

La condición jurídica de la mujer en el Derecho histórico privado de Vasconia: estudio de las fuentes y propuesta de líneas de investigación

Emakumearen izaera juridikoa Baskoniako zuzenbide historiko pribatuan: iturrien azterketa eta ikerketa-ildoen proposamena

The legal status of women in the historical private law of Vasconia: a study of the sources and a proposal for lines of investigation

Itziar Alkorta Idiakez*

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

RESUMEN: Este artículo aborda la condición jurídica de las mujeres en el derecho histórico privado de Vasconia, explorando la relación entre las normas legales y las dinámicas sociales desde la Alta Edad Media hasta el siglo XIX. Mediante el análisis de fuentes jurídicas, historiográficas y bibliográficas, se evalúa la representación jurídica femenina en ámbitos como el régimen matrimonial, la sucesión y la propiedad. Se identifican características distintivas del derecho vasco, como el igualitarismo de género en determinados contextos. Asimismo, el trabajo reflexiona sobre las contribuciones y limitaciones de la historiografía existente, proponiendo nuevas líneas de investigación que permitan superar las lagunas actuales y enriquecer la comprensión de las instituciones legales vascas en clave de género.

PALABRAS CLAVE: Mujer. Sucesión. Régimen económico matrimonial. Viudedad. Historia del Derecho Civil. Vasconia.

LABURPENA: Artikulu honek Euskal Herriko zuzenbide historiko pribatuko emakumeen egoera juridikoa jorratzen du, Goi Erdi Arotik XIX. mendera bitarteko legezko arauen eta dinamika sozialen arteko harremana aztertuz. Iturri juridikoak, historiografikoak eta bibliografikoak aztertuta, emakumeen ordezkari-tza juridikoa ebaluatzen da, besteak beste, ezkontza-erregimenean, oinordetzan eta jabetzan. Euskal zuzenbidearen ezaugarri berezgarriak identifikatzen dira, hala nola genero-igualitarismoa testuinguru jakin batzuetan. Era berean, egungo historiografiaren ekarpenei eta mugei buruzko gogoeta egiten du lanak, eta ikerketa-ildo berriak proposatzen ditu, egungo hutsuneak gainditu eta euskal lege-erakundeen ulermena genero-ikuspegiatik aberasteko.

GAKO-HITZAK: Emakumea. Oinordetza. Ezkontzako erregimen ekonomikoa. Alarguntza. Zuzenbide Zibilarren Historia. Baskonia.

ABSTRACT: This article addresses the legal status of women in the historical private law of Vasconia, exploring the relationship between legal norms and social dynamics from the early Middle Ages to the 19th century. Through the analysis of legal, historiographical and bibliographical sources, female legal representation in areas such as matrimonial property, inheritance and property is assessed. Distinctive characteristics of Basque law are identified, such as gender egalitarianism in certain contexts. The paper also reflects on the contributions and limitations of the existing historiography, proposing new lines of research to overcome current gaps and enrich the understanding of Basque legal institutions from a gender perspective.

KEYWORDS: Women. Inheritance. Matrimonial property regime. Widowhood. History of Civil Law. Vasconia.

* **Harremanetan jartzeko/Corresponding author:** Itziar Alkorta Idiakez. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea UPV/EHU. — itziar.alkorta@ehu.eus — <https://orcid.org/0000-0002-4372-0353>

Nola aipatu/How to cite: Alkorta Idiakez, Itziar (2024). «La condición jurídica de la mujer en el Derecho histórico privado de Vasconia: estudio de las fuentes y propuesta de líneas de investigación». *Iura Vasconiae*. Revista de Derecho histórico y autonómico de Vasconia, 21, 17-93. (<https://doi.org/10.1387/iura.vasconiae.26813>).

Fecha de recepción/Jasotze-data: 30/04/2024.

Fecha de aceptación/Onartze-data: 03/06/2024.

ISSN 1699-5376 - eISSN 2530-478X / © UPV/EHU Press



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución-NonComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA MUJER EN EL DERECHO HISTÓRICO DEL PAÍS VASCO CONTINENTAL. 1. La aportación de Maïté Lafourcade. 1.1. Los contratos de matrimonio. 1.2. La *cosegneurie*: un caso singular de sociedad familiar. 1.3. Transmisión de la casa al heredero o heredera. 1.4. La dote: conformación y casos de reversión. 1.5. El usufructo de la viuda. 1.6. La capacidad de mujer casada. 1.7. Derechos de sucesión de las hijas segundas. 2. Investigaciones posteriores. III. ESTUDIOS SOBRE LA CONDICIÓN FEMENINA EN EL FUERO DE BIZKAIA. 1. El estudio de Itziar Monasterio. 1.1. El régimen económico matrimonial: en especial, la comunicación foral. 1.2. La viudedad, en especial, el usufructo viudal. 1.3. Pacto sucesorio y el *alkar-poderoso*. 1.4. La libertad de elección de sucesor o sucesora. 1.5. La dote del advenedizo o advenediza. 1.6. La emancipación judicial del menor o la menor. 2. La aportación historiográfica en relación a la condición de la mujer en el Derecho histórico, en especial, la aportación de Janire Castrillo. IV. LA CUESTIÓN DE LA POSICIÓN DE LA MUJER EN EL FUERO DE AYALA. V. LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN LA COSTUMBRE SUCESORIA DE GIPUZKOA. 1. La contribución de Rosa Ayerbe. 1.1. La preferencia por las hijas en la herencia familiar. 1.2. La vía del mayorazgo masculino. 2. Perspectiva crítica: Lola Valverde, Ohiane Oliveri y Janire Castrillo. VI. LA MUJER EN LOS FUEROS LOCALES Y EN EL FUERO GENERAL DE NAVARRA. 1. La historiografía jurídica: el hispanista Desdevises du Dezért. 2. Historiografía de género. 3. Otras aportaciones. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La Fundación Iura Vasconiae dedicó los simposios correspondientes a los años 2023 y 2024 a la recuperación de la memoria de la vida privada de las mujeres desde la perspectiva de su posición en el Derecho propio de Vasconia. Como reconoce el propio comité científico encargado de organizar los simposios, la literatura iushistórica autóctona había prestado escasa atención a este ámbito en términos comparados con otros ordenamientos territoriales del Estado.

Las conclusiones de ambas jornadas pusieron de manifiesto la necesidad de continuar con la labor de investigación en dicha materia, tomando como punto de partida el estado en el que se hallaba la cuestión en el momento en que lo estaban abordando las investigadoras participantes en el evento.

Nos proponemos por ello examinar la bibliografía que se ocupa del estatus jurídico de la mujer en el ámbito geográfico de Vasconia. Entendemos con este término, los territorios peninsulares de Bizkaia, Araba y Gipuzkoa, Navarra, y los continentales de Labourd, Baja Navarra y Soule.

En cuanto al ámbito temporal, se ha contemplado el extenso periodo comprendido entre la Alta Edad Media y el advenimiento de la etapa codificadora en el siglo XIX.

Existen muy pocos estudios monográficos de especialistas en historia del Derecho sobre la condición femenina en el derecho privado histórico vasco que reúnan con los criterios geográficos y temporales descritos. Por tal motivo hemos creído conveniente ampliar nuestra muestra para incluir otros trabajos que se refieren al estatus jurídico femenino, aunque no sea este el único objeto abordado por ellas.

Por otra parte, es natural que el estudio de la evolución de la capacidad femenina y de sus condicionantes haya sido cultivada por otras disciplinas como la historia social, la sociología, la economía, la demografía o la antropología. Al ampliar nuestra perspectiva hacia otras ciencias sociales nos sumamos a la directriz que rige en la propia disciplina iushistórica desde mediados del siglo pasado. Nos referimos con esto a la pretensión de huir de una «concepción demasiado libresca de los hechos jurídicos»¹ y de descubrir bajo la ley formal, en expresión de García Marín «la norma que realmente rige los comportamientos colectivos humanos»². Según dicha corriente metodológica, es menester seguir la vida de las normas adentrándose en el *Law in action* tal como se manifiesta en las fuentes de aplicación del derecho, como las actas notariales o a la jurisprudencia.

En cuanto a las instituciones que conforman el derecho privado vasco, la condición femenina se manifiesta singularmente en el derecho de familia y en la transmisión de la propiedad. De ahí la selección de este género de trabajos.

A partir de las coordenadas referidas que delimitan este estudio, abordaremos las cuestiones o interrogantes a las que la bibliografía estudiada ha pretendido dar respuesta. Señalemos algunas.

En primer lugar, es conocido que la historiografía jurídica existente sobre la condición de la mujer en el ordenamiento privado —nos referimos fundamentalmente a los trabajos de Lafourcade, Monasterio, Ayerbe—, han constatado que el Derecho civil de Vasconia se revela como un ordenamiento adelantado a su tiempo en términos de reconocimiento a la capacidad jurídica de la mujer si lo comparamos con otras normativas peninsulares y europeas. En el presente trabajo querríamos reunir algún elemento para responder a si se debe

¹ LEVY-BRUHL, La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit. En *Méthode sociologique et Droit. Rapports présentés au Colloque de Strasburg, 26 au 28 novembre 1956. Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg*, 3, p. 124.

² GARCÍA MARÍN, J. M., Actitud metodológica e historia de las instituciones en Francia: una valoración de conjunto, *Historia. Instituciones. Documentos*, 4 (1977), p. 132.

aceptar tal tesis o, por el contrario, merece la crítica de que ha sido objeto por algunas autoras.

Por otra parte, creemos necesario resumir la evolución que se ha dado en los estudios sobre la mujer durante las décadas de los 70 y 80 del siglo xx. El cambio ontológico en dichos estudios vino de la mano del surgimiento del concepto de género, una nueva categoría de análisis social. Ann Oakley propuso la idea de que las nociones de feminidad y masculinidad no eran meramente biológicas, sino que estaban socialmente construidas³. A partir de dicha obra se generalizó el análisis de género en las disciplinas sociales, incluida la historia. Joan W. Scott en su artículo titulado *Gender, a useful category of historical analysis* (1986) empleó esta metodología por vez primera en los estudios históricos abriendo el camino a trabajos posteriores sobre la historia de las mujeres y su papel en el devenir de la humanidad⁴. En lo que concierne a nuestro trabajo, nos proponemos responder a la cuestión de hasta qué punto ha habido una recepción del nuevo paradigma en la historiografía jurídica producida en Vasconia y sobre las mujeres vascas desde el último tercio de la centuria pasada.

La exposición que sigue se ha atendido en su desarrollo al carácter territorial del Derecho histórico vasco por lo que la hemos estructurado tomando como referencia las áreas en las que ha existido en el pasado derecho privado propio escrito o consuetudinario. De un lado, el País Vasco peninsular, con los territorios históricos de Bizkaia, Gipuzkoa y Navarra. En segundo lugar, la escasez de trabajos sobre la condición femenina en el llamado Fuero de Ayala no ha impedido que hagamos una mención a su existencia. Está también la Vasconia continental, donde en uno de sus territorios, en la zona costera de Labourd, existía un Derecho consuetudinario y escrito, emparentado con el que regía en el Señorío vizcaíno, y la Baja Navarra que comparte ordenamiento con su homónima Alta Navarra peninsular, puesto que fueron partes del mismo reino hasta el siglo xvi.

