización jurídica. Como esa organización no es concebible sino como un complejo de normas, la misma existencia del ordenamiento justifica la de las normas.

Por otra parte, se matiza la transferencia del poder legislativo hecha al emperador, argumentando que ello no era obstáculo para que subsistiera una potestad autonormativa, ya que, en palabras de Azone: *dicitur (potestas) translata id est concessa, non quod populus omnino a se abdicaverit eam*⁴.

Corresponde a Bártolo⁵ el mérito de haber reconocido formalmente la validez de los ordenamientos jurídicos estatutarios al establecer que el *ius statuendi* es poseído no sólo por los pueblos *qui superiorem non recognoscunt* sino también por las *universitates* singulares, como las corporaciones. Es un derecho a estatuir limitado *ad administrationem rerum ipsius universitatis*, siempre y cuando las normas dictadas en ese ámbito restringido a las propias cuestiones internas no vulneren *in totum* los preceptos del Derecho natural y el de gentes.

El razonamiento con el que Bártolo legitima, frente a la legislación imperial, el Derecho estatuido, le permite diferenciar, dentro del ordenamiento estatutario, dos campos diversos. En primer lugar, el correspondiente al Derecho común, del que se toman y derivan todos los principios generales, tales como la doctrina sobre la interpretación de las leyes, la doctrina sobre el error, los principios sobre la aplicabilidad y validez de la ley, etc. Con respecto a todos ellos se opera una verdadera recepción, pues cuando una norma de Derecho común es expresamente recibida dentro del Derecho estatutario, dicha norma cambia de naturaleza y deviene *derecho estatutario*.

El segundo campo es el del Derecho estatutario, el *ius civile proprium* que, en su acepción de derecho local, que es el que aquí nos interesa, está en vigor

³ CALASSO, F., *Medio evo del diritto*, I. *Le Fonti*, Milano, 1954, pp. 498-501.

⁴ AZONE, *Summa Codicis*, Basiliae, 1572, I, 14, n. 8.

⁵ Trata de la doctrina general del derecho estatutario en: BARTOLO, *Consilia, quaestiones et tractatus*, Venetiis, 1520, f.130 y ss; y BARTOLO, *Opera omnia*, Venetiis, 1590, glosa a 1,9, D.1,1 y 1.4 D. 47.22.

sólo *dentro* del territorio del singular grupo que lo ha dictado. Más allá de los confines territoriales dentro de los cuales ejerce su poder (es decir, tiene facultad jurisdiccional) la autoridad legislativa de la que ha emanado, en principio una norma no puede extenderse. La carencia, previa a la distinción entre estatutos, de efectos extraterritoriales, deriva de la regla *statutum non ligat nisi subditos*, formulada con anterioridad a Bártolo y fundada en las primeras palabras de la primera ley del Código de Justiniano, quien quiere sea seguido por *cunctos populos quas clementiae nostrae regit imperium*⁶.

Las relaciones entre el Derecho estatutario, integrado por sus dos campos (el estricto y el recibido), y el Derecho imperial, estarán, tras esa integración, regidas por la máxima de que, en defecto de una norma explícita del Derecho propio, el caso debe ser regulado por las disposiciones del Derecho común. No se trata de una relación de dependencia, sino de dos ordenamientos autónomos, cada uno con su vida y desarrollo específicos. Lo que significa que las normas contenidas en el Derecho estatutario, incluso y en particular las recibidas del Derecho común, siguen siendo válidas independientemente de la evolución que experimenten en el derecho de origen, es decir, ya sean modificadas o abrogadas.

Abundando en la idea del *ius statuendi* formulada por Bártolo, Baldo la perfecciona sosteniendo que si el *ius commune* tiene un carácter subsidiario respecto al Derecho estatutario, ello se debe a que, en razón de que éste es emanación del *ius gentium*, sus normas tienen la naturaleza de verdadera y propia *lex*, siendo por tanto capaces de contradecir lógicamente una norma de *ius commune*⁷. El hecho de que la ley estatutaria tenga absoluta e incondicionada autoridad en el territorio al que afecta supone que tiene una aplicación de ámbito restringido, y al no dar vida a un *ius civile commune* no precisa, para su validez, de la aprobación de la autoridad superior. El carácter relativo de este principio salta a la vista, pues su efectividad variaba, en la práctica, del talante político de dicha autoridad y del sistema de recursos judiciales existente en cada caso. Ya en la misma esfera italiana aparecen diferencias. Admitido en los territorios imperiales, no lo era en los de la Iglesia, donde se requería la confirmación del Papa, al menos genérica y, si el estatuto contradecía una norma canónica, entonces la aprobación

⁶ Nace la regla, aceptada como principio por todos los autores posteriores, de la glosa *Hic nota quod alios noluit ligare nisi subditos imperio suo et est argumentum, infra, de iudiciis l. rem. primo responso (C.3.1.14 vers. Quum igitur, etc.). Est autem hoc contra consuetudines civitatum que etiam alios constringere volunt cum suis statutis...* Meijers la atribuye, y el entero manuscrito en el que se contiene (Paris 4546 (f. 3r), a Karolus de Tocco (c. 1200) y no a Roffredus, como había sostenido Savigny (*L'histoire des principes fondamentaux...* p. 594, nota 1).

⁷ BALDO, glosa a 1, 9, D. 1.1, n.1: *ubi cessat statutum habet locum ius civile*, y n.74: *separatarum separata debet esse ratio cum separatum sit a iure commune sequitur, quod de uno non infertur ad aliud*.

debía ser otorgada en forma específica, con pleno consentimiento y previo atento examen del estatuto⁸.

La teoría estatutaria aquí meramente esbozada a los efectos que interesan, con su juego Derecho común-Derechos propios, pervivirá con escasas modificaciones a lo largo de los siglos, posibilitando una argumentación coherente allí donde existiera una realidad jurídica caracterizada por la vigencia de varios derechos en territorios situados bajo un mismo cetro político. Savigny, que la recoge de manera indirecta, estima que Derecho común y Derechos propios han sido históricamente necesarios y compatibles, refiriéndose, primero, a la genuinidad y trascendencia del Derecho particular creado consuetudinariamente:

...todo Derecho nace como derecho consuetudinario...es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador...⁹

y, segundo, a la no menor importancia de un Derecho general como referencia común, con efectos políticamente beneficiosos para la unidad del país:

para este fin político (el sentimiento patriótico) ninguna situación del Derecho civil parece más favorable que la que no hace mucho era general en Alemania: gran multiplicidad y peculiaridad en los Derechos particulares, pero teniendo todos ellos como base el Derecho común, que a todos los grupos de población alemanes recordaba constantemente su indisoluble unidad¹⁰.

Todavía la teoría estatutaria, principalmente la elaborada por la escuela italiana pero también bajo la forma que le dieron otras escuelas, la francesa del siglo XVI y la holandesa del siglo XVII, suministrará los principios básicos sobre los que se sustenta, hasta hoy, el Derecho internacional privado.

2. El Derecho general del reino y los Derechos propios de los territorios vascos

En España, la doctrina de la validez de los estatutos apenas ha captado el interés de los historiadores del Derecho. Quizá el prevalente enfoque internacio-

⁸ ERMINI, Ius commune e Utrumque ius. En *Atti del Congresso giuridico internazionale*, 1935, t. II, p. 531.

