

El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta

MANUEL RAMIREZ JIMENEZ

Profesor Ayudante de la Universidad de Granada

Conócese bajo la denominación de “Fuero del Baylío” el privilegio jurídico consistente en la absoluta comunicación que de todos sus bienes hacen quienes bajo su imperio contraen matrimonio. Así entendido, es preciso concebir esta institución como un régimen consuetudinario conyugal que afecta a la constitución misma de la sociedad económica nacida a raíz de toda unión matrimonial y que, en los territorios donde viene a estar vigente, priva, salvo expresa renuncia, sobre el legal supletorio de gananciales determinado por nuestro actual Código civil español.

Al estudio del Fuero del Baylío se han consagrado, desde el año 1898, sugestivas consideraciones en torno a su origen histórico, naturaleza, alcance y contenido. La que hoy hacemos persigue, y no con escaso empeño, dar un poco de luz sobre uno de los extremos que a diario los estudiosos de la institución abordan y sobre el que es preciso constatar una casi general ausencia de adecuada y necesaria documentación. Nos referimos a la vigencia del Fuero en la ciudad de Ceuta, vigencia que estimamos indiscutible y sobre la que pretendemos innovación argumental mayor, fruto legítimo de las investigaciones que antes de enunciarla hemos realizado.

Somos conscientes, sin embargo, de que una sistemática, siquiera sea rudimentaria, nos obliga a hacer unas consideraciones previas acerca de la multiplicidad de cuestiones que sobre el Fuero del Baylío se han suscitado.

ESTADO DE LA DOCTRINA.—Aunque el primer estudio sobre el Fuero del Baylío de que tenemos noticia es el de Boza, es la obra que en el año 1915 publicara Borrallo Salgado bajo el título “El Fuero del Baylío: estudio histórico-jurídico”, la que ha devenido clásica en la doctrina en torno al Fuero. No es gratuito afirmar que es Borrallo quien resucita al campo doctrinal la institución y que de su interesante estudio han de partir todos los autores posteriores. Sienta Borrallo el origen portugués del Fuero, aboga por su vigencia actual, delimita con cuidada precisión su ámbito de aplicación territorial, considera los supuestos de dudosa aplicación y contradice ya el criterio del Tribunal Supremo sobre el momento de su entrada en vigor. El autor declara, asimismo, la vigencia del Fuero del Baylío en Ceuta, con una sugestiva tesis que más adelante abordamos.

Años más tarde, en 1925, Martínez Pereda viene a separarse notablemente de la opinión de Borrallo en dos apartados de interés: el ori-

gen del Fuero y su vigencia en Ceuta. Sostiene Martínez Pereda el origen celtibérico de la institución, aunque no excluye la existencia de otra costumbre portuguesa en el mismo sentido; y rechaza, según veremos, la vigencia del Fuero en Ceuta con base a la supuesta carencia de documentos acreditativos de su actual aplicación.

Poco más de original encontramos en los restantes tratadistas del Fuero. Gómez Villafranca, en el prólogo que hace a la obra de Borralló, aboga por el origen musulmán del Fuero. Moutón y Ocampo y, más tarde, Mingujón militan en la misma línea que Borralló, si bien el primero de ellos apoya la postura del Tribunal Supremo con respecto al momento en que empieza a ser eficaz el Fuero.

Más interés tiene la opinión de Rafael de Ureña, que se inclina por la no vigencia del Fuero por considerarlo derogado por el Código civil, si bien afirma, en relación con la cuestión de la vigencia en Ceuta, que al aparecer dicho cuerpo legal continuaba rigiendo en esta ciudad el Fuero del Baylío. Castán reconoce el pronunciamiento que jurisprudencia y práctica hacen en favor de la vigencia del Fuero, si bien no toma partido definitivo en este punto ni en otros más discutidos, como el que hoy nos ocupa y sobre los que se limita a apuntar opiniones de otros autores.

Por último, es Madrid del Cacho quien recientemente ha ahondado de nuevo en el estudio y consideración del Fuero del Baylío, por cuya defensa se define incluso con el esbozo de un sugestivo proyecto de normación del mismo.

Al detallado estudio de todos estos autores y alguno más hemos de volver al tratar concretamente los puntos sobre los que de más sobresaliente es posible calificar la aportación particular de cada uno de ellos. Entonces tendremos ocasión sobrada de comentar y dar la referencia exacta de las obras correspondientes.

ORIGEN HISTÓRICO DEL FUERO.—Ya en 1595 es posible leer en el *Tractatus de partitionibus...*, de Antonio Ayerve de Ayora (1), que, en el Reino de Portugal y en algunos lugares de Castilla a él limítrofes, “como es la villa de Alburquerque y la Codosera, y otras de aquella comarca, que están pobladas al Fuero de Portugal”, no se guardan las leyes del Fuero de Castilla sobre régimen de bienes en el matrimonio, “sino la costumbre y Fuero de Portugal, que todos los bienes que se ganan y adquieren por cualquier título entre el marido y la muger, son comunes: y lo mismo es en la dote de la muger, y en otros cualesquier bienes que el marido y la muger truxeren, o heredaren de sus capitales, todos son comunes, y se han de partir entre el marido y la muger y sus herederos”.

No cabe duda que el autor se está refiriendo al régimen comprendido bajo la denominación del Fuero del Baylío, aunque así no se le llame expresamente.

Ante la carencia absoluta que hasta el momento padecemos de carta

(1) AYERVE DE AYORA: “Tractatus de partitionibus bonorum”. Prefacio. Folio 1.º.

o documento alguno de concesión del privilegio que, a más de concedernos el contenido preciso de su alcance, viniera a fijar la fecha exacta de su otorgamiento como tal Fuero, preciso es acudir al primer texto legal que otorga fuerza a la observancia. Se trata de la Ley 12, título 4.º, libro X de la Novísima Recopilación, que contiene una Pragmática de Carlos III del año 1778, en la que el monarca aprueba "la observancia del Fuero del Baylío, concedido en la villa de Albuquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, rey de Portugal; conforme al cual todos los bienes que los casados llévan al matrimonio o adquieren por cualquier razón se comunican y sujetan a partición como gananciales: y mando que todos los Tribunales de estos mis reinos se arreglen a él para la decisión de los pleytos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Albuquerque, ciudad de Xerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora, entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad o transcurso del tiempo acreditase ser más conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado Fuero, si lo representasen los pueblos".

Sin embargo, bien pronto se observa que en el texto transcrito el rey se limita, por un lado, simplemente a recoger y aprobar una observancia ya existente en Albuquerque, Jerez de los Caballeros y demás pueblos "donde se ha observado hasta ahora", con lo que nada o casi nada se nos dice en torno a su origen, si no es el lugar común de que la costumbre es anterior a la fecha de la Pragmática. Pero es que, además, el texto de ésta, a más de parco en historia, es palpablemente erróneo en muchas de sus afirmaciones. Se atribuye en él, en efecto, la fundación de la ciudad de Albuquerque y la consiguiente concesión del Fuero a la misma, a un tal Alfonso Téllez, que se dice ser "yerno de Sancho II", cuando es notorio que Albuquerque en 1166 había sido ya reconquistada a los almohades por el rey Fernando II, ya que, como nos dice Julio González (2), en ese año este rey y su mujer dan el castillo de la ciudad a la hija de Pedro Peláez. Además, es opinión común que Sancho II no tuvo hijos y que, por ende, hubo de carecer necesariamente de yernos. Moutón y Ocampo (3) recoge, no obstante, la cita del único autor que atribuye a Sancho II de Portugal una hija natural, a cuyo marido pudiera hacer referencia la Pragmática. Se trata de Mares, que, en su "Fenix Troyana", dice que Albuquerque fué fundada en 1220 "por Alfonso Téllez de Menesses, esposo de doña Teresa Sánchez, hija natural del rey Sancho I (?) de Portugal y de doña María Páez de Rivera". No es posible, añade Moutón y Ocampo, tener en cuenta la opinión de Mares, ya que equivoca los reyes a que se refiere, cita la fecha de 1220 como la de fundación de Albuquerque, a cuya anterioridad ya hemos aludido, y admite la posibilidad inverosímil de suponer que el rey San-

(2) GONZÁLEZ, Julio: "Regesta de Fernando II". Madrid, 1943; pág. 391.

(3) MOUTÓN y OCAMPO: "Fuero del Baylío". Enciclopedia Seix; pág. 694 y siguientes.

cho II, a los doce años, tenía una hija natural con edad suficiente para contraer matrimonio.

Abandonada, pues, la cita de la Pragmática en cuanto al origen de la concesión del Fuero a la villa de Alburquerque (creemos que éste es el sentido verdadero de su alcance y no el desmesurado del origen mismo del Fuero), se aboga, en la generalidad de los comentaristas del Fuero, por el origen portugués del mismo. Es, en efecto, la ley portuguesa "de miatade" una vieja costumbre lusitana, con arreglo a la cual partíanse por mitad los bienes matrimoniales, que pasa de las Ordenações Alfonsinas y Manuelinas al artículo 1.108 del Código Civil Portugués de 1867: "O casamento segundo o costume do reino, consiste na communão, entre os conjuges, de todos os seus bens presentes e futuros não exceptuados na lei". Previamente, el artículo 1.098 de este mismo Código declara, a falta de expresa estipulación en contrario, que se considera como régimen legal supletorio en Portugal el que acabamos de describir. Esta costumbre de la Carta de ametade, como también se la conoce, estaba extendida entre los siglos XII al XV por algunos lugares españoles y se conocía bajo la denominación de Fuero del Baylío. El nombre parece responder a que dicha institución tenía práctica de costumbre generalmente admitida en el Bayliato del Temple, que a la sazón existía en la ciudad de Jerez de los Caballeros, cuyo baylío es posible que autorizara o ratificara los matrimonios celebrados en sus dominios, si bien sin llegar a conceder carta especial alguna.