Finalmente, se propondrán unas conclusiones sintéticas del estado de la cuestión resultante de la revisión bibliográfica efectuada y se sugerirán algunas líneas de investigación que podrían emprenderse para colmar las grandes lagunas que existen en el conocimiento de la condición jurídica de la mujer vasca en la historia.

³ OAKLEY, A., *Sex, gender and society*, London, New York: Routledge, 1972.

⁴ SCOTT, J. W. *Gender: A Useful Category of Historical Analysis*, *The American Historical Review*, 91-5 (1986), pp. 1053-1075.

II. LA MUJER EN EL DERECHO HISTÓRICO DEL PAÍS VASCO CONTINENTAL

1. La aportación de Maïté Lafourcade

Las costumbres de Labourd cuentan con una estudiosa excepcional, que además ha prestado especial atención en su obra a las cuestiones de género desde una doble perspectiva jurídica y sociológica. Maïté Lafourcade, catedrática jubilada de Historia del Derecho de la Universidad de Pau y los Países del Adour (UPPA), ha sido fundadora y directora del Centro de Investigación en Estudios Vascos de esa universidad y asidua cultivadora de la historiografía jurídica vasca⁵.

La Dra. Lafourcade es autora de 67 publicaciones de las cuales, 61 tratan del derecho vasco privado y público del País Vasco continental⁶.

La preocupación por la condición femenina está presente desde la propia tesis doctoral, a la que siguen varias contribuciones que profundizan en la cuestión. *Mariages en Labourd sous l'Ancien Regime* (1978) fue el título de sus tesis dirigida por E. Dravasa, catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Burdeos⁷. Maïté Lafourcade situó su investigación doctoral en torno a hacia 1780, un tiempo en el que las costumbres de Labourd seguían vivas a pesar de las presiones de la legislación real y de los Parlamentos de Burdeos y Toulouse, que intentaron imponer las prácticas del Derecho escrito.

⁵ LAFOURCADE, M., Elkarrizketa, Itziar Alkorta eta Koro Garmendia, *Eleria*, 14 (2005), pp. 85-90.

⁶ Sobre el tema del derecho privado de País Vasco continental señalamos las siguientes aportaciones: *Quelque Traits Spécifiques du Droit Privé du Pays de Labourd, Azpilcueta: cuadernos de derecho*, 8 (1993), pp. 63-78; Sistemas de herencia y de transmisión de la propiedad en País Vasco continental bajo el Antiguo Régimen, *Vasconia: Cuadernos de historia - geografía*, 28 (1999) (Ejemplar dedicado a: Familia Euskal Herria = La familia en Euskal Herria: V Jornadas de Estudios Histórico-Locales), pp. 167-174; La résistance des Basques à la pénétration du droit romain. L'exemple du Pays Basque de France, *RIEV*, 52-1 (2007), pp. 81-94; La conception du droit de propriété en Vasconie Continentale sous l'Ancien Régime, *Iura Vasconiae*, 1 (2004), pp. 161-184; La société basque traditionnelle en País Vasco continental, *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País*, 62-22 (2006), pp. 247-263; Le statut juridique des groupes sociaux en País Vasco continental sous l'ancien régime, *Iura Vasconiae*, 3 (2006), pp. 159-192; La pratique actuelle du droit coutumier au Pays basque, *Cuadernos de Derecho Azpilcueta* (1998), pp. 78-97; La frontière franco-espagnole, lieu de conflits interétatiques et de collaboration interrégionale. En M. Lafourcade (coord.) *L'exode des Juifs d'Espagne vers Bayonne. Des rives de l'Ebre et du Tage vers Bayonne. Colloque International, 1492-1992*. Bordeaux: Press Universitaires de Bordeaux, 1998.

⁷ LAFOURCADE, M., *Mariages en Labourd sous l'Ancien Regime*, Leioa: Servicio Editorial de la UPV/EHU, 1989.

Cabe referir también además otros trabajos posteriores que se han ocupado de la condición jurídica de la mujer en el País Vasco continental en el Antiguo Régimen. Destaca el artículo *Le statut juridique de la femme basque au Pays Basque continental sous l'Ancien Regime* (2007) en el que la autora argumenta que existe una igualdad absoluta entre la capacidad jurídica reconocida a mujeres y a hombres dentro del régimen económico de la *coseigneurie* o sociedad familiar labortana⁸. En el mismo sentido pueden consultarse sus trabajos: «La condition juridique de la femme au Pays Basque continental, sous l'Ancien Régime»⁹ y «La condición jurídica de la mujer en País Vasco continental bajo el Antiguo Régimen»¹⁰. De forma tangencial, hace referencia a la mujer en otras contribuciones menores sobre la familia¹¹.

Desarrollamos a continuación el apoyo argumental que emplea la autora en la bibliografía referida para fundamentar la afirmación del igualitarismo absoluto entre hombre y mujer que se manifiesta en su opinión se predica dentro de la sociedad familiar labortana, y por extensión, de la costumbre propia del País Vasco continental (es decir, en Labourd, Basse Navarre y el Pays de Soule).

1.1. *Los contratos de matrimonio*

El contrato matrimonial del heredero o heredera constituía el acto más importante de la vida civil de los vascos, dirá la Dra. Lafourcade. Con ocasión del casamiento del primogénito o primogénita, los padres, de común acuerdo con el heredero y su cónyuge, redactaban un contrato matrimonial, que permitía la transmisión del patrimonio familiar de una generación a la siguiente y, en el mismo acto, se decidía el destino de todos los miembros de la familia.

⁸ Le statut juridique de la femme basque au Pays Basque continental sous l'Ancien Regime, *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País*, 63-1 (2007), pp. 21-36.

⁹ La condition juridique de la femme au Pays Basque continental, sous l'Ancien Régime, *Bulletin du Musée Basque* (1988), pp. 161-176.

¹⁰ La condición jurídica de la mujer en País Vasco continental bajo el Antiguo Régimen. En *Emakumea Euskal Herriko historian/La mujer en la historia de Euskal Herria*, Bilbao: IPES, 1988, pp. 59-64.

¹¹ El derecho privado de País Vasco continental en el antiguo régimen: la organización de la familia. En *Los derechos históricos vascos (actas del Congreso sobre los derechos históricos vascos celebrado en el seno del II Congreso Mundial Vasco, en Vitoria-Gasteiz, los días 13, 14, 15 y 16 de octubre de 1987)*, 1988, pp. 213-236; Les fors basques et les droits de l'homme, *Lapurdum: euskal ikerketen aldizkaria*, 8 (2003), pp. 329-348; Egalitarianism in traditional Basque society. En X. Arregi Gordoia, A. Hess (coords.), *The Basque moment: egalitarianism and traditional Basque society*, 2017, pp. 65-87.

Los testamentos eran residuales por lo que apenas se empleaban, a no ser que fuera necesario regular algún aspecto que había quedado pendiente en las escrituras del contrato matrimonial.

1.2. *La coseigneurie: un caso singular de sociedad familiar*

Las dos parejas a las que nos hemos referido, denominadas en la práctica notarial «señores viejos» y «señores jóvenes», concurrían al contrato matrimonial. En el caso de que vivieran, también firmaban los abuelos o el superviviente de entre ellos. Tres generaciones que habitaban bajo el mismo techo, todos con los mismos derechos sobre el patrimonio familiar del que eran meros administradores, ya que la casa familiar no podía enajenarse salvo en circunstancias extremas¹². Se preservaba así la unidad del patrimonio¹³.

Por el sistema de *coseigneurie* o coseñorío, la pareja mayor y la pareja joven se hacen cargo de la casa en términos de absoluta igualdad, dirá Lafourcade. La institución de la *coseigneurie* es única en Francia, donde las comunidades familiares de otros derechos territoriales se parecen a las del derecho romano «de tipo autoritario»¹⁴.

Para su administración, la casa se dividía en dos lotes. Cada pareja tenía el disfrute y la administración de su lote, pero no podía realizar enajenación alguna de bienes sin el consentimiento de la otra pareja, puesto que se consideraban copropietarios indivisos¹⁵.

En el epígrafe que dedica en su tesis doctoral al igualitarismo que ella advierte entre los cónyuges la autora afirma que: «El Derecho vasco está ani-

¹² En las parroquias de Urt, Guiche y Bardos, que dependían de la jurisdicción de Bidache y que habían sido anexionadas tardíamente a Labourd, así como en las parroquias situadas fuera del País Vasco, los padres se reservaban la «seigneurie majeure» de los bienes cedidos en matrimonio o procedían por institución de herederos, reservándose la gestión de sus bienes hasta su muerte. LAFOURCADE, M., *Mariages en Labourd*, op. cit., p. 121.

¹³ Art. 21 del título 9 de la *Coutume de Labourd*, art. 25 del título 24 de la *Coutume de Soule*. En Basse-Navarre, cada pareja podía disponer de la mitad de los bienes asignados en matrimonio: art. 8 del título 24 del Fuero. Cada pareja tenía un derecho de vigilancia sobre la otra y, si consideraban que los bienes estaban mal administrados, podían solicitar que se les confiara la totalidad del patrimonio con la responsabilidad de mantener a los malos administradores. Arts. 25 a 28 del título 9 de la *Coutume de Labourd*, arts. 30 y 31 del título 24 de la *Coutume de Soule*.

¹⁴ LAFOURCADE, M., *Mariages en Labourd*, op. cit., p. 57.

¹⁵ Arts. 1 y 6 del título 5 de la *Coutume de Labourd*, arts. 1 y 4 del título 17 de la *Coutume de Soule*. En Basse-Navarre, cada pareja podía disponer de la mitad de los bienes asignados en matrimonio: art. 8 del título 24 del *For*; pero, Lafourcade piensa que como se redactó tarde, este *For* no reflejaba muy bien el derecho vasco.

mado por un poderoso espíritu de comunidad y caracterizado por un profundo igualitarismo entre los sexos y entre los herederos de la casa»¹⁶.

En el Derecho labortano, era tal la igualdad entre las dos parejas en la gestión de la sociedad familiar creada a partir del contrato de matrimonio que, en caso de desacuerdo, cualquiera de ellas podía exigir la división de la administración del patrimonio familiar. En este caso, los peritos elegidos entre los vecinos formaban dos lotes iguales; los señores mayores disponían de tres días para elegir su parte, transcurridos los cuales la opción recaía en los señores menores¹⁷.