⁹ SAVIGNY, F. C. von. De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho (*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814). En *Thibaut y Savigny. La Codificación*, con Introducción y selección de textos de STERN, Jacques, Madrid, 1970, pp. 47-169, p. 58.

¹⁰ *Ibid.* p.79.

nal ha oscurecido las posibilidades que, desde el punto de vista nacional, ofrece la teoría estatutaria, particularmente interesante a mi juicio para una situación como la hispánica, con su pluralidad de reinos jurídicamente autónomos. Desde el campo del Derecho Internacional privado sí se ha investigado, en busca de raíces para las reglas de resolución de conflictos de leyes, sobre los juristas españoles que trataron esta cuestión. Parece que puede hablarse de una escuela española, centrada en el siglo XVI e integrada por juristas prácticos (Gregorio López, Antonio Gómez, Diego de Covarrubias, Alfonso de Azebedo, Tomás Carleval, Luis de Molina y otros), que tuvo ciertos rasgos propios y definidos, como la importancia por ella dada al principio de la autonomía de la voluntad, reconocido de modo preferente en materia de capitulaciones matrimoniales y lucros dotales, tema básico, por lo habitual de su planteamiento en la práctica, para todos esos juristas¹¹.

El objetivo de este trabajo, como ya se ha dicho, no es el de estudiar los conflictos de leyes¹² sino el más modesto de utilizar la teoría estatutaria como clave explicativa de la recepción del Derecho real castellano, que actúa como común en el reino de Castilla, en los ordenamientos jurídicos propios de unos territorios pertenecientes a dicho reino.

Veamos primeramente la situación que ocupa el Derecho del reino dentro de cada ordenamiento para examinar con posterioridad la relación Derecho común-Derechos propios en materia de propiedad.

En los territorios sujetos al Fuero de Vizcaya, el Derecho castellano es, ante todo y sobre todo, derecho supletorio del gestado consuetudinariamente, tal como se indica de forma expresa en el texto impreso de 1526, que concluye declarando que para todos los pleitos de Vizcaya se guardasen las leyes del Fuero, y en los casos que no hubiere ley se resolviesen por las generales del reino:

que ningún Juez, que resida en Vizcaya, ni en la dicha Corte, e Chancillería, ni en el Consejo Real de su Alteza, ni en otro qualquiera, en los pleytos que ante ellos fueren de entre los Vizcaynos, sentencien, determinen, ni libren por otras Leyes, ni Ordenanzas algunas, salvo por las Leyes de este Fuero de Vizcaya, y los que por ellas no se pudieren determinar, determinen por las Leyes del Reyno, e Pragmáticas de su Alteza: Con que las Leyes de este Fuero de Vizcaya en

¹¹SIMO SANTONJA, V.L., *Aportación al estudio de los estatutarios españoles*, Valencia: Diputación Provincial de Valencia, 1959.

¹²Un caso, el de la ley aplicable en conflictos sobre atribución de los *lucra nuptialia*, comentado por Juan Bautista de Larrea en torno a una sentencia de la Chancillería de Granada, en PÉREZ-VICTORIA de BENAVIDES, Manuel M., La teoría estatutaria como solución al conflicto entre el derecho histórico de los distintos reinos (A propósito de una sentencia de la Chancillería de Granada en el s. XVII). En *Initium* 6 (2001), pp. 445-468.

*la decisión de los pleytos de Vizcaya y Encartaciones siempre se prefieran a todas las otras Leyes, e Pragmáticas del Reyno, y del Derecho común*¹³.

Ya en la reforma que del llamado Fuero Viejo de 1452 se hace en 1506, se alude indirectamente al uso de un Derecho común como supletorio al tratar de garantizar el mantenimiento de la integridad, literal y a efectos de interpretación, del propio¹⁴. Es posible que la referencia expresa que con carácter general se hace en el Fuero Nuevo, y las particulares cláusulas de remisión al Derecho real castellano o a su exclusión que se distribuyen a lo largo de su capitulado¹⁵, obedezca, síquiera en parte, a la relevante participación de juristas en su redacción.

Para los demás territorios carecemos de una formulación semejante, pero sería poco ajustado a la realidad cultural, general y no sólo jurídica, de la época, presumir por ello que el ordenamiento común de Castilla, sobre todo el civil, rigió como regla única de Derecho. Aunque las costumbres jurídicas no se compendiaron en libros específicamente destinados a contenerlas, caso del Fuero de Vizcaya, algunas quedaron recogidas en textos de diversa índole y es imposible evaluar las que subsistieron bajo la forma de transmisión oral, con todos los problemas que para nosotros comporta de rastreo en fuentes distintas a las normativas y de inseguridad, pero que no cabe ignorar. En suma, la amplísima recepción del Derecho real no supuso la desaparición de un Derecho propio, que pervivió como costumbres especiales relativas a determinados puntos y acomodando en otros las disposiciones generales a sus necesidades particulares.

En materia de propiedad, los principios por los que los Derechos vascos se rigen durante el sistema jurídico del Derecho común son los por éste establecidos dogmáticamente, que se reciben bien de manera directa bien, con mayor probabilidad, a través del Derecho real de Castilla vía *Partidas*.

Así, el concepto de propiedad ajustado a la estricta concepción romana de un derecho entendido como facultad de usar y abusar de las cosas propias hasta

¹³ L. III, Tit. 36. Cito por una edición facsímil de la de Delmas de 1865: *Fuero nuevo de Vizcaya*, Durango: ed. Leopoldo Zugaza, 1976, f. 103v.

¹⁴ *...e dixieron que acordavan e acordaron que las dichas leys de el Fuero se entendiesen e guardasen al pié de la letra como están, sin les dar entendimiento, ni limitación alguna demás de lo que en las leys e hordenamientos que adelante se declarará se contiene, e que por ellas, ni contra ellas non se reçiviese, ni se reçiva ynformación, ni probança alguna...* (cap. I de la edición de HIDALGO DE CISNEROS, LARGACHA, LORENTE Y MARTÍNEZ, *Fuentes jurídicas medievales del Señorío de Vizcaya. Cuadernos Legales. Capítulos de la Hermandad y Fuero Viejo (1342-1506)*, San Sebastián: Euskolaskuntza, 1986, p.196.

¹⁵ Por ejemplo, la de la L. IV, Tit. 2, *Sobre la Jurisdicción de los Alcaldes de la Tierra: puedan conocer hasta essa cantidad (96 maravedís), y no de más, so la pena de las Leyes, que disponen contra las personas privadas que juzgan y usurpan Jurisdicción Real, f. 14v.; y la de la L. III, Tit. 8, Que se pueda proceder de oficio contra los blasfemos: ...que según Leyes del Reyno, y prématicas es la pena de ellos treinta días de cárcel, f. 28v. (Fuero nuevo...).*

donde sea razonable en beneficio del propietario, que Bártolo definirá, en su acepción de *dominium*, como *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat*¹⁶. Esta concepción de la propiedad, que para el pensamiento de la época no era la única posible¹⁷, permitirá después a los juristas del racionalismo iusnaturalista colocar al derecho de propiedad dentro del conjunto de los derechos inherentes a la personalidad, fundamentando así su protección penal. La naturaleza del derecho de propiedad se concibe a la manera de los glosadores, es decir, no como el dominio infinito y unitario que es propio del Derecho romano, sino, para conciliarlo con la realidad medieval heredada de la multiplicidad de derechos confluyentes sobre una cosa, con arreglo a la doctrina que Bulgaro primero y Accursio después construyeron sobre el dominio útil y el dominio directo. Concepción que se enriquece con los principios aportados por el Derecho Canónico, especialmente en torno a la protección de la posesión con la teoría de la buena fé.