Esta opinión sin embargo, ha sido contradicha en dos ocasiones. Gómez Villafranca, en el ya citado prólogo a la obra de Borrallo (4), cree que el Fuero, como institución sancionada por la ley, es dos o tres siglos anterior a la Carta de ametade y, como mera costumbre, probablemente fuera observada desde tiempo de los musulmanes, lo mismo en Extremadura que en Portugal. Martínez Pereda, en un sugestivo trabajo aparecido en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* en el año 1925 (5), considera el Fuero como "una supervivencia de una costumbre celtibérica, salvada gracias, por un lado, al exclusivismo del ius civile", ya que "vige la comunidad universal de bienes en el matrimonio en los territorios menos romanizados". Y, por otra parte, "se salva también a través de la monarquía de los Concilios de Toledo." En cuanto al origen portugués, sostiene Martínez Pereda que si para referirse a la Carta de ametade, las más antiguas leyes portuguesas dicen "Costume foi en estos Regnos, longamente usado e julgado", no se contradice con ello el abolengo celtibérico: la costumbre se observó de una misma manera y con el mismo sentido en territorios extremeños y lusitanos siendo en ambos tradicional la comunidad de bienes desde el momento mismo del matrimonio.

(4) BORRALLO SALGADO, Teófilo: "Fuero del Baylío". (Estudio histórico-jurídico.) Biblioteca extremeña. Badajoz, 1915.

(5) MARTÍNEZ PEREDA, Matías: "El Fuero del Baylío". Revista citada; página 213.

Nos parece prudente y acertado adoptar en este punto una posición intermedia. Creemos que, en efecto, no se puede otorgar al Fuero un origen exclusivamente portugués, ya que, a nuestro entender, no se trata más que de una comunidad universal de bienes “en manõ común”, de cariz germánico. En la época de la Reconquista se conocen en los reinos cristianos de la península (no sólo en Portugal) distintas variantes de los sistemas de comunidad. No es, por tanto, probable que el régimen del Fuero del Baylío sea peculiar de Portugal, aunque haya prevalecido como régimen común en el país vecino, de la misma manera que en Castilla prevaleció la comunidad de gananciales, cuyo origen germánico y naturaleza de “mancomunidad” nadie se atreve a poner en duda. El régimen, así entendido, del Fuero habría subsistido como costumbre en Portugal y en algunos pueblos de Extremadura. Otra cosa muy distinta ocurre con las plazas de Olivenza y Ceuta, donde, por el hecho de la ocupación portuguesa que experimentaron y que luego examinamos con detalle, sí parece que la vigencia del Fuero se deba exclusivamente a influjo y supervivencia posterior del régimen de a metade portugués.

En apoyo de nuestra opinión, podemos traer el valioso testimonio de Merea, que también se inclina a integrar la institución en el tipo histórico-jurídico de la “propiedad común” (6). Este mismo autor recoge un importante pasaje de las Ordenações Alfonsinas que dan definitivo golpe de gracia al argumento de Gómez Villafranca sobre el origen musulmán del Fuero como costumbre. Se trata de la indicación dada por una comisión de jurisperitos musulmanes a Don Juan I, y según la cual “o casamento árabe exigía como condição a prestação de arras, sendo desconhecido o casamento por carta de metade” (II, 28: “de como Elrei deve herdar os mouros forros, etc.). Por lo demás, el hecho de que Ureña (7), Minguijón (8), Moutón y Ocampo y casi el resto de los tratadistas del Fuero coincidan en el origen portugués del mismo, se debe, sin duda, al nunca disimulado influjo del criterio de Borrallo, más que a un detenido estudio sobre la cuestión.

AMBITO TERRITORIAL.—Todas las consideraciones que los diversos estudios hacen sobre cuál sea la demarcación territorial donde el Fuero del Baylío tenga vigencia, tienen como punto de partida el Mapa del Fuero confeccionado por Borrallo en la página 18 de su obra citada. El ámbito de aplicación del Fuero, según este autor, se encuentra constituido, además de por la ciudad de Ceuta, por los siguientes pueblos: Alburquerque y la Codosera (partido judicial de Alburquerque), Burguillos, Fuentes de León y Valverde de Burguillos (partido judicial de Pregonal de la Sierra), Atalaya y Valencia del Ventoso (partido judicial de Fuentes de Cantos), Jerez de los Caballeros, Oliva de Jerez,

(6) MERA, Manuel Paulo: “Evolução dos regimes matrimoniais”. Tomo II; página 128.

(7) UREÑA, Rafael de: “Derecho Foral”. Enciclopedia Jurídica Española. Tomo XI; pág. 136.

(8) MINGUIJÓN, Salvador: “Fuero del Baylío”. Nueva enciclopedia Seix, tomo X; pág. 301.

Valencia de Monbuey, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana y Zahinos (partido judicial de Jerez de los Caballeros), Olivenza y sus agregados Santo Domingo, San Jorge, San Benito y Villarreal, Alconchel, Cheles, Higuera de Vargas, Táliga y Villanueva del Fresno (partido judicial de Olivenza).

Ya apuntábamos con anterioridad cómo la costumbre del régimen por mitad estaba extendida antes del siglo xv en el Bayliato o Encomienda de la Orden del Temple, con capital en Jerez de los Caballeros. La concesión del Fuero es posible, a juicio de Martínez Pareda (9), que incluso tuviera lugar con motivo de la reconquista de Jerez, bajo el reinado de Alfonso IX. Sea como fuere, lo cierto es que la vigencia del Fuero en este territorio que, por demás, le da nombre, nunca se ha puesto en duda.

La vigencia del Fuero en la villa de Alburquerque fué expresamente confirmada por la Pragmática de Carlos III. Poníase en tela de juicio hasta ese momento, ya que la villa no había pertenecido al Bayliato y los Tribunales llegaron a negar su vigencia. Sin embargo, el rey, tras oír la opinión de los fiscales del Consejo de Castilla, declara que el Fuero se observa en Valencia del Ventoso y Fuentes de León, que tampoco habían pertenecido al Bayliato, así como Alburquerque, Jerez de los Caballeros “y demás pueblos en que se ha observado hasta ahora”. Con ello, el rey otorgaba autoridad a un derecho consuetudinario, con independencia de cuál fuera la extensión del Bayliato, con base, únicamente, a que dicho derecho se hubiese observado hasta el momento de aparecer la Pragmática.

Olivenza y Ceuta tienen razón común para conocer la vigencia del Fuero: la pertenencia de ambas a Portugal. Olivenza y sus aldeas pasaron a ser portuguesas en el año 1297, con motivo de las paces ajustadas en aquel año entre Castilla y Portugal. La ciudad continúa sometida al reino lusitano hasta 1805, en que es reintegrada a España tras la promesa que Carlos IV hace de respetar como vigentes los usos y costumbres de sus vecinos y, por tanto, el Fuero del Baylío entre ellos. Una Resolución de la Dirección General de Registros de 19 de agosto de 1914 ha ratificado la vigencia en esta ciudad.

Por lo que a Ceuta se refiere, ya hemos anunciado que fué durante la dominación portuguesa cuando se generaliza la práctica que el Fuero supone. Conquistada Ceuta en 1415 por el Infante portugués Don Enrique, sigue bajo la bandera portuguesa hasta que, al ser proclamado el Duque de Braganza rey de Portugal bajo el nombre de Juan IV y separarse de esta forma los reinos de España y Portugal, sus habitantes, por obra y gracia de un españolismo verdaderamente ejemplar, manifiestan en 1640 su deseo de pertenecer a la Corona de Castilla, es decir, a España, a la que, en suma, siempre habían estado unidos de una u otra forma. La aplicación del Fuero en Ceuta es para Borrallo una razón más para la defensa del origen portugués del mismo: “explicándose la razón de usarse en Ceuta como lugar conquis-

(9) Obra citada; pág. 215.

tado por los portugueses en 1415 e influido por sus leyes y costumbres” (10). La opinión de que el Fuero del Baylío estuvo vigente en Ceuta no ha sido, en verdad, contradicha por ningún autor, como no podía ser menos. Sino que, muy por el contrario, la aplicación del mismo en suelo ceutí es argumento que todos los tratadistas aceptan. En lo que dichos tratadistas o, a mejor decir, en lo que un par de autores discrepan es en la vigencia actual del Fuero después de la publicación del Código civil actual y, en consecuencia, su vigor en nuestros días. A contradecir estas opiniones y demostrar su gratuidad en base a una palpable falta de conocimiento de la realidad jurídica en cuestión, hemos prometido dedicar el último apartado de este trabajo.