El mantenimiento del derecho de la pareja mayor sobre los bienes familiares, tuvo una consecuencia importante desde el punto de vista demográfico y social. Para retrasar el día en que tendrían que compartir sus bienes y derechos con su hijo o hija mayor y su cónyuge, los padres, que aún eran jóvenes, se mostraban reacios a consentir su matrimonio, y sólo cedían tras el nacimiento de uno o varios hijos, legitimados por el posterior matrimonio de su padre y su madre. Los jóvenes vascos, ignorando los decretos del Concilio de Trento y las ordenanzas reales, intercambiaban promesas de matrimonio ante el sacerdote y se consideraban, sin más formalidades, unidos ante Dios; más tarde, con el consentimiento de sus padres, solemnizaban su matrimonio.¹⁸ Así pues, Maïte Lafourcade destaca el hecho de que el número de nacimientos ilegítimos y de concepciones prematrimoniales era excepcionalmente elevado en el País Vasco; en el siglo XVIII alcanzaba del 25% cuando en el resto de Francia no llegaba al 2%.

1.3. *Transmisión de la casa al heredero o heredera*

El patrimonio familiar se transmitía de generación en generación a un responsable, denominado en los textos «heritier». Aunque, según Lafourcade, este término, de origen romano es inapropiado para el sentido que tenía la transmisión de la casa en el Derecho vasco¹⁹. En euskara se denominaba «etxerakoa», es decir, el que es para la casa o el «destinado a casa».

¹⁶ LAFOURCADE, M., *Mariages en Labourd*, op. cit., p. 29.

¹⁷ Art. 18 del título 9 de la *Coutume de Labourd*, arts. 21 y 22 del título 24 de la *Coutume de Soule*, art. 11 del título 24 del For de Basse-Navarre. En Soule y Basse-Navarre, en caso de fallecimiento del cónyuge heredero, el cónyuge dotal sólo tenía derecho a administrar una cuarta parte de los bienes.

¹⁸ La cohabitación era una práctica corriente en el País Vasco tardo cristiano desde la Antigüedad, institucionalizada con el nombre de «barraganía» en el Fuero General de Navarre de 1237. Continuó en el siglo XVIII, a pesar de los constantes esfuerzos de los obispos de Bayona por excomulgar a las parejas que cohabitaban. Véase el art. 16 del título 13, de las *Ordonnances synodales de Mgr. Guillaume d'Arche de 1749*, Bayonne: 1769.

¹⁹ LAFOURCADE, M., *Mariages en Labourd*, op. cit., p. 48.

Por lo general, el heredero se casaba con la hija segundona de otra heredad, o la heredera se casaba con un segundón. En este último caso, el cónyuge varón se incorporaba a la casa con una dote y tomaba el nombre de la casa de su esposa, y lo mismo sucedía con los hijos nacidos de su unión. Eran muy raros los casos, no favorecidos por la costumbre, de matrimonio entre dos herederos²⁰.

En Labourd, el heredero de la propiedad era el hijo o hija primogénita, independientemente de su sexo (art. 3 del Título 12 de la *Coutume*). La primogenitura constituía norma imperativa impuesta por la costumbre escrita. El estudio de la práctica notarial en Labourd llevado a cabo por Lafourcade, reveló que, incluso en vísperas de la Revolución, se respetaba escrupulosamente la costumbre en lo relativo a la transmisión de la herencia.

En cambio, en Soule y en Baja Navarra, donde el sistema señorial, favorecido por la monarquía, había arraigado más profundamente que en Labourd, el privilegio de masculinidad había penetrado más ampliamente. En estos territorios, la herencia masculina se imponía en muchas casas alodiales y aún más en las casas nobiliarias²¹. En cambio, las haciendas rurales de Haute Soule y las *fvatières* (casas, también llamadas censitarias, que pagaban un «feudo» o censo a un terrateniente) de Basse Soule, habían conservado el sistema ancestral.

El patrimonio familiar, los bienes troncales y a menudo también los bienes adquiridos cuando se incorporaban al patrimonio troncal por una cláusula específica del contrato matrimonial («biens avitins et papoaux»), se transmitían siempre al descendiente mayor, mujer o varón, con ocasión de su matrimonio. El derecho de primogenitura, según Lafourcade, respondía a la conveniencia de que el primer sucesor apto se hiciera cargo del patrimonio familiar.

Sólo se hacían excepciones a la regla de la primogenitura indistinta si el interés de la casa así lo exigía, como, por ejemplo, cuando el hijo mayor era

²⁰ En el estudio realizado por la profesora Lafourcade, entre 1774 y 1789, el 82,42% de los contratos matrimoniales implicaban a un heredero o heredera y a un segundón o segundona, de los cuales el 51% eran herederos y el 49% herederas. Entre segundones el número de contratos de matrimonio ascendía al 14,67% (277). En cambio, los matrimonios entre dos hijos o hijas herederos, que dieran lugar a la fusión de dos patrimonios, fueron muy raros. La costumbre desaconsejaba tal solución, y de hecho sólo el 2,91% de los capítulos matrimoniales reflejan este tipo de unión. LAFOURCADE, M., *Mariages en Labourd*, op. cit., p. 85.

²¹ En la herencia nobiliaria, el privilegio de la masculinidad, de origen feudal, se había impuesto en la época en que se redactó la *Coutume*, en 1341 (Art. 1 del Título 12 de la *Coutume*). Aunque la introducción del principio de masculinidad fue solo parcial, ya que, si había hijos de diferentes matrimonios y si el primer matrimonio sólo tenía hijas, el mayor excluía a los hijos de los otros matrimonios, «quil en y ait de masles» (Art. 2 del Título 12 de la *Coutume*).

enfermizo o «poco inclinado al matrimonio» en expresión de la costumbre²². Entonces renunciaba a sus derechos mediante acta notarial, en favor del siguiente en el orden de nacimiento, con la condición de que al renunciante se le alojara, alimentara y proporcionara todo lo necesario en el hogar familiar.

Si la pareja no había tenido hijos se realizaba un convenio de filiación, a favor de un sobrino o sobrina, o incluso de un sirviente o sirvienta que trabajara en la casa y en sus tierras. En este caso, el contrato matrimonial suscrito en favor de este prohijado o prohijada iba siempre acompañado de una sustitución fideicomisaria en favor del descendiente mayor de cada futura generación.

Las actas notariales estudiadas por la profesora bayonesa revelan que del conjunto de los contratos matrimoniales en los que se ordenaba la sucesión, el 51% correspondía a varones y el 49% a mujeres²³. La igualdad de los sexos ante el fenómeno hereditario era pues patente en el Derecho labortano.

1.4. *La dote: conformación y casos de reversión*

La dote del advenedizo o advenediza a la casa se entregaba por los padres de esta a los padres del heredero o heredera con motivo del matrimonio.

El término fue tomado del Derecho romano, pero no parece haber sido utilizado en la práctica del Derecho privado del siglo XVI en el País Vasco, ya que los redactores de la *Coutume de Labourd* sintieron la necesidad de precisar su significado, explicando que se trataba de la «dote o donación por nopces».²⁴ Los juristas franceses del siglo XIX entendieron que la dote recogida en las Costumbres de Labourd era la dote romana, pero Lafourcade demuestra que se trataba de un simple préstamo lingüístico debido a los magistrados del Parlamento de Burdeos, encargados de redactar la costumbre, que habían sido educados en el Derecho común. El préstamo tomado de la terminología romana es considerado superficial por la Dra. Lafourcade: «El sistema matrimonial vasco no tenía nada de romano. Los redactores de las costumbres adaptaron el régimen matrimonial vasco a la terminología romana, pero sin transformar su significado»²⁵.

Según la autora, la originalidad del Derecho privado vasco en el punto relativo a la dote residiría en el hecho de que la aportación de ambos cónyuges (la aportación del advenedizo o advenediza a la casa y la aportación del here-

²² LAFOURCADE, M., *Mariages*, op. cit. p. 127-131.

²³ LAFOURCADE, M., *Mariages*, op. cit. p. 38-39.

²⁴ Art. 12 del Título 9 de la *Coutume de Labourd*.

²⁵ LAFOURCADE, M., *Mariages*, op. cit., p. 54.

dero o heredera) seguían un iter completamente distinto al de la dote romana. En el caso de que hubiera hijos se consolidaba el régimen económico familiar fundiéndose los dos patrimonios en un mismo régimen, en cambio, si el matrimonio no tenía hijos, las aportaciones de ambos volvían a su procedencia de origen en el momento de disolución del matrimonio: el advenedizo a la casa recuperaba su parte y la familia recuperaba la casa»²⁶.

La dote la aportaban generalmente los amos de la casa natal de la casadera o casadero a otra casa, pero podía aportarla cualquiera: la propia novia con el fruto de su trabajo y sus ahorros, un tercero o el marido si quería casarse con una muchacha demasiado pobre para entrar en su casa. Pagada en metálico, se entregaba a los padres del futuro heredero o heredera, que la empleaban «en beneficio y uso» de su hogar. Normalmente, se utilizaba para pagar las deudas del hogar, proporcionar dote a los hijos menores, realizar reparaciones u otras obras en la casa, etc. Su uso se especificaba en el contrato matrimonial, o en el recibo si se pagaba después del matrimonio. Para garantizar su reversión, que como se ha visto, tenía lugar cuando uno de los cónyuges fallecía sin descendencia, se constituía una hipoteca sobre los bienes del cónyuge heredero²⁷.

En cuanto nacía un descendiente, la dote se incorporaba *ipso facto* al patrimonio del heredero destinado a perpetuar la casa. A su vez, el cónyuge de dote se convertía entonces en dueño o parte integrante de la casa a la que se había casado. Según la profesora Lafourcade, hasta que hubiera hijos el régimen económico en la práctica era de separación de bienes, y en el momento en el que nacían los hijos se convertía en régimen de comunidad universal o de hermandad.²⁸

1.5. *El usufructo de la viuda*

Disuelto el matrimonio, el viudo o viuda, indistintamente, disfrutaba del usufructo de los bienes del difunto hasta el matrimonio de su hijo mayor²⁹.

²⁶ Si era el cónyuge dotal el que fallecía primero, la dote se devolvía a los señores de su lugar de nacimiento, o al menos la parte de la dote constituida por sus legítimas y derechos hereditarios. En Labourd y Soule, este derecho de retorno era imprescriptible; se abría a la muerte del último descendiente (art. 15 del Título 9 de la *Coutume de Labourd*).

²⁷ En Soule, la *Coutume* precisó que el cónyuge heredero tenía una hipoteca preferente sobre los demás acreedores, salvo el rey y el señor, pero este privilegio se limitaba a la última dote (arts. 21 a 23 del título 29). El *For* de Basse-Navarre, por su parte, especificaba que el cónyuge de dote no tenía privilegios sobre los acreedores hipotecarios anteriores al matrimonio (art. 11 del título 25), pero obligaba a la persona que recibía la dote a colacionarlo en un fondo solvente (art. 10).

²⁸ LAFOURCADE, M., *Mariages*, op. cit., p. 120.