En cuanto a los requisitos para acceder legítimamente a la propiedad, la parte general es de Derecho común. Así, la transferencia de la propiedad por medio de la tradición, para la que se exige el acuerdo de la voluntad entre el que da y el que recibe, que integra la causa remota o *títulus acquirendi*¹⁸, y el paso de la posesión de uno a otro, que integra la causa próxima o *modus acquirendi*, con las correspondientes excepciones a éste en casos singulares¹⁹. Igualmente se recibe el Derecho común en materia de ocupación; de accesión, referida sobre todo a la adquisición de los frutos ligada a la eventual obligación del poseedor de restituirlos, donde de nuevo entra en juego el concepto de buena fé; y de prescripción, que nos ocupará más adelante y de manera particular.

Hay no obstante una parte especial en los Derechos vascos que presenta aspectos verdaderamente originales.

Se trata de cuestiones referentes a obras, plantaciones, labores y edificaciones en propiedades mancomunadas, públicas y privadas, que se regulan para el

¹⁶ BARTOLO, glosa a 1,18 (17) D. 41, 2, n. 4.

¹⁷ Otro concepto de propiedad, que no triunfó, era el planteado por la Escolástica, y especialmente por Tomás de Aquino, como medio que permita al titular de los bienes alcanzar un uso honesto de ellos en beneficio propio y de sus semejantes, introduciendo así el tópico jurídico de la *función social de la propiedad* (PÉREZ-PRENDES, J.M., *Historia del Derecho español*, Madrid: Universidad Complutense, 1999, Vol. II, p.1322).

¹⁸ El concepto de *título* elaborado por el Derecho común como causa que precede y da origen a la *traditio* es particularmente interesante, pues no experimentará modificaciones sustanciales hasta la época contemporánea. Todavía a mediados del siglo XVIII, Dunod lo sigue definiendo como *toute cause habile en elle même à transférer le domaine* (DUNOD de CHARNAGE, F. I., *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Eglise et des dîmes...* Paris: Briasson, 1753, p.48).

¹⁹ Las disposiciones de última voluntad (BARTOLO, glosa a 1. 20, C. 2, 3, n. 2), los casos expresamente previstos en la ley (*ibid.* n. 3), las donaciones *propter nuptias* (*ibid.* n. 4) y *mortis causa* (*ibid.* n. 6), las asignaciones hechas a la sociedad universal (*ibid.* a 1. 12, D. 13, 1, n. 3) y las adquisiciones a título universal (*ibid.* a 1. 20, C. 2, 3, n. 5).

territorio vizcaíno en los títulos XXIV (*De las Labores y Edificios*) y XXV (*De las plantas de los Árboles y de los otros frutos*) del Fuero de 1526. En los demás territorios, la reglamentación de estos temas, aunque carece de la importancia y peculiaridad que tiene en Vizcaya, presenta también particularidades que se recogen muy limitadamente en los correspondientes cuadernos de leyes de cada provincia y de una manera mucho más extensa y detallada en las ordenanzas municipales que en este aspecto, como en tantos otros, recogen costumbres con vastos ámbitos de aplicación, siendo en este sentido representativas de un Derecho consuetudinario comarcal o provincial, independientemente de que ellas mismas sean Derecho estatutario municipal que a su vez recibe un Derecho común.

También es original el Fuero de Vizcaya en ciertos aspectos relacionados con la prescripción, pues en su título XII, aunque reproduce la incorporada, es decir, consagrada por la uniforme sanción de las costumbres y de los fueros, ley de Castilla en el tiempo y modo de prescribir la posesión, regula como Derecho propio la acción ejecutiva, así como la que corresponde para reclamar bienes y derechos y para perseguir delitos contra la honestidad.

III. EFECTOS PRÁCTICOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA ESTATUTARIA AL RÉGIMEN VASCO DE PROPIEDAD

1. El instituto de la usucapión

Según la concepción que de la naturaleza de la propiedad hemos visto tiene el Derecho común, el instituto de la usucapión es absolutamente fundamental, pues mientras los demás tipos de dominio útil reconocen y presuponen la propiedad directa (el dominio del enfiteuta, del superficiario, del usufructuario, del vasallo, del usuario), sólo una contradice el dominio directo: la del que intenta obtener por prescripción.

Su uso en el País Vasco se pone de relieve en la defensa que los pueblos hacen de la propiedad sobre los bienes comunales, en el doble sentido de la época: en cuanto defensa de la propiedad útil y, sobre todo, defensa de la directa. Ya se trate de baldíos de los términos amojonados de los lugares, de bienes del común de los vecinos de un pueblo o de comunidades de montes, característica común a todos ellos es la insistencia con que los concejos afirman que su propiedad les pertenece. Por tanto, cuando realizan actos de disposición sobre los comunales no consideran que lo hacen porque estén disfrutando de un derecho permitido o tolerado por su legítimo titular, es decir, el monarca o el señor, sino porque están ejercitando un derecho propio, independientemente de que como personas morales los concejos estén sometidos a la tutela del rey, en cuanto señor de la jurisdicción, y precisen por consiguiente de habilitación para realizar ciertos negocios jurídicos, como el de enajenar sus bienes.

Al margen de un posible título de compra, caso de algunas comunidades de montes, el fundamento jurídico de carácter general sobre el que se asienta ese derecho de propiedad es la indiscutida constancia de su ejercicio por parte de los concejos, tal y como se va a argumentar al defenderlo ante los tribunales. Veamos algunos de los argumentos utilizados por los concejos en la defensa jurídica de la propiedad de sus comunales.

En primer lugar, son suyos porque hacen de ellos todo tipo de uso. Es decir, no sólo el mero aprovechamiento:

et los antepasados en su tiempo et los presentes... han edificado e fecho edificar... et han gozado... de sembrar e plantar o de rozar do quieren e por bien tienen en el dicho término; e tomar, recibir, esquilmar, espleitar, gozar et aprovechar de los frutos que Dios ha dado... facer leina, cortar árboles para edificar casas et otros edificios... et de vender la fusta a los estrangeros et a torneros²⁰,

sino *todos* los actos de dominio. Esto es, vender los aprovechamientos a personas ajenas, nombrar como guardamontes a vecinos, prender y castigar pecuniariamente a los que sin permiso del concejo hayan disfrutado de los montes y pastos, y otorgar licencias para construir, para hacer cal o para roturar.

En segundo lugar, y sin necesidad de entrar en la cuestión de los más o menos legítimos orígenes, porque dichos usos y actos de dominio han venido haciéndose desde los más remotos tiempos, a la vista de todos a lo largo de los siglos. Ininterrumpidamente: bien de manera pacífica, sin que el monarca ni señor alguno les haya inquietado por ello, bien, habiéndolo hecho, sin que al inquietador se le hubiera reconocido judicialmente un mejor derecho. Así pues, larga posesión continuada, de manera notoria, con buena fe, que significa sin conciencia de causar daño al propietario, y sin contradicción.