Es sumamente sugestiva, sin embargo, la afirmación que Borrallo hace sobre la vigencia del Fuero, no ya sólo en la ciudad de Ceuta, cuyos datos estadísticos, en lo que se refiere a extensión superficial, confiesa abiertamente ignorar, sino también a la zona de influencia española en Marruecos. El texto dice así: “La antigua y reducida plaza militar de Ceuta comprende hoy mayor territorio que nuestra zona de influencia nos reconoce en Marruecos, al cual probablemente alcanza el Fuero del Baylío, extendido en lo antiguo por todo el litoral africano que conquistaron los portugueses, y cuyos datos estadísticos, en lo que se refiere a su actual extensión superficial, ignoramos” (11).

La afirmación de Borrallo merece, ciertamente, mayor atención de la que Martínez Pereda y Castán (12) le han dedicado para asegurar a ciencia cierta su improcedencia. Han entendido estos autores que Borrallo se refería, sin lugar a dudas, a la zona española del protectorado en Marruecos. Por supuesto que, de ser ese el pensamiento de Borrallo, el texto que hemos copiado literalmente, así lo habría declarado expresamente. Pero somos de la opinión de que fué otra cosa muy distinta lo que el ilustre comentarista del Fuero quiso decir y de hecho dijo. Una detenida lectura del párrafo, nos advierte que en la conciencia del autor estaba el hecho, confirmado por la realidad, de que la “actual extensión superficial” de Ceuta, es decir, la que Ceuta tenía en la fecha de escribir su obra y que reconoce ignorar, comprendía “mayor territorio que nuestra zona de influencia reconoce en Marruecos”, o, expresado de otra forma, que, de hecho y nunca de derecho, la influencia territorial y, por ende, social y cultural, de la ciudad de Ceuta afectó, hasta el instante mismo del otorgamiento de la independencia política al pueblo marroquí, a algunos lugares colindantes que, en rigor, ya no eran territorio ceutí, territorio nacional español. A estos lugares es, a nuestro juicio, hacia donde parece apuntar la afirmación de Borrallo: a ellos “probablemente alcanza el Fuero

(10) Obra citada; pág. 23.

(11) Obra citada; pág. 18.

(12) CASTÁN TOBEÑAS: “Derecho Civil Español Común y Foral”. Tomo V; vol. 1.º; págs. 649 y siguientes.

del Baylío". Es, en efecto, muy posible que entre los antiguos habitantes del ahora pueblecito marroquí de Castillejos o acaso entre los que vivían en la actual parte marroquí de la Bahía de Benzú; algunos contrajeron matrimonio canónico según el Fuero del Baylío, ya que, a más de ser españoles, esos habitantes vivían al socaire de las costumbres de la ciudad de Ceuta, de su derecho y, repetimos que como mera situación fáctica, de su manera de ser social y política.

Posiblemente sí sea más discutible la afirmación que Borrallo hace en base a la aplicación del Fuero del Baylío "en lo antiguo" extendido "por todo el litoral africano que conquistaron los portugueses". Es probable que, por ejemplo, en la ciudad de Tánger, ocupada por las tropas portuguesas en 1471 y que pasó al dominio inglés en 1662 como dote ofrecida por el rey Juan IV de Portugal a Carlos II que casaba con su hija Doña Catalina de Braganza; o en la de Mazagán, construída en el año 1510 por los portugueses y tomada por los musulmanes en 1769, tras orden de abandono dada por José I de Portugal; es posible, digo, que en alguna de estas ciudades o en otras del litoral africano llegara a aplicarse antaño el Fuero del Baylío. Sin embargo, ninguna noticia nos ha llegado sobre el particular y, desde luego, cualquier vestigio que de su antigua aplicación hubiera, ha tiempo que habría sobradamente desaparecido.

VIGENCIA ACTUAL.—A raíz de la entrada en vigor, en el año 1889, de nuestro actual Código civil vigente, sale a la luz pública una extensa gama de comentarios en torno al alcance preciso de su disposición final (art. 1.976) por la cual "quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes". De la simple lectura del precepto, dedúcese que será preciso atender al ámbito en que su derogación no es aplicable: al ámbito que no constituye Derecho civil común. Y este ámbito no es otro que el señalado en el párrafo segundo del artículo 12 de este mismo Cuerpo legal, al que implícitamente la Disposición final remite: "en lo demás (es decir, en lo que no concierna a lo detallado en su párrafo primero) las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán, por ahora, en su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales".

Traemos a colación la letra de estos artículos, así como la noticia de los comentarios sobre su alcance, ya que el Fuero del Baylío, que hoy nos ocupa, tras el reconocimiento de su existencia hecho por la Pragmática de Carlos III, ha visto en peligro su vigencia después de la promulgación del Código civil. Aunque, en verdad, si hacemos exclusión de la firme oposición a la vigencia del Fuero formulada por Ureña, ningún otro tratadista la ha puesto en duda, ya que la postura

de Castán al respecto, pese a un cierto matiz ecléctico e incluso negativo al principio, acaba reconociendo "que la práctica y la jurisprudencia se van pronunciando en sentido favorable a la subsistencia de dicho Fuero" (13). Y, en buena lid, no podía por menos de ser así.

Aboga Ureña (14) por la no vigencia del Fuero, en base a la equiparación, que se nos antoja un tanto arbitraria, de "el Derecho civil llamado de Castilla", palabras contenidas en la primitiva edición del artículo 1.976, a las de "Derecho civil común" que hoy expresa, después de la nueva redacción del artículo. Y estima, por tanto, Ureña que el Fuero del Baylío, al pasar de esa forma a ser derecho común, escapa al radio de subsistencia del artículo 12 y queda derogado en virtud de "la derogación absoluta y completa" de todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen aquel derecho, el común, en las materias objeto del Código, según declara su artículo 1.976.

Creemos que es difícil sostener la opinión de Ureña que, a más de no parecernos sólidamente justificada, olvida el espíritu que animaba al legislador, expresado tanto en la redacción del artículo 12 del Código como en la exposición de motivos elevada a las Cortes por Decreto de 7 de enero de 1885: "No es nuestro ánimo reformar instituciones, ni innovar costumbres, ni aclimatar novedades", se decía, añadiéndose más adelante "y todo lo que hoy es y se estima por los Tribunales Derecho foral, queda en la misma situación y estado que hoy tiene... subsistiendo, una vez promulgado el Código, cuantas instituciones, leyes, usajes, recopilaciones, fueros y costumbres respetan y cumplen hoy los Tribunales como derecho foral o de excepción en todas las provincias, pueblos y lugares que hoy los tienen reconocidos a su forma".

Las afirmaciones que hemos reproducido no pueden ser más generosas con respecto a las "instituciones, leyes, usajes, recopilaciones, fueros y costumbres", con el único requisito de que fueran respetados y se cumpliesen en los Tribunales como derecho foral o de excepción. Y no cabe duda de que el Fuero del Baylío, en su consideración de derecho consuetudinario, entra sobradamente en la amplia referencia del legislador y era, además, a la sazón considerado como tal por los celadores de la justicia tal como lo demuestra una larga práctica al respecto. Pero es que, además, esta buena disposición que en cuanto simple exposición de motivos, con tener indudable valor, acaso no fuera suficiente, es preciso verla en la nueva redacción del artículo 12 del Código en que se califica al régimen jurídico foral que se declara subsistente de "escrito o consuetudinario", con lo que se abre la puerta de vigencia a instituciones como la del Fuero del Baylío, carentes de un documento escrito de concesión, pero de arraigado carácter consuetudinario. Y se traduce, de igual forma, esa predisposición, y con valor de mayor abundamiento, en los términos vigorosos del artículo 5.º de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 e incluso

(13) Obra citada; pág. 651.

(14) Obra citada; pág. 145 y siguientes.

en esa sustitución de las palabras "Derecho civil llamado de Castilla" por "Derecho civil común", que Ureña caprichosamente equipara, y en la que es mejor ver que no se deroga el derecho foral de algunos lugares de Castilla.

No mayor consistencia tiene el que hemos llamado eclecticismo inicial de Castán o, a mejor decir, su inicial oposición. Aduce el ilustre civilista que "los territorios donde se aplica el fuero del Baylío no tuvieron nunca autonomía legislativa" y que, "además, la vigencia de dicho Fuero, en el Derecho anterior al Código, procedía de un precepto de la Novísima Recopilación y, por tanto, formaba parte aquél del Derecho común derogado por el artículo 1.976 del nuevo Cuerpo legal" (15). Contra la primera afirmación, opone, con razón, Mingujón (16) que en la Ley de Bases del Código (Base 13) y en las disposiciones referentes a las Comisiones que habían de redactar los proyectos de ley sobre las instituciones forales que conviniera conservar, se incluyó a Galicia al igual que las demás regiones forales, cuando, como el mismo Castán consigna, Galicia nunca ha tenido autonomía legislativa. No parece, por otra parte, que dicha autonomía sea requisito sine qua non para la subsistencia de una institución tan arraigada y de tan larga vida a la promulgación del Código que en su artículo 12 admite régimen escrito y consuetudinario; y lo consuetudinario, por demás, nada tiene que ver con esa autonomía legislativa para su habitual desarrollo.