²⁹ Art. 12 del título 9 de la *Coutume* de Labourd, art. 11 de la rúbrica 24 de la *Coutume* de Soule, art. 7 de la rúbrica 25 del *For* de Basse-Navarre.

Las viudas podían volver a casarse en el domicilio del difunto esposo, pero, el heredero casado no estaba obligado a alimentar al segundo cónyuge de su madre o padre advenedizos, ni a los hijos nacidos del segundo matrimonio, que tampoco tenían derecho a los bienes del predecesor.

Todas estas normas eran las mismas tanto si el cónyuge dotal era el marido como la mujer. No había distinción entre sexos.

1.6. *La capacidad de mujer casada*

La igualdad entre las dos parejas dentro del hogar también se daba dentro de cada pareja. Marido y mujer, *socia mariti*, administraban conjuntamente el patrimonio común.

Cualquier acto de disposición requería el consentimiento de ambos³⁰. La esposa podía incluso tener voto de calidad sobre su marido si era la heredera, por ejemplo, si había desacuerdo sobre el matrimonio del primogénito, prevalecía la decisión de la madre³¹.

Formalmente, la Costumbre declaraba que el marido era el jefe de la comunidad de bienes³². Según la Costumbre, el marido puede disponer de las adquisiciones realizadas por ambos cónyuges durante su matrimonio, cualquiera que sea su origen, salvo los bienes adquiridos por su mujer «en mercancías o por su industria» para lo cual necesita su consentimiento³³. Este principio, ajeno al Derecho vasco se introdujo con motivo de la redacción las costumbres en el siglo XVI.

Sin embargo, la práctica notarial estudiada por la profesora labortana revela que la mujer casada podía disponer libremente de su parte de bienes no gananciales *inter vivos* o por testamento³⁴. La Costumbre autorizaba a las mujeres para disponer de los bienes gananciales para las necesidades de su oficio

³⁰ Art. 6 del título 9 de la *Coutume de Labourd*, art. 5 del título 24 de la *Coutume de Soule*.

³¹ Art. 10 del Título 12 de la *Coutume de Labourd*.

³² Así figura en el primer artículo del título relativo a los derechos matrimoniales en la *Coutume de Labourd*. Sin embargo, el artículo 15 del título 9, que enumera los derechos del cónyuge supérstite sin posteridad, no hace referencia a ninguna participación en los bienes, y el artículo 16 impone al cónyuge supérstite la obligación de pagar la mitad de las deudas contraídas durante el matrimonio con su sola dote. Pero la *Coutume de Soule* y el *For de Basse-Navarre* son menos ambiguos; el art. 18 del título 24 de la *Coutume de Soule* obliga al cónyuge supérstite adventicio sin hijos a pagar las deudas de la comunidad con su parte de bienes, que es la mitad si es varón y sólo un tercio si es mujer.

³³ Art. 2 del título 9 de la *Coutume de Labourd*, art. 2 del título 24 de la *Coutume de Soule*. El *For de Basse-Navarre*, redactado un siglo más tarde, no prevé esta libertad de la esposa que ejerce una profesión distinta: art. 2 de la rúbrica 25

³⁴ Art. 11 del título 9 de la *Coutume de Labourd*, art.10 del título 24 de la *Coutume de Soule*.

cuando ella era comerciante, para el mantenimiento de los bienes cedidos en matrimonio y para la alimentación de los hijos nacidos de su unión³⁵. Aparte de estos tres casos, una obligación contraída por una mujer sola no era nula, como en el resto de Francia, pero sus efectos quedaban simplemente suspendidos hasta la muerte de su marido, que consolidaba el acto de disposición.

1.7. *Derechos de sucesión de las hijas segundonas*

Con respecto a las expectativas sucesorias de los hijos e hijas segundones, la libertad de los padres era absoluta; sólo se les exigía «casar a los hijos e hijas moderadamente, teniendo en cuenta la calidad de los bienes del linaje»³⁶. En una época en la que la legitimidad romana había penetrado en otras costumbres, esta libertad concedida a los padres era una particularidad del derecho vasco.

Como se ha dicho, era en el momento del matrimonio del hijo heredero cuando se fijaban los derechos de cada hijo. Consistía en una suma de dinero, a menudo bastante modesta y desigual para cada descendiente. Las hijas recibían además muebles, ropa blanca y efectos diversos en concepto de ajuar; los contratos matrimoniales muestran que esta aportación representaba alrededor de un tercio de la dote que recibían.

Los derechos legales y sucesorios de cada hijo o hija menor se transmitían a éstos cuando abandonaban el hogar familiar o se casaban. Los derechos sucesorios representaban en este último caso, la dote que el hijo o la hija menor aportaba al hogar de su cónyuge heredero o segundón. En el resto de los casos, en cuanto abandonaban su lugar de nacimiento con su parte, fuera cual fuera, los hijos menores se quedaban «sin pan y sin olla», quedando excluidos de la sucesión de su padre y de su madre³⁷.

Solo una pequeña parte de las hijas segundonas se casaba a una casa solarienga convirtiéndose en señora de la casa por vía matrimonial. Aunque se desconoce el porcentaje, numerosas mujeres fueron apartadas del mercado matrimonial de la época, pero si se atiende a las grandes sumas que debían apartarse

³⁵ Art. 9 del título 9 de la *Coutume* de Labourd, art. 8 del título 24 de la *Coutume* de Soule.

³⁶ Art. 21 del título 12 de la *Coutume* de Labourd, art. 35 del título 27 de la *Coutume* de Soule, art. 4 de la rúbrica 27 del *For* de Basse-Navarre, y darles una parte de sus bienes, «por pequeña que sea», Art. 3 de la rúbrica 11 del *Coutume* de Labourd, art. 3 de la rúbrica 26 del *Coutume* de Soule, art. 4 de la rúbrica 27 del *For* de Basse-Navarre, es decir, un mínimo de cinco soles. No se hacía distinción entre niños y niñas.

³⁷ Art. 20 del título 12 de la *Coutume* de Labourd, art. 7 de la rúbrica 27 del *For* de Basse-Navarre. La *Coutume* de Soule no reproduce este artículo, pero la exclusión de los hijos establecidos debió de ser una costumbre establecida tanto en Soule como en Labourd y Basse-Navarre.

en concepto de dote y a un sistema hereditario tendente a favorecer a un solo hermano, parece que la cantidad de excluidas tuvo que ser enorme.

En cualquier caso, las hijas recibían mejor dote que los hijos ya que estos tenían más posibilidades de medrar fuera de casa. Cuando los recursos de la familia no alcanzaban para dotar a todos los hermanos, algunos hijos o hijas eran desheredados o apartados. Así, mientras algunos se beneficiaban de la posibilidad de establecer un buen intercambio entre casas, otros eran casados con miembros de familias de menor rango, y unos pocos se veían apartados o privados de la herencia y debían permanecer en soltería, que las condenaba en la mayor parte de las ocasiones a permanecer en la casa familiar bajo la tutela de los padres.

La comunidad se esforzaba por ayudar a estas mujeres carentes de dote a través de donaciones caritativas, pero para la mayoría de las segundonas o apartadas, la solución pasó por quedarse en el domicilio familiar en calidad de célibes, trabajando para su hermano sucesor a cambio de sustento. Otras entraron a servir a alguna casa más fuerte y se esforzaron por reunir una cantidad de dinero que las permitiera entrar en el mercado matrimonial, y muchas fueron a parar a conventos o beaterios³⁸.

Esta exclusión de los hijos emancipados iba en contra no sólo del derecho romano, sino también de la tendencia general del derecho consuetudinario, de la doctrina y de la jurisprudencia de la época. El parlamento de Burdeos la consideró «odiosa», y por tanto de derecho restringido, y admitió acciones para suplir las pretensiones legítimas. Pero, las impugnaciones, dirá Lafourcade, seguían siendo excepcionales, dado el gran respeto de los vascos por su hogar y sus costumbres ancestrales. Pocos se atrevían a quebrantar la ley del grupo y reclamar ante los tribunales. Como atestiguan los laudos arbitrales que figuran en los archivos notariales, si estaban descontentos el litigio se resolvía extrajudicialmente por medio de árbitros elegidos entre los vecinos valoraban el patrimonio y determinaban la parte de cada uno.

Si los padres fallecían intestados antes de que el hijo heredero contrajera matrimonio y con motivo de la celebración del se fijaran los derechos de los demás hijos, el heredero estaba obligado en Labourd a dar a sus hermanos la cuarta parte de la legítima³⁹.

³⁸ LAFOURCADE, M., *Le statut juridique de la femme*, p. 34.

³⁹ Art. 20 del título 12 de la *Coutume* de Labourd. Esta tímida referencia a la legítima debió introducirse en la *Coutume* de Labourd en el momento de su redacción, bajo la influencia de los comisarios reales que presidían la asamblea de publicación y que, procedentes del *Parlement* de Burdeos, estaban imbuidos del derecho romano. La *Coutume* de Soule no ha reproducido esta disposición, pero precisa que el heredero sólo está obligado a dotar a sus hermanas «si sirven en la casa, o en otra casa aprobada por él» (art. 34 del título 27 de la *Coutume* de Soule) omite cualquier referencia a los hermanos varones. En Basse-Navarre, la parte de cada hijo se fijaba, en

La Dra. Lafourcade llega a la conclusión de que diferenciación fundamental, entre herederos y segundones, atraviesa el conjunto del sistema y constituye la primera causa de discriminación en la sociedad rural labortana. Pero, esta circunstancia no impide a la autora afirmar que: «En el País Vasco, la mujer era jurídicamente igual al hombre. La separación no era entre sexos, sino entre el heredero del patrimonio familiar y los demás hijos de la familia que eran excluidos de la herencia»⁴⁰.

2. Investigaciones posteriores

Aunque el estudio y recuperación del derecho vasco continental iniciada por Maïté Lafourcade apenas si han tenido continuadores, existen importantes contribuciones científicas que se han ocupado extensamente del estatuto jurídico de la mujer en el derecho histórico de País Vasco continental desde la historiografía, la antropología social y la demografía histórica.

En primer lugar, destaca la aportación de Anne Zink, catedrática de Historia Moderna de la Universidad Clermont-Ferrand-II e investigadora adscrita a l'*École des Hautes Etudes en Sciences Sociales* (EHESS) de París.

La Dra. Zink se especializó en las comunidades rurales del suroeste de Francia bajo el Antiguo Régimen⁴¹. Su trabajo de investigación se basa en el

este caso, por «cuatro de los parientes más próximos» (art. 8 del título 27 del *For* de Basse-Navarre).

⁴⁰ LAFOURCADE, M., Le statut juridique de la femme basque au Pays Basque continental sous l'Ancien Regime, *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País*, 63-1 (2007), pp. 21-36.