Lo que constituye, por tanto, el argumento fundamental de los pueblos es que sus términos comunes los han poseído cómo suyos: *en propiedad y posesión por tiempo prescrito...et mayormente atendido que de estos...cient años cumplidos et más et por tanto tiempo que memoria de hombres no es en contrario e cunpliría a debida et cumplida prescripción...*²¹

La que aquí se utiliza es pues una especie dentro del género de las prescripciones, la inmemorial, recibida bajo la forma doctrinal que elaboraron los juristas del Derecho común. Introdujeron en el género profundas modificaciones, de

²⁰ El texto procede de fuentes navarras, *Sentencias obtenidas por el Valle de Baztán en 1440 en pleito con el Patrimonio Real de Navarra: información posesoria de los montes y yermos comunes y expediente sobre roturaciones y cerramientos*, Pamplona, 1869, pp. 5-37.

²¹ *Ibid.*

carácter conceptual y sistemático, que en buena parte ya se habían iniciado como consecuencia de la vulgarización del Derecho romano²², bajo el que se perdió la distinción entre prescripción de acciones y adquisición de derechos, ya que los juristas de aquel período ni querían ni eran capaces de percibir diferencias entre la protección jurídica meramente defensiva y la activa o entre posesión protegida y propiedad. El restablecimiento de la distinción por Justiniano²³ no supuso modificación alguna en Occidente, ni en su momento y menos aún tras su recuperación medieval, pues para entonces la situación de partida, real y jurídica, origen de la indistinción, se había reforzado.

Fue el Derecho canónico el que aportó argumentos a la unidad conceptual prescripción adquisitiva, o usucapión, y prescripción extintiva, mediante la exigencia para ambas, y no sólo para la primera, como requería el Derecho romano, de la condición de buena fé. Y ello porque, en virtud de los principios en los que se inspira, teniendo siempre como finalidad la de evitar un pecado, exige la ausencia de conciencia de causar daño al propietario tanto en aquel que se considera liberado de una obligación como en el que pretende haber adquirido un derecho con el transcurso del tiempo.

En la especie prescripción inmemorial la influencia del Derecho canónico sobre la sistematización que de ella hizo el Derecho común es fundamental, con independencia de los rasgos originarios del instituto en el Derecho romano, donde su aplicación se reduce a casos singulares que se reconducen todos a consideraciones de utilidad pública, y en el Derecho germánico.

Los civilistas hacen propio el acercamiento dogmático de los canonistas entre *consuetudine* y prescripción adquisitiva²⁴. El único elemento, pero el más importante de los dos institutos, que se tiene en cuenta en esta unión es el *transcurso del tiempo*, considerado como factor, por una parte, extintivo de un determinado derecho y adquisitivo de una determinada facultad, y, por otra, que hace nacer la obligación de conformarse a una situación de hecho que se ha prolongado en el tiempo y ha venido a consolidarse como definitiva en la conciencia de

²² Vid. la excelente obra de LEVY, Ernst, Derecho romano vulgar de Occidente. Derecho de bienes. En *Interpretatio IX* (2003). traducción de Ignacio Cremades de la obra originalmente publicada en inglés bajo el título *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia: Philosophical Society, 1951.

²³ Lo sostiene Levy (*Ibid.* p.182) contra la opinión dominante que entiende fue precisamente Justiniano el primero en elevar la prescripción de 30 años de las acciones a modo de adquisición: *Pero más bien debería decirse que él quebró en ese momento la identidad que hasta él había existido entre las dos instituciones*. El derecho por él establecido lo formula Windscheid con total corrección: *La adquisición extraordinaria por larga posesión requiere únicamente la conclusión de la prescripción de la acción del propietario para la cosa retenida, en caso de posesión de buena fé*. (WINDSCHEID, Bernhard, Frankfurt: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1887, 6ª ed., I § 175).

²⁴ BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. Diritti reali e diritti di obbligazione*, en *Studi di Diritto Privato Italiano e Straniero* 27, Padova: CEDAM, 1937, pp. 74 y ss.

los más. Y de ahí se deducen sus requisitos: la *antiquitas*, un estado de cosas cuyo nacimiento no se recuerda, y la opinión general de que una cierta condición de cosas sea conforme al derecho, porque todos la han respetado desde hace tiempo. Lo que se encuadra perfectamente en el conservadurismo propio del medioevo, donde era dogma el respeto a la *vetustas* y y la sumisión a la opinión de la mayoría. No se trata por tanto de un instituto anómalo y de excepción, sino en todo ajustado al espíritu jurídico de la época.

En lógica correspondencia con que la naturaleza de la inmemorial encuentre su fundamento en los dos elementos de la *antiquitas* y la opinión general, su prueba es sólo oral, por medio de testigos. El hecho objeto de testimonio comprende un lado positivo, la inmutabilidad del estado de hecho, y un lado negativo, la inexistencia de un estado de hecho. La determinación del elemento temporal, *quod testes deponant audivisse a sui maioribus et quod ipsi audiverint ab eorum antenatis ita semper fuisse*²⁵, exige que los testigos deban de tener por lo menos 54 años, lo que, estimando a los 14 la edad de la pubertad, les permite testificar *de visu* acerca de un período de 40 años, a los que hay que añadirles otros 40 por lo oído a sus mayores y todavía 40 años más por lo que estos oyeron a sus antecesores. Lo que supera los 100 años, plazo de prescripción de la inmemorial.

El problema de la inexistencia de un título se resuelve con una *fictio iuris*: la presunción de su existencia (aunque no se pueda definir su especie: privilegio, donación, compra...), aspecto bajo el que se ajustaría la institución a los conceptos germánicos. La principal y trascendental consecuencia de que se presuponga un título es que por medio de la inmemorial se puedan adquirir *ea quae alios sua natura non sunt praescriptibilia*²⁶, es decir, cualquier derecho, ya sea de carácter público, en particular los derechos reservados al Emperador y al Papa (vectigalia, legitimar espúreos, restituir fama), ya de naturaleza privada.

Ello implicaría que cuando ciertas cosas se declaran legalmente imprescriptibles, la exclusión de la prescripción no incluye a la inmemorial, cuestión en la que coincide la doctrina, que sólo salva al hombre libre.

2. La propiedad vinculada

La doctrina estatutaria tiene importancia sobresaliente en materia de vinculaciones, entendiéndose como tales los actos o disposiciones que sacan de la circulación libre ciertas propiedades, y en este sentido no son sino efectos deri-

²⁵ *Rotae Romanae Decisiones coram Coccino ad anno 1600 ad annum 1641*, Romae, 1672, MCCCXCH (20 junio 1622), p. 198 (cfr. *Ibid.* p.86).

²⁶ GIASON del MAINO, glosa a 1, 15, D. 29, 2, en *Commentaria in Digestum et Codicem*, Lugduni, 1581.

vados del dominio, manifestados fundamentalmente en su transmisión hereditaria.