Que la vigencia del Fuero procedía de un precepto de la Novísima Recopilación, base en la que apoya Castán su segunda afirmación contraria a la vigencia del Fuero, nos parece algo muy dudoso. Ya apuntábamos con anterioridad que la Pragmática de Carlos III se limita únicamente a reconocer, en relación con el recurso del procurador síndico que la motivara, una observancia o costumbre que ya existía, como tal costumbre, en la misma villa de Alburquerque (en el mismo recurso se dice que todas las participaciones se venían haciendo conforme al referido privilegio "como antes de contraerse matrimonio no se hubiera estipulado casar con arreglo al Fuero de León"), Jerez de los Caballeros "y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora". El rey se limita, pues, a ratificar, a reconocer, a resolver una duda particular en torno a algo que, por la fuerte pujanza de una extendida práctica, ya existía, y de ningún modo a poner en vigencia el Fuero, como apunta Castán. La costumbre no necesita, para nacer y desarrollarse como tal, de texto alguno que la ponga en vigencia. Entre otras cosas, porque cuando así no ocurra y la costumbre necesite de un precepto o texto que la reconozca, habrá perdido gran parte, si no toda, de su naturaleza de costumbre para devenir una verdadera ley.

Por todo esto, y aun dentro del campo meramente doctrinal, creemos, con la casi totalidad de los autores, en la indudable vigencia del

(15) Obra citada; pág. 651.

(16) Obra citada; pág. 301-303.

Fuero del Baylío, en base a su consideración de derecho foral consuetudinario declarado subsistente "en toda su integridad" por el artículo 12 del Código civil.

En el terreno jurisprudencial que, en definitiva, es lo que más nos interesa, la cuestión de la vigencia no admite discusión, ya que ha sido declarada, sin vacilación alguna, por sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892 y Resoluciones de la Dirección General de los Registros de fechas 19 de agosto de 1914 y 10 de noviembre de 1926. Si el explícito reconocimiento que de la vigencia del Fuero hace la sentencia de nuestro primer tribunal guarda sólo escaso valor por referirse a un matrimonio contraído en el año 1878 y, por ende, con anterioridad al Código civil, en que aún estaban vigentes las disposiciones a que hace referencia, no es posible decir lo mismo de las dos Resoluciones citadas. Ya está, en efecto, implícito el reconocimiento de la vigencia del Fuero en la primera de ellas, en la del año 1914, al decir que "La institución jurídica conocida por Fuero del Baylío produce, según la jurisprudencia, la comunicación de todos los bienes existentes en el momento de la disolución del matrimonio". Y se declara explícita y contundentemente en la de 10 de noviembre de 1926, que afirma: "El Fuero del Baylío es una institución foral vigente en ciertas localidades del reino, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Código civil, pues se trata de un régimen consuetudinario conyugal, que no ha sufrido alteración por la publicación del Código".

A la vista de esta eficiente jurisprudencia y de la clara conciencia que, traducida en una abundante práctica, de la aplicación del Fuero del Baylío existe en los territorios donde subsiste, toda especulación teórica en relación a su vigencia ha de quedar forzosamente ceñida al voluble marco del arbitrio personal de los comentaristas.

ALCANCE PERSONAL DEL FUERO DEL BAYLÍO.—Admitida la vigencia del Fuero del Baylío, urge examinar dos cuestiones previas a toda posterior especialización de carácter local. Hacemos referencia a los no menos discutidos apartados de quiénes sean los sujetos expresos y concretos de la institución y de cuál venga a ser el alcance del contenido de ésta.

Dado el régimen de absoluta libertad que nuestro actual ordenamiento civil concede a quienes van a contraer matrimonio para que estipulen "las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código", resultaría absurdo pretender que para que el privilegio que supone el Fuero del Baylío viniera a ser válido y causar efectos en un matrimonio celebrado entre personas que luego aludiremos, pero, por supuesto, sometidas territorialmente al Fuero, fuera preciso que los contrayentes se acogieran a él expresamente. Y ello, porque, de ser así, los esposos no harían más que acogerse a esa libertad que les concede el artículo 1.315, al que hacemos mención, y la institución foral, al estar al alcance de todo aquel que bajo su amparo contrajera matrimonio mediante manifestación expresa de su deseo, perdería toda

razón de ser en aquellos lugares en que rigiera como tal Derecho foral. En realidad, y en este caso de la sumisión expresa de los contrayentes, basta, para la entrada en vigor del Fuero, con que estos no contravengan las "limitaciones" señaladas por el Código y se acojan a él no "de una manera general" (art. 1.317), sino específica y detalladamente, cualquiera que sea el lugar donde las nupcias se celebren y cualquiera que sea la condición de los sujetos.

Es preciso concluir en la afirmación de que el régimen de bienes matrimoniales establecido por el Fuero del Baylío será aplicable en todos aquellos lugares donde el Fuero esté vigente, salvo expresa y terminante renuncia por parte de los cónyuges. Es decir, a falta de una específica determinación del régimen de bienes hecha en la escritura de capitulaciones matrimoniales y de una expresa renuncia al Fuero, será éste y no el régimen supletorio legal de gananciales del artículo 1.315 el que vendrá a regular los matrimonios que, entre aforados, se celebren en la medida que a continuación detallamos. MOUTÓN y Ocampo refuerza esta afirmación en base a que "en el recurso del procurador síndico de Alburquerque se dice que todas las particiones se venían haciendo conforme al referido privilegio, como antes de contraerse matrimonio no se hubiera estipulado casar con arreglo al Fuero de León" (17) y que como Carlos III, al aprobar la observancia del Fuero del Baylío, nada resolvió en ese punto concreto, "parece lógico que siga aceptándose la costumbre de que no habiendo estipulación expresa en contrario, se sobrentiende que los matrimonios contraídos en las poblaciones donde dicho Fuero rige, se celebran con arreglo al privilegio indicado y que sólo cuando de un modo terminante declaran en documento público los cónyuges que no quieren someterse al régimen del Fuero del Baylío quedan excluidos del mismo".

Pero si cuanto hasta aquí llevamos dicho en torno a los sujetos del Fuero escasas dudas puede suscitar, no ocurre otro tanto con cuáles han de ser las condiciones de esos sujetos. Defendía BORRALLO (18), en la fecha de publicación de su libro (1915), que casándose dos aforados en territorio donde rija el Fuero, a él se halla sometida la sociedad legal con relación a sus bienes, cualesquiera que fuesen la clase de esos bienes y el lugar donde radicaran. Lo mismo ocurría en el caso de que sólo el varón fuese aforado. Mas, a juicio de este autor, no entra en vigor el Fuero del Baylío al casarse dos personas no aforadas o sometidas a la ley común, aunque sus bienes estuvieran en territorio aforado y en él se celebrase el matrimonio, como tampoco en el caso de que sólo fuera aforada la mujer, incluso si los bienes de ambos contrayentes estuviesen ubicados en territorio de vigencia del Fuero. Y añadía BORRALLO, a modo de aclaración, que para determinar la condición de aforado es preciso acudir no sólo a la naturaleza de origen del sujeto sino también a la vecindad que, claro está, puede variar con

(17) MOUTÓN Y OCAMPO: Obra citada; págs. 694 y siguientes.

(18) BORRALLO: Obra citada.

relativa facilidad, alejándole de su primitiva condición, de acuerdo con lo establecido por el Código civil en su artículo 15 y siguientes.

Años más tarde, una Resolución de la Dirección General de Registros, de fecha 10 de noviembre de 1926, la que viene a sentar base sobre el asunto de los sujetos del Fuero, confirmando, en su mayor parte, las opiniones del primer tratadista del Fuero del Baylío. Tras declarar expresamente la vigencia del privilegio que el Fuero representa y que ya hemos comentado, agrega esta Resolución que, con arreglo al criterio legal estatutario del Código civil, "debe regir el Fuero del Baylío cuando se trata de dos aforados que se casan en lugar en donde rige el Fuero, o en localidad donde éste no está vigente, así como en el caso de que sólo el marido sea aforado y se contraiga el matrimonio en lugar foral". Y añade: "si el marido es aforado y no la mujer y el matrimonio se contrae en territorio de Derecho común, las opiniones se dividen, apreciando unos que la ley aplicable es la del marido, por seguir la mujer casada la condición del mismo, con arreglo al párrafo tercero del artículo 15 del Código civil, mientras que otros estiman que debe someterse el régimen económico matrimonial al Derecho común, porque "locus regit actum". Concluyendo la resolución con defensa de esta última opinión, porque "parece más ajustada al espíritu del Derecho civil vigente y a la presunta voluntad de los cónyuges al verificar el acto en lugar no aforado".

En aras a una mayor precisión y claridad de los casos que, tras estas referencias, pueden plantearse en el ámbito personal de aplicación del Fuero del Baylío, séanos permitido el siguiente esquema:

1.^{er} caso: Dos aforados que contraen matrimonio en lugar aforado. es decir, en lugar donde habitualmente se aplica el Fuero. No cabe duda de que, salvo renuncia expresa, el matrimonio se regirá de acuerdo con el régimen establecido por el Fuero, que será, pues, el legal supletorio en todas las ocasiones.