⁴¹ Sobre esta cuestión señalamos: Zink, A., *Azereix. La vie d'une communauté rurale à la fin du XVIIIe siècle*, Paris: S.E.V.P.E.N., 1969; *Pays et paysans gascons sous l'ancien régime*, Lille 3: ANRT, 1987; *Clochets et troupeaux: Les communautés rurales des Landes et du Sud-ouest de la France avant la Révolution*, Talence: Presses universitaires de Bordeaux, 1997; *Pays ou circonscriptions: Les collectivités territoriales de la France du Sud-Ouest*, Paris: Publications de la Sorbonne, 2000; *La Coutume et la pratique. Les contrats de mariage à la limit de l'Auvergne et du Bourbonnais*. En R. MOUSNIER et J. POUMARÈDE (éds.), *La Coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne*, Toulouse: Presse Universitaires du Mirail, 2001, pp. 201-213; *Vous avez des archives? Veillez sur elles, Archives juives*, 1 (2001), pp. 125-128; Les éditions des Coutumes d'Auvergne, *Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, 26 (2001), pp.133-170; *Les privés à Bayonne au XVIIIe siècle. Domaine privé, domaine public, Siècles. Cahiers du centre d'histoire Espaces et Cultures*, 14, (2001), pp. 127-138; *Les Bayonnais, le roi, la France et la guerre*. En S. AUDOIN-ROUZEAU, A. BECKER, S. COEURÉ, V. DUCLERT, F. MONIER (DIRS.), *La politique et la guerre. Pour comprendre le XXe siècle européen. Hommage à Jean-Jacques Becker*, Edition Agnès Viénot, Paris: Noésis, 2002, pp. 416-430; *Réflexions sur les justices seigneuriales au XVIIIe siècle*. En F. Brizay, A. Follain et V. Sarrazin, *Les Justices de Village. Administration et justices locales de la fin du Moyen Âge à la Révolution*, Rennes: Presses universitaires de Rennes, 2002, pp. 341-354; Jacob Mendes de Came. En *Identités juives*

estudio de grandes volúmenes de documentos recogidos en archivos locales, reconstruyendo a partir de este estudio la vida de las comunidades.

Bajo la dirección de Pierre Goubert, dedicó su tesis doctoral a la transmisión de la casa en la zona rural del suroeste francés⁴². Basándose en análisis comparativo de leyes, costumbres y actas notariales del año 1760, provenientes de las distintas regiones del suroeste (Pirineos Atlánticos, Altos Pirineos, Landas y Gers), así como en los trabajos previos sobre estas regiones de J. Poumarèd y P. Ourliac, en su memoria de tesis doctoral, Anne Zink examina cómo se transmitía la explotación familiar («lar») en las familias pirenaicas occidentales, prestando especial atención al País Vasco francés.

Cabe señalar que la Dra. Zink difiere en ciertos aspectos de las conclusiones de Lafourcade, especialmente en lo referente a la extensión territorial de ciertas costumbres. La práctica de transmitir el patrimonio íntegro al heredero se extiende, según Zink, por los Pirineos centrales y orientales, desde el Col du Tourmalet hasta el golfo de Bizkaia, abarcando las regiones de Bigorre, Béarn, Soûle, Baja Navarra y Labourd. Señala, además, que, en estas regiones de heredero único, existen cláusulas que atenúan la rigidez de la regla de primogenitura y tienden hacia la igualdad, como el derecho de alimentos para los hermanos no herederos o la obligación moral de dotar a las hijas segundonas.

Por otro lado, la investigadora observa que el sistema de primogenitura absoluta o integral a la hora de transmitir la herencia es considerado una consecuencia de un modo de vida pirenaico o de montaña. Las casas cuentan con derechos de pasto en el comunal de montaña, cuya capacidad está limitada a un número de cabezas de ganado. La viabilidad de la cabaña ganadera depende del número de casas y de sus derechos sobre el comunal de pastos. Es pues importante para la economía de subsistencia que practica la comunidad, que haya un número estable de casas con derechos vecinales sobre el comunal. Con este fin, las comunidades pirenaicas se adhieren a

et chrétiennes. France méridionale XIVE-XIXe siècles. Etudes offertes à René Moulins, réunies par G. Audisio, R. Bertrand, M. Ferrières, Y. Grava, Paris: PUP, 2003, pp. 257-270; Aux débuts de la communauté de Clermont-Ferrand, *Archives juives. Revue d'histoire des juifs de France*, (2003-1), pp. 89-99; L'émergence de Saint-Esprit-lès-Bayonne. La place d'une ville nouvelle dans l'espace juif à l'époque moderne, *Archives juives. Revue d'histoire des juifs de France*, 2004, pp. 9-27; Saint-Esprit, une ville à la champagne. En J.-P. POUSSOU, *Les petites villes du Sud-Ouest de l'Antiquité à nos jours*, Actes du colloque d'Aiguillon, organisé en mai 2000 par la Société d'Histoire des Petites Villes, *Revue de l'Agenais*, (janvier-mars 2004), pp. 213-222; L'Auvergne et ses familles entre le sud et le nord. En Actes du 96e congrès national des sociétés savantes, CTHS, Paris: 2005, pp. 14-31.

⁴² La tesis fue defendida en 1985. La publicación se producirá una década después: ZINK, A. *L'héritier de la maison. Géographie coutumière du Sud-Ouest de la France sous l'Ancien Régime*, Paris: E.H.E.S.S., 1993.

un complejo mecanismo de instituciones jurídicas consuetudinarias que interactúan entre ellas.

En primer lugar, la primogenitura asegura la sucesión indivisa de la casa evitando así su partición y la consiguiente proliferación de casas con derecho a pasto. En segundo lugar, el retracto de linaje y las prohibiciones de disponer de bienes troncales junto con la reversión de la dote evitan que la casa salga de la familia. Finalmente, la coseigneurie o gobierno por parte de las dos parejas, permiten es mantener la memoria de la casa y la viabilidad de la explotación. En conjunto, el sistema da como resultado un «maltusianismo necesario a la supervivencia de la casa» y no tanto la renuncia de los «amos viejos» de ceder a los jóvenes el control de la casa⁴³.

La Dra. Zink advierte también el fenómeno de la edad tardía a la que tienen hijos las familias labortanas, pero a diferencia de Lafourcade, concluye que la razón principal es, de nuevo, la adecuación del tamaño de la familia a los recursos de los que disponían las casas.

Por su parte, la socióloga labortana Marie Pierre Arrizabalaga⁴⁴ analiza la práctica notarial en el País Vasco durante el siglo XIX, comparándola con los estudios previos de Maité Lafourcade correspondientes a fines del XVIII, para entender qué ocurrió con la costumbre de transmisión indivisa de la casa tras la entrada en vigor del Código civil⁴⁵.

Esta autora comparte con Lafourcade la idea de que en el Antiguo Régimen las mujeres vascas conservaban ciertos derechos gracias a la primogenitura plena. Sin embargo, con la introducción del Código civil, las condiciones cambiaron junto con las costumbres sociales. En este nuevo escenario, los varones prefirieron dejar la casa solariega para probar suerte en la ciudad que ofrecía mejores oportunidades de trabajo o en las colonias de ultramar.

⁴³ ZINK, A., *L'héritier de la maison*, op. cit., p. 261.

⁴⁴ Es profesora de la Universidad parisina de Cergy Pontoise. En junio de 2003 participó en el coloquio «Les femmes des deux côtés des Pyrénées: leur rôle dans la mutation socio-économique», organizado por el Centre de Recherches Historiques de Paris y la sociedad de estudios vascos Iker. En 2006 contribuyó Dedicado a las VIII Jornadas de Historia Local: discursos y prácticas de género. Mujeres y hombres en la historia de Euskal Herria, con un artículo sobre Droits, pouvoirs et devoirs dans la maison: la place des hommes et des femmes au sein des familles basques depuis le XIXe siècle, *Vasconia*, 35, pp. 155-183.

⁴⁵ Es conocido el intento de D'Abaddie de preservar el derecho propio de las provincias del País Vasco continental a través de una encuesta sobre la adhesión a la costumbre sucesoria, de la concluye que se mantenía viva en 1800. Vid. MONREAL ZIA, G., El ideario jurídico de Antoine d'Abbadie. En *Antoine d'Abbadie, 1887-1897. Congrès International, Hendaia-Sara*, Donostia: Eusko Ikaskuntza/Sociedad de Estudios Vascos, 1998, pp. 411-422.

Mientras que las mujeres, como en el pasado, seguían recibiendo lo que sus padres estaban dispuestos a darles como herederas o cónyuges de herederos, los hombres se negaron a someterse a la autoridad de sus padres hasta su muerte. Preferían renunciar a la condición de heredero de la casa, cobrando una dote, a veces muy grande para casarse con una heredera más rica y exigir escrituras legales para comprar las participaciones de los coherederos con el fin de adquirir nuevos e importantes como copropietarios de la casa de la heredera.

Como consecuencia, a partir de la segunda mitad del siglo, se observa que los padres dejaban la casa con más frecuencia a las mujeres, que eran más complacientes con el mantenimiento del poder sobre la casa. La Dra. Arrizabalaga llega a la conclusión de que en la época estudiada tres de cada cinco herederos son mujeres⁴⁶.

Aquellas mujeres que no heredaban la casa siguieron enfrentándose a una movilidad social descendente si se casaban con hombres de zonas rurales o urbanas. Por ello, algunas optaban por la emigración o el celibato para mantener cierto grado de autonomía. Pero, Arrizabalaga demuestra que las emigrantes labortanas en los Estados Unidos de fines del siglo XIX reprodujeron estrategias para conservar la costumbre de transmitir la herencia a las primogénitas⁴⁷.

Como conclusión, la profesora dirá que las mujeres vascas del siglo XIX no fueron iguales a los hombres, sino que se enfrentaron a muy diferentes destinos según su posición hereditaria y elecciones personales posteriores.

⁴⁶ Así pues, la primogenitura plena estaba en declive, todavía mayoritaria en la primera mitad del siglo XIX (52,2% de la segunda generación, la mayoría de las hijas), pero minoritaria en la segunda mitad del siglo (38,7% de la tercera generación, la mayoría de las hijas). Esta tendencia no era exclusiva del País Vasco en la misma época. En otros lugares de los Pirineos, tras la introducción del Código Civil, cada vez más familias eligieron a sus hijas mayores o menores como únicas herederas, mientras que sus hermanos, mayores o menores, herederos naturales y sistemáticos bajo el Antiguo Régimen, prefirieron emigrar. En consecuencia, también en estas regiones el papel de heredera recayó cada vez más en las hijas, mayores o menores, que, como en el País Vasco, no dudaron en asumir las responsabilidades de ama de casa, que tradicionalmente correspondían a sus hermanos. ARRIZABALAGA, M.-P., *Droits, pouvoirs et devoirs dans la maison*, op. cit., p. 165.

⁴⁷ Vid. ARRIZABALAGA, M.-P., *Women, Inheritance and Empowerment: French Basque Women's Adaptation to Legal Systems across Spaces, Times and Places*, *L'Homme*, 31-11, (Apr. 2020), pp. 1- 53.