Si bien por lo que respecta al grado de sucesión, a las clases de los que tienen que suceder y a la forma de la sucesión legítima el *ius commune* era la excepción frente al Derecho estatutario que era el que verdaderamente los regulaba de manera precisa y minuciosa, no obstante se entiende que éste, en cuanto *lex particularis* debe derogar el *ius commune* lo menos posible. lo que significa que la recepción de los principios y normas del Derecho común se produce no sólo cuando el estatuto no contempla un determinado aspecto de la sucesión legítima, sino incluso cuando lo regula de manera incompleta.

Aplicando esta doctrina al derecho sucesorio propio de los territorios vascos sobre vinculaciones, mayorazgos y troncalidad, las encontramos reglamentadas bien por costumbres locales formuladas en Fueros escritos bien por costumbres locales que reciben e incorporan, en todo o en parte, el Derecho del reino, que en buena medida es asimismo creado consuetudinariamente y peculiar con respecto al común europeo.

El mayorazgo, especie dentro del género de las vinculaciones e institución singular de Castilla, se construye básicamente sobre la figura del *fideicomissum familiae relictum*²⁷, aunque sus diferencias son grandes, pues el fideicomiso no puede dejarse más que en testamento o codicilo, mientras que el mayorazgo puede fundarse por contrato, y el fideicomisario no puede tomar por su propia autoridad el fideicomiso, mientras que el sucesor en el mayorazgo, tan pronto como se cumple la condición de la institución, adquiere la posesión del mismo²⁸. Es una vinculación civil y perpetua, cuyo régimen sintetizan los tratadistas en doce reglas, conteniéndose en la última la verdadera fórmula en esta materia, pues dice que las once primeras ceden a la voluntad del fundador, el cual puede poner las condiciones que quiera, con tal de que sean posibles y honestas, obligando de tal modo a su cumplimiento que por su falta pierde el mayorazgo la persona a quien tocaba por derecho de sangre.

La institución se generalizó en buena medida gracias a los comentaristas de las Leyes de Toro (Leyes 27, 42 y 43), quienes difundieron la interpretación según la cual, para fundar mayorazgos, la licencia regia sólo era precisa cuando los bienes vinculados formaban parte de la cuota legítima, pero no cuando se trataba de bienes pertenecientes a la cuota de mejora, o a la de libre disposición, o a la totalidad a falta de herederos legítimos²⁹. De esa forma, la burguesía aristocra-

²⁷ Reviste a la vez caracteres de Derecho público y privado, como señalaron PFAFF y HOFFMANN, *Zur Geschichte der Fideicommissse*, Viena, 1884.

²⁸ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos y estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 1863, II, p. 189.

²⁹ PÉREZ-PRENDES, J.M., *Historia del Derecho...*, Vol. II, pp. 1441-1442.

tizante invadió el sistema, fundando los llamados coloquialmente *mayorazgos cortos*, que vinculaban bienes de pequeños patrimonios.

Son estos *mayorazgos cortos* los que tuvieron una gran difusión en los territorios vascos, donde la mayor parte de este tipo de vinculaciones, que se componían de un reducido número de fincas, pertenecían a esa clase de tercio y quinto. Siempre estuvieron vigentes, rigiéndose en todo con arreglo al uso, la doctrina y la ley de Castilla. Respecto a la elección de la línea de sucesión, que dependía de la voluntad del fundador, lo común era hacerlo entre los varones y, sólo en defecto de posibles herederos masculinos, entre las mujeres³⁰.

Es sobre todo en materia de troncalidad donde la doctrina estatutaria adquiere su verdadera trascendencia, pues era un principio pacíficamente aceptado que en la sucesión legítima, mientras los bienes muebles se sujetaban al estatuto personal del *de cuius*, los bienes inmuebles quedaban regulados por los estatutos del lugar en el que se encontraran. Estatutos que podían modificar los institutos de Derecho común, como la capacidad de suceder. Esta potestad se ejercita sobre todo en defensa de los bienes raíces, más que en la de sus titulares concretos, pues los inmuebles se consideran patrimonio del territorio en el sentido de serlo de las familias que como espacio humano lo configuraron. Lo que significa que, ya fuera en el caso de sucesión *ab intestado*, ya en testamentaria, el titular de los bienes raíces, ya fuera natural ya foráneo, no tenía más remedio que ceñirse a los límites puestos por el estatuto, sin poder valerse ni de su estatuto personal, ni de las normas propias del estatuto del lugar de su domicilio, si era de fuera, ni de las mayores facultades que podía concederle el Derecho general.

De esta manera, aunque según la regla *statutum non ligat nisi subditos* la legislación estatutaria no podía vincular directamente a los extranjeros, sí podía hacerlo indirectamente, en relación a los bienes que poseía dentro del territorio situado bajo la autoridad del estatuto, de donde la posibilidad de un concurso entre sucesión testamentaria y sucesión *ab intestato* cuando el de fuera, en su testamento, había manifestado una voluntad incompatible con las normas estatutarias respecto a los bienes a ellas sujetas.

En el caso de los territorios regidos por el Fuero de Vizcaya, primero son las leyes propias, escritas, las que regulan la transmisión de los bienes inmuebles radicados en tierra foral, que se vinculan al tronco de donde proceden, y, segundo, esas leyes establecen un régimen privilegiado, diferente al común, sobre dichos inmuebles, al objeto de conservar su vinculación. Es un régimen que se

³⁰ Sobre la práctica de la sucesión femenina en Guipúzcoa, *vid.* OLIVERI KORTA, O., *Mujer y herencia en el estamento hidalgo guipuzcoano durante el Antiguo Régimen (siglos XVI-XVIII)*, San Sebastián: Diputación de Gipuzkoa, 2001.

radicaliza con el tiempo, constituyendo la extrema sujeción de la transmisión de bienes su rasgo más genuino. Hay que diferenciar en este sentido dos fases distintas: la anterior al Fuero de 1452 y la que nace con éste.

Con objeto de soslayar la usual consideración, nacida en el derecho germánico, de los bienes inmuebles, fuera cual fuera la razón de su propiedad, como heredados, luego vinculados a la familia de procedencia, y de los muebles como adquiridos, es decir, de libre disposición por parte de su titular, antes del Fuero de 1452 se tenían por bienes muebles todos los adquiridos en vida, fueran verdaderamente muebles o raíces, de manera que podían transmitirse libremente. Sólo los inmuebles procedentes de la familia se consideraban troncales y debían dejarse necesariamente a los parientes tronqueros. El Fuero de 1452 hizo tronqueros a los hijos y descendientes y declaró troncales no sólo los bienes heredados o propios, sino también los adquiridos por el causante en vida, por compra o por cualquier otro título:

Otrosí dixieron que por quanto fasta agora en Vizcaya avían por uso e costumbre que todos los bienes raíces que alguno comprase fuesen avidos en su vida por bienes muebles, para fazer de ellos lo que quisiere e darlos como los otros bienes muebles, lo qual dixieron que era gran perjuizio de los hijos legítimos herederos, por ende dixieron que ordenavan e estableçían por ley que Que toda rayz que home o muger compraren o hayan comprado en su vida, que toda tierra o heredad o bienes raíces, que así fueren comprados, sean avidos por bienes raíces e non por muebles, e los tales bienes raíces non puedan ser dados ni mandados a estrannos, ni a otros algunos, salvo a heredero o herederos que de derecho devan aver e heredar sus bienes segun que los otros bienes raíces que oviere³¹.