2.^o caso: Dos aforados que contraen matrimonio en lugar no aforado. Según la Resolución citada, el Fuero tiene también aplicación, siempre que los contrayentes no hubiesen ganado vecindad en aquel lugar en el momento de contraer matrimonio por haber transcurrido los diez años que a estos efectos señala el artículo 15, sin que los interesados hayan manifestado voluntad contraria a la adquisición de esa nueva vecindad. Cabría preguntarse aquí si estos contrayentes, al no estar vigente el Fuero en el lugar donde contraen matrimonio, necesitan o no acogerse a él expresamente. Creemos, en base al razonamiento que ya antes hacíamos en relación al sistema de absoluta libertad existente para la regulación del régimen matrimonial establecido en el artículo 1.315 del Código civil, que esto no es necesario. Los contrayentes, salvo renuncia, quedarán "ipso iure" sujetos al régimen del Fuero que, por demás, a sensu contrario de lo que establece el número 3 del artículo 15, les será a ellos plenamente aplicables al no haber ganado vecindad.

3.^{er} caso: El marido es aforado y la mujer no y el matrimonio se contrae en lugar aforado. El Fuero tiene plena aplicación, ya que

la mujer, a tenor de lo que establece el párrafo 3.º del artículo 15, "seguirá la condición del marido", que, en este caso, es además la del lugar donde contrae matrimonio.

4.º caso: El marido es aforado y la mujer no y el matrimonio se contrae en lugar de Derecho común donde no está vigente el Fuero. En este punto es donde vacila la Resolución de la Dirección General de Registros de 1926. Nosotros, ante la fuerza indubitable del ya citado párrafo 3.º del artículo 15, y ante el muy dudoso valor absoluto de la fórmula "locus regit actum", abogamos por la sumisión al Fuero del matrimonio así celebrado.

5.º caso: La mujer es aforada y el marido no y el matrimonio se contrae en lugar aforado o no aforado. En ambos casos, la mujer seguirá la condición del marido y el Fuero no se aplicará.

Somos conscientes de que en algunos casos, y sobre todo en los dos últimos, puede surgir la duda en torno a lo absoluto de las conclusiones a que hemos llegado, pero en tanto subsista el espíritu y la letra que alimentan el párrafo 3.º del artículo 15 creemos que, en buena lid jurídica, es imposible alterarlas. Máxime cuando, en materia de casamiento de española con extranjero, el artículo 1.325 del Código civil prescribe que, en caso de celebrarse la unión en país extranjero y los cónyuges no hubiesen establecido nada con respecto a sus bienes, se entenderá "que se casa (la española) bajo el régimen del Derecho común en el país del varón". La remisión, aun en la simple, pero siempre provechosa base de la analogía, viene, a nuestro entender, a confirmar la tendencia del Código a someter en todo a la mujer casada al "status" o condición del marido en conflictos internacionales y forales que, en definitiva, son muy parejos a los primeros.

CONTENIDO Y MOMENTO DE LA COMUNIDAD DE BIENES.—Según los términos de la Pragmática de Carlos III aprobatoria de la observancia del Fuero del Baylío, contraer matrimonio bajo su amparo supone que "todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieren por cualquier razón se comunican y sujetan a partición como gananciales". Este es, pues, el contenido legal del Fuero: el establecimiento de una absoluta comunidad de bienes que se extiende no sólo a aquellos que los contrayentes aportasen al matrimonio, sino también a todos los que, por cualquier razón, adquiriesen después. Los de ambas categorías se comunicarán, es decir, se harán comunes y se sujetarán a posterior partición como gananciales.

Mas el efectivo alcance de esta comunidad y, por ende, el contenido preciso del privilegio, guarda, a simple vista, estrecha relación con el momento en que dicha comunidad venga a producirse efectivamente. Dos corrientes interpretativas se contraponen en este punto: la jurisprudencial, partidaria de que la comunidad de bienes nace únicamente al disolverse el matrimonio, y la doctrinal, más acorde con la realidad del Fuero, que aboga por el criterio de que tal comunicación tiene lugar desde el instante mismo en que se contrae el matrimonio. Fácil es suponer las consecuencias de una y otra. En base

a la primera, podrán los cónyuges disponer libremente, a lo largo de todo el tiempo que dure la sociedad conyugal, de cuanto constituya su patrimonio particular, tanto del anterior al matrimonio como del que, durante éste, adquiera a título lucrativo, y el marido podrá enajenar los gananciales, de acuerdo siempre a lo que el artículo 1.413 dispone. Los esposos, en este caso, sólo harían una efectiva comunicación de aquellos bienes de los que durante el matrimonio no hubiesen dispuesto, y ello al quedar disuelta la sociedad conyugal. Mientras que, con el criterio de la segunda opinión, al efectuarse la comunicación de bienes en el instante mismo en que el matrimonio se contrae, el marido nunca podría enajenar los bienes que integran esa nacida comunidad sin el consentimiento de la mujer, ya que ambos, marido y mujer, han devenido comunes propietarios de toda la masa de bienes.

La sentencia del Tribunal Supremo a la que ya hemos aludido, de fecha 8 de febrero de 1892, toma partido en la primera postura y considera que "la observancia mandada guardar por la Ley 12, título 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación del Fuero llamado del Baylío, en la villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos que era costumbre, no consiste, según los términos de la citada Ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos a partición como gananciales, o sea, al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en que, con arreglo a la legislación común, se determina este carácter en los que excedan de las peculiares aportaciones de los cónyuges, y, por tanto, que durante el matrimonio pueden los sometidos a dicho Fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio". Y apoya su declaración nuestro primer Tribunal en "que esta inteligencia de la observancia citada es, además, conforme al principio de que el libre uso de la propiedad no debe entenderse limitado sino por las disposiciones expresas de las leyes o por los pactos particulares, y a la interpretación estricta de los fueros y costumbres contrarios al Derecho común".

Idéntica doctrina sostiene la Dirección General de Registros de 19 de agosto de 1914, que reitera "la comunicación de todos los bienes existentes en el momento de la disolución del matrimonio y su división y adjudicación entre el sobreviviente y los herederos del prenuerto, a virtud del acto jurídico particional"; si bien la Resolución, como no podía ser menos, se apoya o, a mejor decir, parte de lo ya establecido por la sentencia del Tribunal Supremo.

Fué Borrallo, claro está, quien primero hizo observar la manifiesta oposición que existe entre una interpretación real, justa e históricamente acorde del Fuero y la ofrecida por la en verdad desdichada sentencia del Tribunal Supremo. Defiende Borrallo (19) la comunicación de bienes durante el mismo matrimonio, porque a lo con-

(19) BORRALLO: Obra citada; págs. 71 y siguientes.

trario, a la conservación del dominio privado hasta su disolución, “no nos autoriza ni los antecedentes de las leyes portuguesas, donde clara y terminantemente se manifiesta esa fusión que excluye el dominio privativo para hacerlo común, ni la misma ley recopilada, al expresar que los bienes se comunican y parten como gananciales, porque no hay medio de comunicar los bienes de los casados más que separándolos de la propiedad de cada uno para dársela a los dos, careciendo de sentido la frase de *se comunican* si esta comunicación se aguarda para después de la muerte, precisamente cuando no hay posibilidad material de comunicar nada”. Y cuando, añadimos al irónico razonamiento del ilustre tratadista del Fuero, se daría la paradoja de que el Fuero vendría a tener vigencia y efectividad para personas que ciertamente a él no se sometieron: los herederos de los cónyuges.

Pero es que esta inicial comunicación no sólo está latente en el capítulo I, libro II, título II del Código civil portugués, que, a lo largo de su articulado, desarrolla la antigua Ley “de a metade”, sino que, acaso sin quererlo, está también manifestada en otra sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 28 de enero de 1896. En ella, con relación a materia internacional que ahora no hace al caso, encontramos la sugestiva afirmación de “que en Portugal ha venido siendo costumbre general, sancionada después por el artículo 1.108 de su Código civil, que el matrimonio produce la *completa comunicación* de todos los bienes aportados y adquiridos por los esposos, salvo que otra cosa pactasen, de modo que ha venido rigiendo allí el Fuero de Baylío, que impera también en algunos pueblos de España, como Alburquerque y Jerez de los Caballeros”. Aquí, a juicio del mismo Borrallo, se reconoce todo lo contrario a lo manifestado en la anterior sentencia.

Rafael de la Escosura y Escosura (20) abunda en esta misma opinión, que nosotros compartimos por supuesto, de que la comunicación comienza desde el matrimonio, y estima que toda la problemática se resuelve aceptando que la comunidad es legal, no convencional, y que “la enajenación de todos y cada uno de los bienes del matrimonio aforado se ha de hacer en nombre y con consentimiento de ambos cónyuges”. Y ello porque, como bien dice Castán (21), “el sentido de la legislación portuguesa y de la práctica extremeña anterior a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892 contrarios a esa facultad del marido de enajenar sin consentimiento de la mujer, que es, además, poco conforme con la naturaleza de la comunidad universal de bienes y muy ocasionada en la práctica a abusos y perjuicios graves”.