III. ESTUDIOS SOBRE LA CONDICIÓN FEMENINA EN EL FUERO DE BIZKAIA

A diferencia de lo que ocurre en País Vasco continental, la historiografía jurídica de Bizkaia cuenta actualmente con numerosos cultivadores de su Derecho privado. Sin embargo, esta literatura iushistórica apenas se ha ocupado de las cuestiones de género, salvo la excepción debida a la Dra. Itziar Monasterio Aspiri a cuya obra nos referiremos a continuación.

1. El estudio de Itziar Monasterio

Itziar Monasterio Aspiri, es profesora jubilada de Derecho Civil de la Universidad de Deusto. A lo largo de su andadura académica ha abordado temas de investigación como la comunicación foral, la dote, la vecindad civil vasca, las sociedades civiles y los procesos civiles en la Chancillería de Bizkaia⁴⁸.

⁴⁸ Las aportaciones más relevantes de la profesora MONASTERIO ASPIRI en materia de Derecho Civil vasco son las siguientes: La sucesión contractual. En R. OSSA ECHABURU, R. (coord. y dir.), *VI Jornadas Vizcaya ante el siglo XXI / Bizkaia XXI. mendearen aurrean, VI. Jardunaldiak. Actualización del Derecho civil vizcaíno y Jurisprudencia*, Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia, 1988, II, pp. 289-327; *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*. Prólogo de Jesús Delgado Echevarría, Bilbao: Universidad de Deusto, 1994; Los pactos sucesorios en la Ley del Parlamento Vasco 9/1992, de 1 de julio. En *Derecho civil foral vasco*, Vitoria-Gasteiz: Consejo General del Poder Judicial y Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, 1995, pp. 178-217; Derecho consuetudinario de Vizcaya: observaciones al proyecto de apéndice del Código civil para Vizcaya y Álava. En N. Vicario de la Peña, I. Monasterio Aspiri (ed. lit.), Bilbao: Diputación Foral de Bizkaia / Universidad de Deusto, Servicio de Publicaciones, 1995; La familia en Bizkaia y su régimen jurídico, *Revista de Derecho Aragonés*, 4, 1-2 (1998), pp. 37-64; El pacto sucesorio y la disposición de la herencia a favor del sucesor único. *Vasconia: Cuadernos de historia-geografía*, 22 (1999), pp. 217-233; *Selección de procesos civiles ante los Tribunales Forales de Bizkaia (1635-1834)*. Colección de jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), tomo 1, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1ª edición, 2002; Los tribunales de Bizkaia en el antiguo régimen a la luz de los textos legales y de los procesos civiles. En *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* / coord. por J. I. Echano Basaldua; J. M. Lidón Corbi 2002, pp. 1151-1170; *Gobierno y bienes de los menores en los procesos civiles ante los Tribunales Históricos de Bizkaia (1642-1902)*. Colección de jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), Tomo 2, volumen 1, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2004; *Gobierno y bienes de los menores en los procesos civiles ante los Tribunales Históricos de Bizkaia (1750-1887)*. Colección de jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), tomo 2, volumen 2, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2004; La familia en Bizkaia y su régimen jurídico, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 5 (2005), pp. 31-64; *Contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio. Dote y pacto sucesorio en Bizkaia (1641-1785)*. Colección de jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), tomo 3, volumen 1, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2005; La condición jurídica de la mujer en el derecho civil-foral de Bizkaia, *Iura Vasconiae*, 3 (2006), pp. 249-281; Pactos sucesorios y sucesión intestada, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 4 (2007), pp. 127-14; *Contratos sobre bienes con ocasión del matrimo-*

Posiblemente, su aportación más significativa consiste en el ambicioso proyecto de publicación de fuentes documentales notariales y judiciales custodiadas en los Archivos Históricos de los tres Territorios, Araba, Bizkaia y Gipuzkoa.

A la profesora Monasterio se debe la Colección de Jurisprudencia Civil Foral (siglos XVII-XIX), respaldada por diversas instituciones territoriales. Los volúmenes publicados hasta la fecha corresponden a cinco tomos que recogen 239 procesos civiles sustanciados ante los Tribunales Civiles de Bizkaia en los siglos XVII-XIX. Cada uno de estos volúmenes contiene un estudio introductorio en el que se realiza un análisis jurídico del contenido del libro, y están dotados de cinco índices⁴⁹.

Su tesis doctoral, bajo la dirección del catedrático de Derecho civil Javier Javier Delgado Echeverría, consistió en el estudio histórico de más de medio millar de pactos sucesorios otorgados en la Merindad de Durango entre

*nio. Dote y Pacto Sucesorio en Bizkaia (1788-1857). Colección de jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), tomo 3, volumen 2, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2007; Régimen económico de Comunicación Foral de Bienes (1687-1859). Colección de jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), tomo 4, volumen 1, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2009; Régimen económico de Comunicación Foral de Bienes (1862-1870). Colección de jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), tomo 4, volumen 2, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2009; Vecindad vizcaína (1630-1830). Selección de procesos sobre sociedades civiles (1782-1886). Colección de jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), tomo 5, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2009; Obligaciones y contratos en el derecho civil de Bizkaia, Álava-Araba y Gipuzkoa: análisis de fuentes documentales (ss. XVI-XIX). En I. Monasterio Aspíri (dir.), Irati Basoredo, *Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*, Bilbao: Comisión de Bizkaia, 2012; De los pactos sucesorios. Sección primera. Disposiciones Generales (Artículos 100 a 103). Capítulo III. En *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. A. Urrutia Badiola, (dir./coord.). Bilbao: Academia Vasca de Derecho, 2016, pp. 143-153; *Sociedades civiles del País Vasco (1560-1799)*. En *Colección de jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX)*, tomo 5, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2018.*

⁴⁹ La temática de cada uno de los tomos y volúmenes es la siguiente: Tomo I: Selección de Procesos Civiles sobre diversas materias resueltos por los Tribunales Forales de Bizkaia (1635-1834); Tomo II: vols., 1.º y 2.º Gobierno y bienes de los menores de edad (1642-1902); Tomo III: vols., 1.º y 2.º Contratos Sobre Bienes Con Ocasión Del Matrimonio, Dote y Pacto Sucesorio (1641-1857). Recogen los procesos civiles resueltos en jurisdicción contenciosa; Tomo IV: vols., 1.º y 2.º Comunicación Foral De Bienes. (1642-1902). Recogen los procesos resueltos en jurisdicción contenciosa, tratándose en muchos casos de cómo tiene lugar la disolución del régimen económico de comunicación foral por muerte de uno de los cónyuges sin hijos o con hijos; Tomo V: Vecindad Vizcaína (1630-1830). Selección de Procesos sobre Sociedades Civiles (1782-1886). Recoge los procesos civiles seguidos en los siglos XVII-XIX para la obtención de la vecindad vizcaína y las pruebas que han de practicarse; Tomo VI: vols. 1.º y 2.º Sobre Cofradías De Mareantes En El País Vasco (1627-1914); Tomo VII: vol. 1.º y 2.º Sociedades Civiles del País Vasco (1560-1799), 2019; Tomo VIII: Vol. 1.º y 2.º Admeterías y aparcerías del País Vasco (1524-1868).

los años 1823 y 1833⁵⁰. A partir de este trabajo inicial la profesora Monasterio Aspíri fue invitada a desarrollar una ponencia dedicada a la condición jurídica de la mujer en el Derecho civil de Bizkaia, con motivo del V Symposium de la Fundación *Iura Vasconiae*, dedicado al «Estatuto jurídico de los grupos sociales en los territorios de Vasconia: desde la Edad Media hasta nuestros días». Dicha ponencia se publicó posteriormente en la Revista *Iura Vasconiae* de la que extraemos a continuación las ideas principales⁵¹.

Según Monasterio el sistema civil foral de Vasconia se inspira en la idea de la equiparación plena del hombre y la mujer en derechos y obligaciones civiles. En Bizkaia, en particular, la mujer ocupa un lugar preeminente dentro de la familia y de la sociedad, que se traduce en una plena equiparación con el marido y hermanos. Este principio de igualdad que se incardina en una cultura jurídica diferente a la del Derecho común, basada aquella en los principios de igualdad, sentido social y libertad⁵².

1.1. *El régimen económico matrimonial: en especial, la comunicación foral*

En el Señorío de Bizkaia se contemplaba un sistema distinto al sistema ganancial vigente en el régimen económico castellano. Se trata del régimen foral de la comunicación de bienes⁵³, parejo a los contratos de hermandad que también se daba en otros territorios forales.

Siendo la costumbre la primera fuente del Derecho en Bizkaia, la autora advierte que ley no se ocupa de plasmar por escrito la regulación completa que recibe una institución, sino que, en algunos casos como la comunicación foral de bienes, se limita a colmar lagunas existentes que han sido reguladas por la costumbre, guardando silencio en aquello que ya hubiera sido regulado por la costumbre inmemorial. Esta circunstancia ha determinado, dirá Monasterio,

⁵⁰ MONASTERIO ASPIRI, I. *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*. Prólogo de Jesús Delgado Echevarría, Bilbao: Diputación Foral de Vizcaya / Universidad de Deusto, 1994.

⁵¹ La condición jurídica de la mujer en el derecho civil-foral de Bizkaia, *Iura Vasconiae*, 3 (2006), 249-281.

⁵² Véase en este mismo sentido lo afirmado por Gregorio Monreal, «Llama la atención el estatuto de la mujer, estuviera o no casada. En el marco del Derecho histórico europeo, la condición jurídica de la mujer vizcaína se sitúa entre los ordenamientos que conceden a esta el disfrute de derechos más o menos similares al hombre. En concreto, hay una simetría casi completa en el campo patrimonial. Su consentimiento es necesario para la venta de sus bienes, y no responde con ellos de las secuelas civiles o criminales que ocasionen la conducta antijurídica del marido. La misma dirección de autonomía de la mujer sigue la variada casuística que suscitan las deudas civiles y las fianzas que contraiga este». MONREAL ZIA, G., *Fuentes del Derecho Histórico de Bizkaia*, Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 132.

⁵³ La comunicación foral está regulada tanto en los Fueros locales de Durango de 1342, Fuero de Albedrío de las Encartaciones de 1503, como en los Fueros Territoriales de Vizcaya, Fuero Viejo de 1452 y Nuevo de 1526.

que la regulación de la comunicación foral de bienes, en particular, sea de dudosa y compleja interpretación en el punto relativo a su comienzo⁵⁴, cuestión sobre la cual, la profesora ha sostenido que la comunicación de bienes nace con el matrimonio⁵⁵.