En los demás territorios vascos, el régimen de vinculación troncal es el recibido del Derecho del reino, que aparece en los fueros municipales de los siglos XII y XIII en Castilla y León, extendiéndose a través del Fuero de Cuenca hasta llegar a ser general este medio de suceder en los bienes de patrimonio y abolengo. Lo recogen el Fuero Viejo y el Fuero Real. Aunque en las Leyes de Toro se pudo seguir la romanizada legislación ajena a la troncalidad de Partidas, sin embargo se prefirió respetar una institución encarnada en las costumbres y que formaba parte de un sistema completo en orden a la propiedad. Así, la Ley 6^a, tras afirmar que, en ausencia de descendientes, los ascendientes son herederos legítimos de los hijos o descendientes, exceptúa de esta regla general aquellas villas y lugares donde, según el fuero de la tierra, se acostumbra tornar los bienes al tronco o a la raíz:

³¹ Cap. 111, p. 130 de la edición *Fuentes jurídicas medievales...*

Los ascendientes legítimos, por su orden, y línea derecha, sucedan "ex testamento & ab intestato", a sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes a ellos, en todos sus bienes, de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, o que ayan derecho de les heredar: pero bien permitimos, que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, o hacer qualquier última voluntad por su alma, o en otra cosa qual quisieren: Lo qual mandamos que se guarde, salvo en las Ciudades, Villas y Lugares do según el Fuero de la tierra, se acostumbran tornar sus bienes al tronco, o la raíz a la raíz (el subrayado es nuestro)³².

La excepción rige pues cuando el fuero de la tierra lo prescriba y la costumbre lo sancione, aunque los intérpretes discrepan sobre si, en su caso, era de aplicación sólo a la sucesión intestada o también a la testamentaria³³.

En el caso concreto de Guipúzcoa, la cuestión es compleja. Por una parte, no existe fuero alguno territorial escrito que regule la troncalidad, pues, como ya se dijo, la provincia carece de compendio de derecho consuetudinario y lo que de éste se recoge en los cuadernos provinciales no tiene nada que ver con la troncalidad. Y, sin embargo, no rige aquí el sistema regular de sucesión por los ascendientes a los descendientes, sino la reversión troncal, fundamentada en una costumbre cuya vigencia estaba avalada por su común y reiterado uso.

De la validez de la norma jurídica no contenida en un texto legal, y de la confianza que en dicha validez se tenía en la época, es quizá buena muestra la conformidad con la que se aceptan en Guipúzcoa las Leyes de Toro, cuya puesta en vigor no da por ello lugar a ninguna especie de reclamación de la provincia ante el rey. También es cierto que el paso del tiempo y con él los avances de la cultura escrita, así como la mayor fuerza del Derecho real, debilitarán esa confianza, propiciando las iniciativas para poner por escrito y solicitar confirmación de lo que hasta entonces bastaba con que fuera de transmisión oral, dotándole así de una mayor garantía de cumplimiento general y, sobre todo, de una mejor y más fácil defensa frente a posibles recursos ante los tribunales.

Bajo este prisma, entre otros, me parece que cabe entender el proyecto de ordenanza³⁴ que, sin éxito, se presentó en las Juntas de la provincia ya en fecha

³² Cito por el texto de GÓMEZ, Antonio, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Matriti: Petri Marín, 1780, pp. 63-64.

³³ La institución se fue abandonando poco a poco (GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos...III*, p. 602).

³⁴ La primera referencia en GOROSABEL, P. de, *Noticia de las cosas memorables de Guipúzcoa*, (1ª ed. Tolosa, 1899-1901), 3ª ed. Bilbao: La Gran Enciclopedia Vasca, 1972. T. III, pp. 43-44.

tan tardía como 1643³⁵. Presentado por la villa de Vergara, en él se argumentaba que, a la vista de que en algunas escrituras de contratos matrimoniales se omitía la cláusula de reversión, ya fuese por descuido de los escribanos, ya por malicia de los mismos, lo que creaba serios conflictos, convenía hacer una ordenanza para que, en el caso de que las partes interesadas no pactasen formalmente la reversión de los bienes, se diese la cláusula por pactada y puesta. El proyecto, con el objetivo de evitar pleitos e interpretaciones dudosas, precisaba cuál debía ser el contenido de la cláusula, recogiendo así una costumbre que se pretendía inmemorial y general en Guipúzcoa.

En las Juntas siguientes del mismo año, las de noviembre celebradas en Hernani, se decretó que no se hiciera innovación alguna y se mantuviera la costumbre realmente practicada. Es decir, la de incluir en las escrituras de contratos matrimoniales la cláusula de reversión de los bienes aportados por los cónyuges, que debía asentarse de una manera expresa y terminante, con renuncia a la ley general³⁶. El no incluir dicha cláusula significaba acogerse a esa ley general, la 6^a de Toro. Justo lo contrario de lo que proponía el proyecto, para el que la cláusula que debía actuar por defecto, que debía presumirse puesta, era la de renuncia y reversión, mientras que sería de obligada inserción la de acogimiento a la ley general. Con independencia del orden de preferencia, es evidente que se consideraba al Derecho propio integrado no sólo por la costumbre del territorio, sino también por la norma recibida del que era el Derecho común del reino de Castilla.

El sondeo en los documentos de aplicación del Derecho permite extraer algunos rasgos mayores de esta costumbre. Es práctica habitual en las capitulaciones y contratos por razón de matrimonio, donde los contrayentes y sus padres hacían la declaración de bienes aportados al matrimonio, pactando que los bienes dotales y también la mitad de los bienes adquiridos constante matrimonio, al estilo vizcaino, volverían al tronco en el caso de muerte de cualquiera de los esposos donatarios sin descendencia o, teniéndola, si ésta fallecía antes de poder testar o, más tarde, moría *ab intestato*. La formulación apenas varía a lo largo de los siglos³⁷.

³⁵ Junta V de San Sebastián, de 23 de abril de 1643 (Archivo General de Gipuzkoa, Sec. 3^a, Neg. 10, Lg. 6).

³⁶ Situación que se mantuvo hasta la entrada en vigor del Código Civil, que prohíbe la renuncia de las leyes. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, durante el siglo XIX, *vid.* NAVAJAS LAPORTE, A., *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, San Sebastián, 1975, pp. 128-133.

³⁷ Durante el siglo XVI y XVII, se usa: *los dichos bienes dotales se buelban a sus troncos debidos con las mejorías que durante matrimonio hizieren* (Contrato doctal con motivo del matrimonio entre Miguel de Aramburu y María San Juan de Urançu, vecinos de Fuenterrabía, 3 de junio de 1596. A.H.P.G. (P.O.) Leg. 365, f. 67r-68v.); *ayan de bover y buelvan...a su tronco devido* (Contrato matrimonial entre Andrés de Tellería y María Arrateguibel, vecinos de Ataun, 27 de julio del 1603. A.G.G. Leg. 1856, f.