Será urgente añadir al respecto que esta sentencia por sí sola no sienta doctrina, ya que, a juicio general, son necesarios, al menos,

(20) ESCOSURA Y ESCOSURA, Rafael de la: “La reforma legislativa”. Abril, 1888.

(21) CASTÁN TOBEÑAS: Obra citada; pág. 653.

dos fallos del Tribunal Supremo para que ello ocurra. Máxime después de la identificación que entre el Derecho portugués y el Fuero del Baylío hace la sentencia de 1896.

Por todo esto estimamos que no más desacertada pudo ser la sentencia de 8 de febrero de 1892, que, en minuciosa crítica de Martínez Pereda (22), es: 1.º, históricamente falsa, ya que hace decir a la Pragmática lo que ésta no dijo; 2.º, doctrinalmente inadmisibile, pues la comunidad conyugal no se concibe sino como un régimen "entre cónyuges" y "para cónyuges" ni tiene otra finalidad esencial que la de "igualar patrimonialmente a dichos cónyuges" y no se puede admitir que esa comunidad no ha regido "durante" el matrimonio; y 3.º, prácticamente inicta, por la diferencia de trato que establece entre los cónyuges.

Más justo y acorde con el origen del privilegio que supone es, por tanto, admitir, y admitir sin vacilación alguna, que la efectiva comunidad de bienes surge desde el momento mismo en que se contrae el matrimonio y desde ese instante es preciso el consentimiento de ambos cónyuges para actos de enajenación y disposición que, de otra forma, bordearían en muchas ocasiones los linderos de la injusticia.

VIGENCIA DEL FUERO EN CEUTA.—Anunciábamos al inicio de estas líneas que nuestro somero estudio del Fuero del Baylío tenía como meta concreta la ratificación expresa de la vigencia actual de la institución en Ceuta. Y añadíamos que a esta categórica afirmación precedía un minucioso examen de la práctica jurídica local unido a la valiosa constatación de las opiniones, creencias y aun suposiciones de quienes, de una u otra forma la encarnan. Hija de ambos, examen y constatación, es la postura que nos caracteriza: el Fuero del Baylío no sólo tuvo efectiva vigencia en Ceuta a raíz y como consecuencia de la conquista portuguesa de la ciudad, sino que la instantánea comunicación de bienes que él supone ha subsistido a ese período portugués de la historia ceutí y, a falta de expresa derogación posterior, se encuentra en la actualidad plenamente vigente. Y esto, no sólo en el puro terreno teórico que, aun con gran valor, pondría en peligro la vida misma del Fuero por desuso, sino, y con muy superior trascendencia, en el terreno práctico jurídico.

Que el Fuero del Baylío hubiese tenido aplicación en Ceuta con anterioridad a la conquista de los portugueses, es algo que escapa aun a nuestro más generoso campo de posibilidades. La tesis de Martínez Pereda ya citada, propugnando un origen celtibérico del Fuero o incluso un paralelismo entre esta costumbre así entendida y su simultánea aplicación y con el mismo sentido en territorios españoles y lusitanos, es francamente difícil de mantener en el caso de Ceuta. En el de Olivenza, el autor llega a sostener que la costumbre que supone el Fuero se observó sin interrupción "antes, durante y después de la dominación portuguesa de la plaza" (23).

(22) MARTÍNEZ PEREDA: Obra citada; págs. 213 y 353.

(23) MARTÍNEZ PEREDA: Obra citada; pág. 222.

Los avatares históricos que la ciudad de Ceuta cuenta en su haber se resisten a admitir una vigencia de la costumbre del Fuero con anterioridad a la época portuguesa. La ciudad de Ceuta sufre la invasión musulmana, como el resto de España, hacia el año 710, a raíz de la ya conocida traición del Conde Don Julián, a la sazón gobernador de la plaza. A partir de este instante y hasta el año 1415, Ceuta va a reflejar en el libro de su historia todas las vicisitudes que la nunca bien estimada dominación árabe sufrió en España. Así, doscientos veinte años más tarde, en el 931 exactamente, Abd-al-Rahaman III la conquista como Plaza de Soberanía del ya floreciente califato cordobés. La ciudad comienza a vivir una dura etapa como plaza fuerte, sede y punto de partida de cuantas incursiones hacia el interior del continente este califa y sus sucesores van a emprender, en continua lucha con las restantes tribus y dinastías que por aquel tiempo poblaban el norte de Africa. Es, pues, una época de lucha continua y, por ende, de constante movimiento personal, de agitación en suma. Más tarde, en las últimas épocas del Califato, todavía va Ceuta a convertirse en ciudad califal con Ali-ibn-Hamud al frente y a iniciar una intensa acción de reconquista sobre la península para acabar, por último, perteneciendo al reino taifa de Málaga, en su eterna unión con la Península, hasta el año 1415. Que durante todo este período de franca variabilidad hubiera subsistido una anterior costumbre foral de cariz, por demás, ajeno a la cultura dominante, y permaneciese pura a lo largo de estos siglos, es, a todas luces, algo inverosímil.

Más acertado nos parece creer que es a partir de este año de 1415, en el que la ciudad es conquistada por el Infante Enrique, el Navegante, para Portugal, y desde el que, a juicio de Borrallo (24), la ciudad se ve influida "por sus leyes y costumbres", cuando el Fuero del Baylío, con la denominación portuguesa de la Carta a miatade o Ley de miatade, toma carta de naturaleza en la práctica matrimonial de sus habitantes, muchos de los cuales llegaron del mismo Portugal. La práctica se confirmó y popularizó, sin duda, a lo largo de todo el período de posesión portuguesa, que, como es sabido, superó los dos siglos. La costumbre sería respetada cuando, en el año 1640 y con motivo de la separación de los reinos de España y Portugal, la ciudad se pronuncia por Castilla y pasa a integrar su corona. A partir de este instante, la costumbre foral se españolizaría, tomando el nombre, ya extendido en los pueblos extremeños donde estaba vigente, de Fuero del Baylío. Y con esta denominación se la ha conocido y practicado antes y después de la publicación del Código civil.

Y es en este punto, ya que no en otro, en el que los autores se dividen. Para unos, en efecto, el Fuero estaba vigente en Ceuta al momento de promulgarse el Código civil y, por tanto, al declarar éste vigente en su artículo 12 el derecho foral, escrito y consuetudinario en las provincias y territorios en que subsistiera, también está en completa vigencia tras la citada promulgación. Para otros, sin embargo,

(24) BORRALLO: Obra citada; pág. 23.

el Fuero no está vigente, en base a diversas razones que luego examinamos.

Borrallo encabeza el primer grupo de autores en los términos que ya hemos sobradamente analizado al abordar el estudio del ámbito territorial del Fuero. Ureña (25), tras considerar las razones de vigencia del Fuero en Olivenza, añade “y algo análogo ocurre en Ceuta, conquistada por los portugueses, y que permaneció en el dominio de España cuando el Duque de Braganza fué proclamado rey de Portugal bajo el nombre de Don Juan IV en 1640. A la publicación del Código civil, continuaba en ella rigiendo la Ley de matade o Fuero del Baylío”. El texto demuestra un notorio conocimiento de la realidad por parte del autor. Moutón y Ocampo, en esta misma línea, al efectuar la cita donde “actualmente” se observa el privilegio del Baylío, incluye a Ceuta, añadiendo: “Su vigencia es indiscutible en las mismas, según la opinión general de los letrados del territorio que se han ocupado de la costumbre jurídica mencionada” (26). Bencyto (27) cree que la vigencia en Ceuta y otras plazas de población lusitana apoya el origen portugués del Fuero, si bien nada añade en torno a la actual subsistencia. Minguijón (28), por su parte, acepta, siguiendo a Borrallo, la inclusión de Ceuta como territorio de aplicación del Fuero, si bien se apresura a remitir rápidamente al criterio de Castán, que ahora abordaremos.

Tres son, por el contrario, los autores que militan en la opinión de la no subsistencia del Fuero del Baylío en Ceuta, si bien estimamos que las dos últimas se apoyan, directa o indirectamente, en el desdichado criterio de la primera. Es Martínez Pereda quien da lugar al error, siendo él su primera víctima: “Lo de su vigencia en Ceuta ya es otra cosa. Allí no está, como en los 19 pueblos extremeños, en los protocolos y Registros, la prueba de su observancia al promulgarse el Código civil de la comunidad absoluta, sino que lo que regía eran los gananciales. No estamos conforme con Borrallo respecto de su vigencia en tal plaza africana, porque en Derecho consuetudinario, aunque la Ley la respete, la inobservancia de una institución es su muerte; cuando se pierde la conciencia jurídica social (“convicción común” de Savigny) y además el uso, surgiendo, por el contrario, para regir la misma relación matrimonial, costumbre distinta, ¿qué queda de la vieja costumbre? Evidentemente, una institución tal, allí donde no se observa, ha muerto. Y no tomamos ni en cuenta lo de su vigencia en la zona española del protectorado después de lo que decimos anteriormente” (29). Si hacemos exclusión del último punto, ya en otro apartado de este trabajo suficientemente comentado, y, desde luego, muy arbitrario en la interpretación de la opinión de Borrallo, podemos afir-

(25) UREÑA: Obra citada; pág. 146.

(26) MOUTÓN Y OCAMPO: Obra citada; págs. 694 y siguientes.