El principio general en los textos escritos mencionados es que, en virtud de la comunicación foral de bienes, la mujer participa por igual con el marido de los bienes del matrimonio, y tiene con su esposo «hermandad». Lo que significa que: «todos los bienes muebles e raíces que el marido e la muger oviesen fuesen comunes e oviesen a medias, aunque el marido obiese muchos bienes e la muger nonada, o la muger muchos bienes y el marido nonada»⁵⁶. La comunicación implica, por tanto, la creación de una sociedad conyugal universal de bienes en la que el patrimonio de ambos esposos, tanto el aportado como las posteriores conquistas o ganancias, se fundían en una sola masa que pasaba a pertenecer a los dos por partes iguales⁵⁷. Una vez nacido el régi-

⁵⁴ La comunicación de bienes ilustra esta regulación sucesiva o por capas a la que se refiere Monasterio: el Fuero Nuevo se limita a completar la regulación legal de la comunicación, es decir, en el Fuero Viejo se detalla cuando nace la comunicación de bienes entre los cónyuges y qué efectos produce, mientras que el Fuero Nuevo dispone qué ocurre con los bienes a la disolución del matrimonio, diferenciando dos supuestos: que haya descendencia, en cuyo caso hay comunicación de bienes; que no la haya, en cuyo caso vuelven los bienes a su procedencia.

⁵⁵ Ya que, según Monasterio, en caso contrario, incurriríamos en un error que dejaría como letra muerta y vacías de contenido las siguientes leyes: 1. Constante matrimonio, el marido no puede vender bienes algunos pertenecientes en su mitad a la mujer, aunque esos bienes aportados al matrimonio provengan del marido. FN 20,9. 2. Constante matrimonio, por deudas, delito o fianza del marido no puede ser embargada la mitad perteneciente a su mujer, porque esta mitad queda destinada a los alimentos de la familia, FN 20,7. Aquí se está refiriendo a los bienes aportados por los cónyuges y no a los conquistados, dado que éstos últimos pueden venderse para pago de deudas, FN 20,6. 3. El cónyuge viudo cuando el matrimonio se ha disuelto sin descendencia tiene derecho de usufructo sobre su mitad por espacio de 1 año y 1 día, FN, 20,2. En este caso, al no quedar descendencia, sabemos que no tiene lugar la comunicación por muerte, luego su mitad, a la que se refiere el Fuero, es la recibida por comunicación al celebrarse el matrimonio. 4. Constante matrimonio, marido y mujer de forma conjunta o cada uno separadamente puede disponer de su mitad a favor de los hijos por donación o manda. FN 21,6. 5. Constante matrimonio, los bienes adquiridos y del mismo modo los heredados sean comunes a medias. FN 20,4 Aquí junto a los bienes gananciales se está refiriendo a los bienes heredados. MONASTERIO ASPIRI, I., *La condición jurídica de la mujer...*, p. 267.

⁵⁶ «Que habían de uso é costumbre é por fuero que cuando cualquier hombre con la mujer ó la mujer con el hombre casaseá ley é bendición según la Santa Madre Iglesia manda, que todos los bienes muebles ó raíces que el marido ó la mujer hobieren fueren comunes é hobieren á medias, aunque el marido hobiese muchos é la mujer non nada, ó la mujer muchos y el marido non nada, é que ansi ordenaban é ordenaron que valiese según fasta aquí fue usado é acostumbrado, como en esta ley se contiene (...)» (FV 117). Véase la edición crítica del Fuero Viejo, fijada por el profesor MONREAL ZIA, G., *The Old Law of Bizkaia (1452)*. Reno (Nevada): Center for Basque Studies. University of Nevada, 2005, p. 122.

⁵⁷ Sobre el régimen económico de la comunicación foral puede consultarse MONASTERIO ASPIRI, I. (dir.), *Régimen económico de comunicación de bienes (1687-1859)*, vol. I, Vito-

men, este guardaba exacta memoria de las aportaciones de cada uno, que solo se fusionaban definitivamente al pasar a los descendientes legítimos, y que en ausencia de estos revertían por separado al tronco originario⁵⁸.

Este régimen se regula en el título 20 del Fuero Nuevo, dedicándose su ley 1 al asunto: «Que los bienes de el marido, y muger se comuniquen, muriendo con hijos; y como se han de partir, no los teniendo»⁵⁹.

Por su parte, el Fuero de Albedrío de las Encartaciones (FAE) de 1503 regula la comunicación de forma más completa, disponiendo que:

si el matrimonio se disuelve por muerte, todos los bienes muebles sean partidos por mitades entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto, dado que el marido y la mujer son ameteros en todos los bienes muebles a partir de la celebración del matrimonio.

Mientras que, respecto a los bienes inmuebles o raíces, «serán ameteros si el marido a la mujer o la mujer al marido se adotaren en dichos bienes raíces por carta» (FAE 2.2).

Volviendo al Fuero de Bizkaia, señala la autora que en el Fuero Viejo el sistema de comunicación de bienes coexiste y se superpone sobre el sistema de arras (FV 96, 97 y 100), presentando estas dos instituciones gran semejanza en lo que concierne a su gestión y destino a los hijos e hijas del matrimonio. De forma complementaria, se dispone que las arras se comuniquen entre los cónyuges: «cuando algun home casare con alguna mujer é la mujer con el home, que los muebles bienes é raíces de ambos á dos hayan de por medio á medio, asi la propiedad como el usufructo» (FV 96)⁶⁰.

ria: Deusto, Gobierno Vasco, 2009, pp. 14-20; MARTIN OSANTE, L. C., *El régimen económico matrimonial en el Derecho foral vizcaino*, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 128-186.

⁵⁸ MONASTERIO ASPIRI, I., *Régimen económico de comunicación*, op. cit., p. 151.

⁵⁹ «Habían de Fuero, y establecían por Ley, que casados Marido y Muger legítimamente, si huvieren hijos, ó decendientes legítimos de en uno, y quedaren de aquel Matrimonios vivos (siendo suelto el Matrimonio) todos sus bienes de ambos, y dos, muebles, y rayces, assi en posesión como en propiedad (aunque el Marido haya muchos bienes, y la Muger no nada, ó la Muger muchos, y el Marido no nada) sean comunes a medias y haya entre ellos hermandad, y compañía de todos sus bienes. Y en caso de que el Matrimonio se disuelva sin Hijos, ni Decendientes (por ser toda la raíz de Vizcaya troncal) que si el tal matrimonio ambos Marido, y Muger, ó alguno de ellos troxiere dote, ó donación bienes raíces: los tales se buelban, y queden con el que los truxo: Y s alguno de ellos vino a Casa, y Casería del otro con dote, ó donación de muebles, y semoviente; que suelto el tal Matrimonio sin Fijos, el tal, ó sus herederos, ó sucesores salgan con lo que truxo, y con la mentad de los mejoramientos, y multiplicado constante Matrimonio». (FN. 96).

⁶⁰ Para Monreal Zia, las arras del Fuero Viejo se distancian tanto de la dote visigoda como de la romana. Tienen carácter dual, pueden constituirse en bienes inmuebles, su cuantía es ili-

Por otra parte, la Dra. Monasterio observa que el marido requiere consentimiento de la mujer para disponer válidamente de los bienes de la mujer. Cita al efecto la Ley 122 Fuero Viejo, encabezada con este epígrafe: «Que el marido non pueda vender bienes raíces de la mitad que pertenece a la mujer»⁶¹, y el Fuero Nuevo, ley 9, Título 20: «Que el marido no pueda vender bienes sin otorgamiento de la mujer»⁶². Aunque esta ley 9 del Fuero Nuevo solo se refiera expresamente a la venta y no a la enajenación, se entiende que por ningún título el marido podrá traspasar a un tercero el dominio de sus bienes raíces sin contar con el consentimiento de la esposa. Así, el título 117 del Fuero Viejo recriminaba al marido que hubiese enajenado los bienes raíces de la mitad perteneciente a la mujer, aunque vinieran de la parte perteneciente al marido.

Analizando estos artículos, Monasterio afirma que «el Fuero trata de dar una participación a la mujer en plano de igualdad con el hombre en todos aquellos asuntos que le conciernen»⁶³. Esta interpretación es coincidente con los documentos de los siglos XVIII y XIX constantes en el Archivo Foral de Bizkaia consultados por la profesora, en los que marido y mujer comparecen y otorgan conjuntamente la constitución de censos, arrendamiento y ventas.

Por otra parte, destaca la regla de inembargabilidad de la mitad de los bienes de la mujer por deudas del marido (FV 120⁶⁴, FN 20, 7⁶⁵). Además, el Fuero Viejo indicaba que si los bienes se vendieran para pagar una deuda del marido debía dejarse a salvo la mitad de la hacienda común en virtud de la comunicación foral (FN.119). El Fuero Nuevo seguía los mismos principios,

mitada y deben sujetarse a unas formalidades tanto para su formalización como para su entrega. MONREAL ZIA, G., *The Old Law of Bizkaia*, op. cit., p. 45.

⁶¹ «[...] que ningunos bienes raíces que a la mujer pertenecieren en la su mitad, non pueda vender ni enajenar el marido sin otorgamiento de la mujer é si lo hiciere non vala, aunque los tales bienes raíces vengan de parte del marido».

⁶² «Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que constante Matrimonio, el Marido no pueda vender bienes algunos raíces, muebles y semovientes, que no sean ganados durante Matrimonio, pertenecientes en la su mitad á la Muger, sin otorgamiento de la Muger, aunque los bienes provengan de parte del Marido».

⁶³ MONASTERIO ASPIRI, *La condición jurídica de la mujer*, op. cit., p. 261.

⁶⁴ «[...] que si por deuda o fianza que el marido ficiere se vendieren sus bienes dél, ó cuando quisiere demediar en los bienes que quedaren de la mujer que non lo pueda facer ni haber parte en los que á ella fincaren, pero que se puedan mantener el marido y la mujer con el usufructo de los tales bienes en su vida, é después de su muerte los tales bienes que á ella fincaren todos enteramente, sean de la mujer para facer de ellos lo que quisiere, sin parte del marido ni sus herederos».

⁶⁵ «[...] que vendida la mitad de los bienes pertenecientes al Marido, constante Matrimonio, por deuda, ó delito que haga, y por Fianza, si quisiere de mediar haver su meytad en la otra meytad de su Muger, que no lo pueda haver; Antes sea enteramente de la Muger, constante Matrimonio; con que de ello se alimenten Marido, y Muger, y hijos; sin lo enagenar».

pero introducía la posibilidad de saldar las deudas maritales con los bienes gananciales (FV 20,6).

Del tenor literal de estos preceptos se desprende, según la autora, que la mitad perteneciente a la mujer de los bienes comunicados no puede ser vendida por deuda o delito del marido, mientras que los gananciales pueden ser vendidos por sus deudas, no sólo la mitad sino en su totalidad.