Aunque por lo común suele invocarse como fuente del Derecho justificativa de la práctica de la reversión únicamente la propia Ley 6ª de Toro, bajo la forma de renuncia, en ocasiones se alega además un fuero de troncalidad de rai-gambre navarra, centrado en torno a San Sebastián:

Y assi vien todas las dichas partes ponen por calidad y condición que si el dicho matrimonio se disolviere sin hijos o havidos murieren antes de llegar a hedad de poder testar o, llegado, abintestato, los vienes que a cada uno tocan y tocaren ayan de bolver al tronco de donde salen y salieren conforme al fuero de la troncalidad que tiene en las ciudades de Fuenterrabía y San Sevastián y dicho valle de Oyarzun observado y guardado en esta dicha universidad (la de Irún), porque su deseo es se observe y guarde, assí en quanto a dichos vienes como sobre los que puedan tener y adquirir por gananziales³⁸.

La idea del Fuero de San Sebastián como texto en el que se contendría, aunque muy tímidamente, un derecho de troncalidad, dispone de su propia línea historiográfica, que cuando menos arranca de un artículo de Jesús Mª de Leizaola de 1935³⁹, en el que da cuenta de un traslado, expedido en 1474, de dicho Fuero, que se aporta como prueba en un pleito de 1543 en el que se pedía que una dote, en origen consistente en bienes muebles, llevada hacía unos 26 años al matrimonio, se devolviera a la familia de la dotada, ya difunta. La demanda alegaba en su favor el uso, costumbre inmemorial y privilegio que tenía San Sebastián *que si por caso e ventura el matrimonio de entre los dichos Gregorio y María Pérez se disolviese sin haber hijos legítimos, o con ellos pero si los tales moriesen antes de la edad pupillar o después abintestato, en tal caso la dicha dote se tornase y restituyese a la dicha María Pérez e por su fin o muerte a su debido tronco⁴⁰.*

351r-354r.); *se tornen y restituyan al pariente y tronco más debido de cada parte* (Contrato de casamiento entre Joanes de Eracustieta y María de Ubillos, vecinos de San Sebastián y Andoain respectivamente, 20 de abril de 1622. A.G.G. Leg. 1563, f. 134r-136r.); *los tornen al tronco y pariente más propincio de cada parte* (Contrato de casamiento entre Martín de Galardi y María de Aguirre, vecinos de Andoain, 28 de septiembre de 1627. A.G.G. Leg. 1565, f. 200r-201v). En el siglo XVIII: *se vuelvan a sus respectivos troncos* (Contrato matrimonial entre Raphael Antonio de Aramburu y Magdalena de Aguirre, vecinos de Isasondo, 2 de septiembre de 1740, A.G.G., PT-IPT. Leg. 2990, f. 76r-85v); *se vuelvan y restituyan a los parientes más zercanos* (Contrato para el casamiento de Juan Bautista de Arizmendi y María Ana de Lasa, vecinos de Legorreta y Astigarraga respectivamente, 9 de mayo de 1767 A.G.G. Leg. 2007, f. 146r-150r).

³⁸ Contrato para el casamiento de Juan Ignacio de Semper y Manuela Joaquina de Aguinaga, vecinos de Irún, 19 de mayo de 1736 (A.H.P.G. (P.O.) Leg. 616, f. 68r-71v).

³⁹ LEIZAOLA, J.M. de. *Descubrimiento de un traslado autorizado del Fuero de San Sebastián, extendido el año 1474. Notas acerca de la troncalidad en Gipuzkoa*. En *Yakintza* 13 (enero-febrero 1935) pp. 43-47.

⁴⁰ *Ibid.* pp. 44-45.

La breve referencia del Fuero de San Sebastián a la troncalidad está inserta en sede de viudedad y afecta a los bienes raíces, que en el caso del citado pleito, cuya sentencia definitiva desconocemos, efectivamente fueron adjudicados al demandante por resolución interlocutoria. Se sitúa la referencia foral en el caso del fallecimiento del marido intestado y dejando hijos menores de edad, situación en la que la sucesión troncal entrará en aplicación si dichos hijos mueren (se supone que sin dejar, a su vez, descendientes): *Et si filii interim obiuntur, illam hereditatem et honorem et avere debet tornare unde veniet parentibus suis* (III.6.3., que recoge literalmente el II.12.3 del Fuero de Estella de 1164⁴¹). Ha sido estudiada por García Cantero⁴² y, especialmente en sus relaciones con el Derecho navarro, por Salinas Quijada⁴³.

La tradición, entre los notarios y abogados, de fundamentar la troncalidad en el viejo texto foral se mantendrá todavía en pleno siglo XVIII, al menos en el ámbito territorial del antiguo realengo navarro, pero ya para entonces se invoca por lo general, junto a la obligada renuncia, directamente la costumbre guipuzcoana, que se califica de inmemorial:

Todas las dichas partes, según costumbre inmemorial de esta mui Noble y mui Leal Provincia de Guipúzcoa, ponen y asientan por condición espresa que (en caso de "ab intestato" de los contrayentes o de sus hijos) quieren que sus respectivos vienes, con la mitad de los gananciales se buelvan y restituyan a los parientes más zercanos de cada uno dellos, sin embargo de qualesquiera leyes que ablan en contrario, que las renuncian en forma para no aprovecharse de su disposición⁴⁴.

No tengo constancia de que en sede judicial se alegaran expresamente las normas o costumbres de Vizcaya para respaldar la aplicación de la troncalidad en Guipúzcoa, lo que plantearía la interesante posibilidad de una recepción a través del recurso a una *lex alii loci*, es decir, el uso de la precisa experiencia jurídica de otro para resolver una cuestión *sub iudice* no regulada por el ordenamiento propio. Este recurso a la ley de un lugar vecino, cuya práctica exigía el haber acudi-

⁴¹ Cito por la edición de LACARRA, J. M^o, *Fueron derivados de Jaca I. Estella-San Sebastián*, Pamplona: Príncipe de Viana, 1969, p. 277, y 104.

⁴² GARCÍA CANTERO, G., El derecho civil en el Fuero de San Sebastián. En *Congreso El Fuero de San Sebastián y su época*, San Sebastián: Eusko-Ikaskuntza, 1982, pp. 379-396, en concreto, pp. 394-395.

⁴³ SALINAS QUIJADA, F., El derecho civil en el Fuero de San Sebastián y sus relaciones con el derecho civil en los Fueros Navarros. En *Congreso El Fuero de San Sebastián y su época*, San Sebastián: Eusko-Ikaskuntza, 1982, pp. 301-378, en concreto pp. 375-378.

⁴⁴ Contrato para el casamiento de Juan Bautista de Arizmendi y María Ana de Lasa, vecinos de Legorreta y Astigarraga respectivamente, 9 de mayo de 1767 (A.G.G. Leg. 2007, f. 146r-150r.)

do previamente, sin éxito, a la ley general, en Guipúzcoa la 6ª de Toro, fue abundantemente utilizado, dentro de la comunidad europea del Derecho común, en el ámbito italiano de los *iura propria*. Cuando en la *lex loci* o en el Derecho común el caso pendiente bien se encontraba *omissus*, por no tratado o ser nuevo, bien fuera en general controvertido, se recurría entonces, no en concepto de ley que vincule a los súbditos, sino como a una *doctrina magistralis* o un *responsum prudentium*, a una *lex alii loci* o *extera*, en la cual estuviera ya *decisus* de manera puntual y precisa⁴⁵.