(27) BENEYTO PÉREZ: “Instituciones de Derecho Histórico Español”. Volumen I; pág. 102.

(28) MINGUIJÓN: Obra citada; pág. 303.

(29) MARTÍNEZ PEREDA: Obra citada; pág. 222.

mar que, en definitiva, la no vigencia del Fuero de Ceuta, sostenida por Martínez Pereda, tiene por base el que en los protocolos y Registros ceutíes no se encuentra prueba de su observancia. En esto apoya luego el autor el posterior razonamiento de que, en Derecho consuetudinario, la inobservancia de una institución constituye su muerte, aunque la misma Ley la respete. La conclusión es, cuanto menos, muy peligrosa de ser aplicada tajantemente en muchos aspectos del Derecho foral y aun común consuetudinarios; pero, en suma, prescindimos de ella por tener su base, como luego veremos, en una premisa falsa: la susodicha inexistencia de pruebas de vigencia.

Es Castán quien, más tarde, no logra, acaso porque no estuviera en su ánimo intentarlo, evadir su siempre autorizado criterio, del craso error sentado por Martínez Pereda. Así, podemos leerle: "Es totalmente injustificada la opinión de Borrallo, según la que la aplicación del Fuero del Baylio alcanza hoy probablemente a la zona española de influencia en Marruecos. En la misma plaza de Ceuta parece que no estaba ya en uso —a diferencia de lo que sucedía en los pueblos extremeños— al promulgarse el Código civil, la comunidad absoluta que el Fuero del Baylio representa (véase sobre este punto el citado trabajo de Martínez Pereda)" (30) La remisión que en el paréntesis que hemos reproducido hace Castán a la obra de Martínez Pereda, nos libera de todo comentario, toda vez que el ilustre jurista elude tras un "parece" la responsabilidad de la afirmación y trae a Martínez Pereda de testigo.

Al momento de redactar estas líneas, nos llegan noticias de la tercera de las opiniones contrarias a la vigencia del Fuero en Ceuta, sostenida en una Tesis Doctoral leída el 14 de noviembre de 1961, en la Universidad de Sevilla, sobre el Fuero del Baylio. Su autor, Madrid del Cacho, viene a decir que la falta de estabilidad en los habitantes de la ciudad y su escasa raigambre en generaciones anteriores, se opone a la vigencia del Fuero en ella y, cómo no, incide en lo que a partir de Martínez Pereda ha devenido desgraciado tópico: que el Fuero no se aplica en Ceuta desde antes de la promulgación del Código civil.

Que en los protocolos y Registros de Ceuta no se encuentran pruebas de la observancia del Fuero del Baylio es una afirmación carente del más elemental rigor científico y reveladora de una notoria ignorancia de la vida jurídica de la ciudad. Ignorancia que, pese a estar a menudo generalizada en otros y más importantes aspectos integrantes de la más elemental realidad ceutí, merece nuestra repulsa por el carácter radical y absoluto en que Martínez Pereda hace tal afirmación. Hubiéramos, por supuesto, preferido la leal y confesada ignorancia de Borrallo a una premisa tan aparentemente segura y en la que, por demás, iban a, cuanto menos, apoyar sus conclusiones otros autores posteriores.

Cualquier observador, a poco que lo sea, tiene oportunidad de com-

(30) CASTÁN: *Obra citada*; pág. 651.

probar, a través de un suficiente diálogo con juristas ceutíes, que en todos o casi todos ellos y, de manera especial, en los prestigiosos abogados de larga y antigua residencia en la ciudad, existe plena conciencia y absoluto conocimiento sobre el Fuero del Baylío y su aplicación en Ceuta. Y ese conocimiento, claro está, se manifiesta a diario en sus escrituras de capitulaciones, Cuadernos de Particiones y escritos en general.

Varias son, en efecto, las escrituras de capitulaciones hechas en Ceuta, en las que los contrayentes, de una manera expresa, rechazan la sumisión al Fuero. Así en escritura de capitulaciones de 19 de agosto de 1932, efectuada ante el Notario don Fernando García Pajares, es posible leer en la cuarta estipulación: "Los comparecientes hacen expresa renuncia del Fuero del Baylío, *de aplicación en esta plaza*, conforme a lo prevenido en el artículo doce del Código civil y, por consecuencia, a la disolución del matrimonio no se harán comunes los bienes, sometándose la liquidación de la sociedad conyugal a lo establecido para el régimen común de gananciales, adoptado por estipulación expresa de los futuros contrayentes." La escritura puede comprobarse en el documentado bufete de don Francisco Olivencia Ruíz, ilustre abogado, a quien, por demás, debemos algunas otras generosas noticias sobre el Fuero. En ella, los contrayentes excluyen una institución "de aplicación en esta plaza", es decir, hay una perfecta conciencia de esa aplicación y, como se desprende del texto reproducido, un perfecto conocimiento de su contenido. Otro tanto es posible deducir de la de fecha 7 de octubre de 1939, ante el Notario don Francisco Javier Dotres Aurrecoechea, y que, por el momento, consta en protocolos de la Notaría de Ceuta. En ella, los contrayentes, tras declarar su sumisión al régimen de gananciales, lo que, de no existir otro régimen económico, resultaría superfluo dada la suplencia legal del mismo, añaden: "con exclusión de cualesquiera otros, sean fueros o costumbres especiales, a los que expresamente renuncian, y singularmente al llamado Fuero del Baylío".

La reproducción de estos dos documentos que, en orden cronológico, y aun sistemático, debieran seguir a los que más abajo exponemos, tiene razón de ser en orden a la comprobación de la existencia de una indiscutible conciencia de la vigencia del Fuero. Conciencia que lleva, a quienes quieren escapar de su dominio, a hacer expresa renuncia del mismo en sus escritos de capitulaciones.

Mas no olvidamos que de aplicación y de aplicación no menos expresa se trata. En el Archivo Notarial de Algeciras, donde, sin que sepamos la razón, se integran progresivamente los documentos procedentes de la Notaría de Ceuta, es posible hallar repetidas pruebas de la aplicación del Fuero del Baylío en Ceuta y, de manera especial, en los cuadernos particionales avalados por don Aquilino Adolfo Abete Sánchez, ilustre y muy querido Notario de la ciudad de Ceuta durante los últimos años del siglo pasado y primeros del actual. Es curioso observar que este Notario aplicaba siempre el Fuero del Baylío en todas sus intervenciones sobre régimen económico matrimonial y

que, por ende, son múltiples las citas que de esta época crucial para la vida del privilegio podríamos hacer. En aras a la brevedad, nos limitaremos a mencionar, como exponentes de este período histórico, algunos documentos relativos a matrimonios contraídos antes de la promulgación del Código civil.

En el testamento de D. Francisco X, otorgado el 7 de abril de 1898, es decir, nueve años después a la publicación del Código, en presencia de D. Aquilino Adolfo Abete, es posible leer: "También declara que a dicho matrimonio no aportaron bienes ningunos, habiéndolo celebrado bajo el Régimen de la Comunidad de bienes que establece el Fuero del Baylío, vigente en esta Plaza, y haciendo, por consiguiente, gananciales todos los bienes que en la actualidad poseen" (Archivo de Algeciras: Año 1898, folio 253). Más interés posee, por el hecho de que sólo uno de los cónyuges era de Ceuta (la mujer era de Gibraltar), la liquidación del caudal de D. José X y D.^a Ramona X, en cuya Base Tercera se dice: "Que los bienes quedados al fallecimiento del cónyuge premuerto (ambos fallecieron el 24 de octubre de 1897), que son los que figuran en el inventario, son gananciales, toda vez que el matrimonio se contrajo bajo el régimen legal del Fuero del Baylío, vigente en esta ciudad" (Archivo de Algeciras: Año 1898, folio 889).

De unos años más tarde, del año 1900 concretamente, son dos cuadernos particionales de gran interés. El primero de ellos, y bajo el Supuesto Quinto "Sobre el matrimonio de D. Jacobo X y D.^a Dolores X y sociedad conyugal de los mismos", dice: "ésta, natural de la plaza y ambos vecinos de ella desde hace más de veinte años, contrajeron matrimonio bajo el régimen legal de la comunicación o comunidad de bienes que establece el Fuero del Baylío vigente en esta Ciudad por costumbre inmemorial y sancionado por nuestra antigua legislación en la Ley doce, título 4.^o, Libro 3.^o, de la Novísima Recopilación. Por dicho Fuero todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, cualquiera que sea su procedencia, y los que adquiriesen durante el mismo se comunican y sujetan a partición como gananciales". Más adelante, y tras el habitual examen de los bienes que cada cónyuge aportara al matrimonio, añade el Partidor D. Guillermo X, que D. Jacobo, es decir, el esposo, "enajenó la mayor parte de dichos bienes, quedando reducido el caudal a una sola finca, que se inventaría, de valor insuficiente a cubrir el importe de las aportaciones de cada cónyuge, pero que se reputa y considera ganancial sin tener en cuenta dichas aportaciones, por virtud de la mencionada costumbre y Ley del Baylío de la mancomunidad de bienes de los casados en esta Plaza". El Cuaderno Particional tiene fecha de 26 de junio de 1900, lo avala D. Aquilino Adolfo Abete y se halla en el Archivo citado: Año 1900, folios 529 a 546. Es significativa la explicación que en este Cuaderno se da sobre las enajenaciones efectuadas por el marido y que llegan a mermar notablemente el caudal, y cómo se justifica, por virtud del Fuero, el no "tener en cuenta dichas aportaciones". Todo se apoya expresamente en la "mancomunidad de bienes de los casados en esta Plaza", frase esta última que generaliza a

los demás casos de matrimonios celebrados en Ceuta, con lo que se está aludiendo a que la costumbre era general.