No obstante la ausencia de soporte documental, el hecho de que, como ya hemos visto, la costumbre guipuzcoana se ajuste a la modalidad vizcaína que incluye entre los bienes troncales a los adquiridos constante matrimonio, puede hacer pensar que fue su influjo el que provocó la difusión de esta especie de vinculación en territorio guipuzcoano, particularmente en zonas limítrofes al Señorío de Vizcaya, al igual que por influencia navarra se propagaría por las localidades vecinas al reino de Navarra, sobre todo por el valle del Bidasoa y el área de San Sebastián, donde tomaría forma escrita, bien que muy limitada, en su fuero municipal.

Es posible, pero en cualquier caso no hay duda de que, bien nacida *in situ* bien recibida, se usó continuamente en toda Guipúzcoa y fue por tanto costumbre propia, incorporada a su ordenamiento consuetudinario porque convenía a la manera que tenía el país de entender cómo debía hacerse la transmisión hereditaria de determinados inmuebles.

IV. CONCLUSIÓN

Es la existencia de unas costumbres jurídicas, escritas o de transmisión oral, lo que en el caso de los territorios vascos, como en otros de la monarquía hispánica, plantea la necesidad de resolver su encaje con el Derecho territorial de creación regia y con la dogmática del Derecho común. Resolución que parte del reconocimiento, explícito o implícito, de los ordenamientos particulares como derechos legítimamente creados y de aplicación preferente en cuanto confirmados o previa demostración de su vigencia práctica. No cabe pues una comprensión cabal de los Derechos propios sin tener en cuenta la manera en la que dicho encaje se produce, pues la conformación de esos derechos incluye su relación con los que les son próximos.

Ello nos obliga a estudiarlos, a mi juicio, de forma conjunta en sus tres dimensiones y atendiendo tanto a la formulación doctrinal, común o propia, que

⁴⁵ GORLA, Gino, *Diritto comparato e diritto commune europeo*, Col. "Studi di diritto comparato", Milano: Giuffrè, 1981, Cap. 21: "Il ricorso alla legge di un "luogo vicino" nell'ambito del diritto comune europeo", pp. 619 y ss.

en sede teórica nos proporciona la clave explicativa de la naturaleza y de las reglas jurídicas que sustentan la relación, como a su aplicación en sede normativa, y también, sobre todo pero de ninguna manera antes, a la realidad de los negocios jurídicos que bajo su cobertura se realizan y de los litigios que pueden suscitar.

Eso es lo que aquí ha pretendido hacerse, aportando el andamiaje y los primeros resultados de una línea de investigación en la que resulta factible ahondar, extendiéndola a otras instituciones de Derecho privado y también de Derecho público, pues todas ellas constituyen su objeto y pueden analizarse con el mismo método.

Entiendo incluídos dentro de ese objeto los instrumentos jurídicos que actúan como piezas destinadas a dotar de flexibilidad a la totalidad constituída por los diversos ordenamientos, a hacerla viable y útil en la práctica, permitiendo el paso de uno a otro ordenamiento o el soslayamiento de alguno de ellos mediante instrumentos tales como la supletoriedad, el reenvío o la renuncia, sin los cuales es incomprensible no ya sólo el juego Derecho común-Derechos propios sino el entero funcionamiento y el mismo espíritu del sistema jurídico en el que se insertan.

V. BIBLIOGRAFÍA

AZCÁRATE, G. de, *Ensayo sobre la Historia del Derecho de Propiedad y su estado actual en Europa*, Madrid: Imprenta Revista de Legislación, 1879-1883, 3 vols. (época antigua, feudal y moderna, actual).

BRAGA DA CRUZ, G., *O direito de troncalidade e o regime jurídico do património familiar*, Braga, 1941-1947.

CALASSO, F., *Medio evo del diritto*, I. *Le Fonti*, Milano, 1954.

CELAYA, A., *Derecho civil vasco*, Bilbao, 1993.

COING, H., *Derecho privado europeo*, Madrid: T.I., 19.

ECHEGARAY, B., *Derecho foral privado*, San Sebastián, 1950.

GARCÍA CANTERO, G., El derecho civil en el Fuero de San Sebastián. En *Congreso El Fuero de San Sebastián y su época*, San Sebastián: Eusko-Ikaskuntza, 1982, pp. 379-396.

GORLA, Gino, *Diritto comparato e diritto commune europeo*, Col. "Studi di diritto comparato", Milano: Giuffrè, 1981.

GOROSABEL, P. de, *Noticia de las cosas memorables de Guipúzcoa*, Bilbao, 1972, III.

GROSSI, P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Quaderni Fiorentini, 17/1988, pp. 359-424.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid: Librería de Sánchez, 1863, II.

HIDALGO DE CISNEROS, LARGACHA, LORENTE Y MARTÍNEZ, *Fuentes jurídicas medievales del Señorío de Vizcaya. Cuadernos Legales, Capítulos de la Hermandad y Fuero Viejo (1342-1506)*, San Sebastián: Eusko-Ikaskuntza, 1986.

HINOJOSA, E., *La comunidad doméstica en España durante la Edad Media*. En *Obras*, Madrid, 1948, II.

JADO Y VENTADES, R., *Derecho civil de Vizcaya. Comentarios a las Leyes del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1900.

LACARRA, J. M^a, *Fueron derivados de Jaca 1. Estella-San Sebastián*, Pamplona: Príncipe de Viana, 1969.

LEIZAOLA, J.M. de, Descubrimiento de un traslado autorizado del Fuero de San Sebastián, extendido el año 1474. Notas acerca de la troncalidad en Gipuzkoa. En *Yakin-tza* 13 (enero-febrero 1935), pp. 43-47.

LEVY, Ernst, Derecho romano vulgar de Occidente. Derecho de bienes. En *Interpretatio* IX (2003).

MEIJERS, E.M., L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du moyen âge. En *Recueil des Cours de la Académie de droit international établie avec le concours de la Dotation Carnegie pour la paix internationale*, La Haye (1934) III, tomo 49.

NAVAJAS LAPORTE, A., *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, San Sebastián, 1975.

PÉREZ-PRENDES, J.M., *Historia del Derecho español*, Madrid: Universidad Complutense, 1999, II.

PÉREZ-VICTORIA de BENAVIDES, Manuel M., La teoría estatutaria como solución al conflicto entre el derecho histórico de los distintos reinos (A propósito de una sentencia de la Chancillería de Granada en el s. XVII). En *Initium* 6 (2001), pp. 445-468.

SALINAS QUIJADA, F., El derecho civil en el Fuero de San Sebastián y sus relaciones con el derecho civil en los Fueros Navarros. En *Congreso "El Fuero de San Sebastián y su época"*, San Sebastián: Eusko-Ikaskuntza, 1982, pp. 301-378.

SAVIGNY, F. C. von, De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho (*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814). En *Thibaut y Savigny. La Codificación*, con Introducción y selección de textos de Jacques Stern, Madrid, 1970.

SIMO SANTONJA, V.L., *Aportación al estudio de los estatutarios españoles*, Valencia: Diputación Provincial de Valencia, 1959.

WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Francfort, 1887.