De no menor importancia documental es el Cuaderno Particional del Contador-Partidor D. José X sobre testamento de D. X. X, que en el Supuesto Sexto "Sobre la Sociedad Conyugal del causante de esta herencia", dice: D. X X y D.^a María del Africa X contrajeron matrimonio el año 1867... bajo el régimen de la comunidad de bienes o comunicación foral que establece la Ley del Baylío". La vigencia del Fuero se califica en este momento como "por costumbre inmemorial", lo que indica una antigüedad de aplicación y una posterior repetición de la costumbre, que no deja lugar a dudas. El Cuaderno Particional, con la firma del mismo Notario, D. Aquilino Adolfo Abete, está extendido en Ceuta, con fecha 24 de julio de 1900, y se encuentra en Archivo de Algeciras: Año 1900, folios 708 a 755.

Insistimos en que cuanto hasta aquí llevamos reproducido no es sino mero ejemplo de lo que, a buen seguro, puede ser fácilmente aumentado. Mas no juzgamos éste el momento más idóneo para agobiar al lector con una, a todas luces, molesta serie de citas y transcripciones que, por demás, están al alcance de quien pueda interesar. Si tratamos, únicamente, de refutar con energía la afirmación ya comentada de la falta de pruebas de vigencia del Fuero del Baylío en Ceuta. Vemos, pues, que este Fuero no sólo se aplica en Ceuta "por costumbre inmemorial", es decir, desde su introducción por los portugueses, sino que se seguía aplicando cuando se promulga el Código civil y después de él también.

Mas no se crea que los testimonios de aplicación del Fuero se limitan a esta época ya examinada, sino que, en 1938, es posible leer en el Supuesto Tercero del Cuaderno Particional de D. Pedro X, de fecha 11 de julio de 1938: "Teniendo en cuenta lo manifestado por el causante en la Cláusula segunda del testamento de 11 de mayo de 1927, y las circunstancias de ser naturales, tanto aquél como su tercera esposa, de esta Ciudad y haberse en la misma contraído matrimonio, les es aplicable el Fuero del Baylío, vigente en Ceuta" (Cuaderno Particional recogido en Protocolo núm. 227). El matrimonio a que se alude habíase contraído el 31 de mayo de 1917 bajo el Fuero del Baylío, y más de veinte años después, en 1938, se sigue afirmando en el documento referido que dicho Fuero está "vigente en Ceuta".

Por último, como jalón postrero del recorrido histórico-documental que nos hemos prometido examinar someramente, la aplicación del Fuero del Baylío se puede comprobar en el Cuaderno de Particiones, protocolizado el 9 de febrero de 1959 (¡1959!), en escritura otorgada ante el Notario D. Eladio Barrueco e inscrita en el Registro con fecha 27 de junio de 1959. Dice el Cuaderno en su Cláusula Tercera que es desecho del causante "que a su fallecimiento todos los bienes sean considerados como gananciales, los señalados primeramente por serlo conforme a la ley común, y los adquiridos por herencia por aplicación del denominado Fuero del Baylío, *de aplicación en esta Plaza*". Esta

última afirmación, hecha en un documento del año 1959 nos releva de todo comentario.

La segunda objeción a la vigencia del Fuero de Ceuta, la formulada por Madrid del Cacho, con base a la falta de estabilidad de la población ceutí, casi no merece especial comentario después de las pruebas citadas, índice de lo mucho que pudiera traerse a colación. Si existen, y en abundancia, pruebas de la aplicación del Fuero por vecinos de Ceuta y si la Resolución de la Dirección General de Registros de 10 de noviembre de 1926 admite que el Fuero del Baylío rige entre dos aforados, incluso si contraen matrimonio en localidad donde éste no esté vigente, ¿tiene, en realidad, mucha consistencia esta objeción? El Fuero se ha concedido a la ciudad y, en concreto, a quienes según las normas prescritas por la legislación son considerados como vecinos de ella, con independencia de su anterior origen, ya perdido al ser declarado vecino de Ceuta, y, por supuesto, sin que por ello la aplicación del Fuero sufra en nada. Además, no es posible extremar esa falta de estabilidad hasta el punto de creer en la no existencia de gran número de familias de auténtico abolengo ceutí que, sin duda, constituyen parte muy respetable de la población aunque no la integren en su totalidad. Casi todas las personas citadas en los documentos a que hemos hecho referencia, han dejado hijos y nietos naturales de Ceuta y en Ceuta residentes, por cuyo motivo hemos silenciado los apellidos en cuestión. En definitiva, ni el conjunto de la población ceutí es tan inestable como se pretende por Madrid del Cacho, ni esta inestabilidad, reducida a sus justos términos, afecta a la vigencia del Fuero, toda vez que existen pruebas demostrativas de su aplicación asidua.

De todo lo dicho se infiere, con meridiana claridad, que el Fuero del Baylío ha estado y está vigente en la ciudad de Ceuta, en contra de las opiniones de quienes, con base en un arbitrario e indocumentado criterio, lo habían puesto en duda. Y en nada merma esta afirmación el hecho, por demás general en toda la práctica jurídica de nuestro país, de que cada día sean más escasas las escrituras de estipulaciones matrimoniales, ya que, dado que no es preciso acogerse expresamente al Fuero del Baylío cuando se dan las circunstancias de territorio y vecindad como establece la última resolución citada, las estipulaciones matrimoniales sólo serán necesarias cuando de excluir la aplicación del Fuero se trate. Tampoco la debilita la posibilidad, en Ceuta confirmada, de matrimonios contraídos bajo el régimen de gananciales por quienes carezcan del requisito de vecindad necesario, matrimonios que, en todo caso, son perfectamente coexistentes con los sometidos al Fuero del Baylío. En suma, que todos los matrimonios contraídos en Ceuta a raíz de la entrada en vigor del Fuero (época portuguesa) por vecinos de Ceuta que no hayan manifestado debidamente lo contrario, se entienden contraídos bajo el régimen del Fuero del Baylío, hayan o no efectuado escritura de estipulaciones matrimoniales acogiéndose a él. No a otra conclusión es posible llegar tras el estudio de la naturaleza de esta vieja institución consuetudinaria, si

es que pretendemos ser consecuentes con las afirmaciones a que en cada apartado hemos llegado.

De aquí la necesidad de abordar en serio una firme divulgación de los pormenores del Fuero, labor iniciada ya, y no con escaso ardor, por Madrid del Cacho. La tarea podría, en el caso concreto de Ceuta, tener un sugestivo entronque con todo lo que, de una u otra forma, constiuye especialidad jurídica, foral o no, de la ciudad, hasta devenir un detallado estudio del régimen vigente en ella. El proyecto, al que acaso en alguna ocasión volvamos, sería un paso decisivo hacia la fijación de términos definitivos, muy necesaria en la peculiar coyuntura de la ciudad.

B I B L I O G R A F I A

1. AYERVE DE AYORA, Antonio: "Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et uxorem et filios, ac haeredes eorum". Año 1595.
2. GONZÁLEZ, Julio: "Regesta de Fernando II". Madrid, 1943.
3. MEREIA, Manuel Paulo: "Evolução dos regimes matrimoniais". Coimbra, 1913. Tomos I y II.
4. MEREIA, Manuel Paulo: "Estudos de Direito Visigótico". Año 1948.
5. SCHÖDER, Richard: "Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte". 6.^a edición. Berlín-Leipzig, 1922.
6. BOZA: "Fuero del Baylío", Fregenal, 1898.
7. ESCOSURA: Revista "La Reforma Legislativa". Abril 1888, Madrid.
8. BORRALLO SALGADO: "Fuero del Baylío, estudio histórico-crítico". Badajoz, 1915.
9. MARTÍNEZ PEREDA: "El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho Celtibérico: errores de la doctrina y de la jurisprudencia sobre dicho fuero". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Año 1925.
10. BENEYTO: "Instituciones de Derecho Histórico Español", volumen I. Barcelona, 1930.
11. UREÑA: "Derecho Foral", Enciclopedia Jurídica Española. Tomo XI.
12. MOUTÓN Y OCAMPO: "Fuero del Baylío". Enciclopedia Jurídica Seix.
13. MINGUIJÓN, Salvador: "Fuero del Baylío". Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Barcelona, 1960. Tomo X.
14. CASTÁN TOBEÑAS: "El Fuero del Baylío". Derecho civil español Común y Foral. Tomo V. Volumen I. Madrid, 1958.
15. MADRID DEL CACHO: Tesis doctoral sobre "El Fuero del Baylío". Sevilla. Noviembre de 1961.
16. LERÍA, Manuel: "Un siglo medieval en la historia de Ceuta". Ediciones C. H. C. Ceuta, 1961.