Aunque esta mitad comunicada, perteneciente a la mujer, quedara destinada a los alimentos de la familia por lo que el Fuero antepone la familia a los acreedores en aquellos casos en los que las deudas de uno de los cónyuges o las responsabilidades derivadas de la comisión de un delito, dejaran en peligro los alimentos de la familia. Sin tener en cuenta su fortuna o el número de miembros de la familia, dispone que la mitad de los bienes aportados y comunicados, queden bajo la administración de la mujer para los alimentos, sin que puedan ser enajenados.⁶⁶

Finalmente, como institución clave dentro del régimen económico matrimonial, se refiere Monasterio a la comunidad o sociedad familiar. La cual, de forma similar a la sociedad labortana, se constituye por dos matrimonios, el de los padres y el de los hijos sucesores. Se trata de una institución de origen consuetudinario, forjada a finales del siglo XVII, que hunde sus raíces en el principio de libertad de pacto y disfrute compartido de los bienes productivos familiares, principios que inspiran el conjunto del sistema jurídico de familia.

La sociedad nace de común acuerdo entre ambas parejas y se formaliza con motivo de la designación de sucesor o sucesora, mediante pacto sucesorio, como se verá más adelante. Cada matrimonio es miembro de la comunidad en plano de igualdad, participando por parejas tanto en su gobierno como en su adecuado funcionamiento, y disfrutando a medias de sus ganancias y asumiendo también a medias las pérdidas.

La asociación o comunidad familiar persigue distintos objetivos, apunta Monasterio: tener un colaborador en la explotación del patrimonio familiar; posibilitar la renovación de fuerzas y conocimientos al servicio de su explotación, aportar a la casa una dote en dinero, que trae consigo quien contrae matrimonio con un sucesor; y, por último —este sería el elemento más importante según la autora—, «formar y adiestrar bajo la atenta supervisión de los padres, al joven matrimonio en el ejercicio del cargo de sucesor»⁶⁷.

⁶⁶ MONASTERIO ASPIRI, I., La condición jurídica de la mujer, op. cit., p. 261.

⁶⁷ MONASTERIO ASPIRI, I., La condición jurídica de la mujer, op. cit., p. 165.

1.2. *La viudedad, en especial, el usufructo viudal*

La viudedad suponía un cambio transcendental en el estatus de las mujeres casadas. En el ámbito doméstico, desde el fallecimiento del esposo muchas quedaban como cabeza de familia, adquiriendo así mayores márgenes de libertad para gestionar la hacienda y decidir sobre el destino de los hijos.

En concreto, en el ámbito patrimonial, las viudas adquirirían mayor capacidad jurídica al estar facultadas para realizar contratos por sí mismas. De esta forma, el Fuero Viejo de Bizkaia esbozaba con naturalidad que las viudas se obligasen o contrajesen deudas (FV, 129).

No obstante, durante la administración viudal, teniendo en cuenta que el patrimonio que gestionaban también pertenecía a los hijos, las viudas buscaron casi siempre el consenso de los parientes del esposo fallecido a la hora de actuar para evitar litigios. Recuérdese además que no podían enajenar bienes a no ser que fuera estrictamente necesario para resolver una situación económica de necesidad.

En ocasiones, las viudas quedaban solas al frente de patrimonios endeudados. Si se volvían a casar, las segundas nupcias ponían en peligro la convivencia de la viuda con los hijos, así como su continuidad frente a la comunidad de bienes que administraba. En este aspecto, fue habitual que el marido estableciese en su testamento la extinción de los beneficios concedidos si la viuda volviera a casarse.

Desde el punto de vista sucesorio, el Fuero Viejo de Bizkaia establecía que las viudas podían mandar al hijo o hija que así lo deseara que heredaran los bienes dados en arras a la madre (FV 103). Esto suponía que, junto al hijo o hija sucesora, ellas tenían una autoridad nada desdeñable pues le correspondía a ellas decidir sobre el destino de la herencia. Sus capacidades podían ampliarse si el marido otorgaba «alkar poderoso» o poder testatorio general, al que haremos referencia más adelante. En los documentos analizados, Monasterio refiere que muchas viudas otorgaron contratos de casamiento de sus hijos decidiendo sobre el casamiento y la transmisión del patrimonio⁶⁸.

Por otra parte, las viudas pudieron ejercer la tutela de los hijos menores. El derecho foral autorizaba a designar tutor testamentario. Con la Recepción del derecho común la facultad femenina para ejercer esta función quedó circunscrita a las madres y abuelas. En los siglos XIV y XV ellas fueron las tutoras⁶⁹,

⁶⁸ MONASTERIO ASPIRI, I., *La condición jurídica de la mujer*, op. cit., p. 183.

⁶⁹ Anotamos que, según Monasterio, el derecho foral vasco más antiguo apostaba por tutelas colegiadas, y no prohibía al supérstite contraer nuevo matrimonio. El Fuero Viejo de Bizkaia (130) prevé la tutela colegiada a la muerte de cualquiera de los padres fuera tutor, indicando que se eligiera a un tercero para el cargo. La tutela se negaba a los progenitores porque el hijo estaba sometido a ellos de forma natural, y con la designación de un tercero tan solo se trataba de dar

pero su posición difirió del varón viudo, ya que la tutela del padre era automática mientras que la de la madre debía ser autorizada por el Alcalde.

En cambio, el Fuero Nuevo de Bizkaia (FN. 22, 1) introdujo notables cambios al señalar la prioridad del padre a la hora de designar un tutor para sus hijos, que no solían recaer en la madre. Si el padre moría ab intestato, la tutela correspondía a la madre, pero la potestad materna cesaba cuando los hijos alcanzaban la edad de los 14 años, mientras el padre podía permanecer en el cargo hasta su emancipación.

Además, la tutela de la progenitora no debía contravenir el mandato testamentario en el caso de que existiera, que podía obligar a compartir el cargo con el consejo de parientes —lo que ocurría frecuentemente cuando la viuda era muy joven o carecía de patrimonio la familia—.

Las tutoras, como representantes de sus hijos, estaban autorizadas a llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para gestionar adecuadamente las haciendas. Así aparecen ellas en la documentación tomando parte en todo tipo de obligaciones, compraventas, arrendamientos, permutas, etc. Eran también las encargadas de la defensa del patrimonio de sus tutelados, y de concertar los matrimonios de los mismos, como se ha dicho ya.

Las viudas, que fueron libres para acudir en su propio nombre a juicio, a diferencia del resto de las mujeres casadas o solteras, contaron con un privilegio procesal denominado *Pragmática de las viudas*, que les permitió elegir en qué instancia judicial querían ser juzgadas, al entenderse en la época que estaban en una situación de vulnerabilidad por carecer de parientes varones que las protegieran.

En cuanto a la figura central del usufructo viudal, se daban distintas soluciones al caso de que el matrimonio falleciera con o sin descendencia⁷⁰.

Cuando el matrimonio fallecía con hijos, los principios del régimen de comunicación de bienes en los Fueros vizcaínos, vigentes también en las «hermandades» que se constituyeron en Gipuzkoa de modo consuetudinario, pos-

autoridad a los parientes del cónyuge premuerto. MONASTERIO ASPIRI, I., La condición jurídica de la mujer, op. cit., p. 178.

⁷⁰ Recuérdese que en la mayor parte de Araba, las villas realengas de Gipuzkoa y, donde se aplicaba la legislación castellana en Bizkaia las viudas tuvieron garantizada la recuperación de sus bienes privativos y la mitad de los gananciales. A partir de esta base mínima podían obtener más patrimonio a través de la mejora y de la ampliación del usufructo por vía testamentaria. En la zona foral vizcaína se daban distintas variantes según sus fueros. En la mayor parte de estas villas regía el Fuero Real que permitía a los esposos, tuviesen o no descendientes, cederse mutuamente cuantos bienes propios deseaban de manera vitalicia. Cuando lo hacían, si había hijos lo habitual era que la viuda fuese traspasando una parte de la herencia del premuerto a medida que se iban casando, conservando en sus manos la parte que les permitía vivir en su vejez.

tulaban la división de la comunidad en dos mitades iguales: una mitad para el cónyuge superviviente y la otra mitad para los hijos o hijas.

El Fuero Viejo de Bizkaia (128-129) manifestaba que era usual hacer perdurar la comunidad entre hijos menores y el viudo, hasta la boda del sucesor de la casa. Llegado este momento, los bienes raíces troncales se partían por la mitad entre ellos, (FV 103). Pero, como la foralidad abogaba por el traspaso íntegro de la casa familiar a un solo sucesor, era común que los progenitores viudos permaneciesen en la casa en calidad de usufructuarios vitalicios de la mitad correspondiente al premuerto, con el derecho a que el hijo donatario costase su manutención y su entierro (FV 182). En 1526 este sistema pasó al Fuero Nuevo de Bizkaia bajo las mismas reglas. Se mantuvo la posibilidad de revocar las donaciones por ingratitud del donatario (FN. 34, 22); la facultad del donante para enajenar parte de la hacienda dada si se incumplía la obligación de sustentarle (FN. 23, 1; 23, 3; 27, 8); la limitación de la responsabilidad de los bienes donados con cargas de alimentos por deudas de los donatarios (FN. 23, 2); así como el derecho de reversión de las donaciones en caso de premoriencia del donatario (FN. 20,17).

El Fuero de Duranguesado postulaba que el hijo heredero de mayor grado quedaba obligado a mantener a los donantes y cumplir con sus honras fúnebres, garantizando esta obligación mediante fiadores. Especificaba además qué productos debían entregarse a cambio de la donación de la casa y en qué cantidades; y si sobre este particular hubiere conflicto, la cuestión debía someterse al arbitraje de «tres homes buenos»⁷¹.

El Fuero Reformado de las Encartaciones aludía a aquellos que en su vejez decidían «darse a manutención», obligando a los donatarios a dar un fiador para que, llegado el caso de incumplimiento, el juez pudiera compelerlos⁷².

En el caso de que el matrimonio falleciera sin hijos, si estaba adscrito al régimen de comunicación de bienes, entraban en juego las reglas de la troncalidad, anulándose, como hemos visto, la comunicación y revirtiendo los bienes de cada esposo a su tronco originario.

No obstante, el viudo podía seguir siendo usufructuario de la mitad de la sociedad conyugal. Así lo establecía el fuero de Durango, con el límite de que no pudiese enajenar bien raíz. Los parientes estaban obligados a admitir la posición del viudo, aunque fuese advenedizo al solar y debían aguardar a su fallecimiento para activar la reversión troncal⁷³. Con posterioridad, en el

⁷¹ MONASTERIO ASPIRI, I., La condición jurídica de la mujer, op. cit., p. 251.

⁷² ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, J. *Fuentes jurídicas medievales del Señorío de Vizcaya. Fueros de las Encartaciones, de la Merindad de Durango y de las Ferrerías*, Bilbao: Sociedad de Estudios Vascos = Eusko Ikaskuntza, 1994, p. 78.

⁷³ ENRÍQUEZ, J., Fuentes jurídicas medievales, op. cit., p. 89.

Fuero Viejo de Bizkaia (FV 124), el usufructo viudal pasó a ser operativo únicamente si los esposos lo recogían expresamente en el testamento mancomunado, regla que pasó posteriormente al Fuero Nuevo (FN. 20, I).

El Fuero Reformado de las Encartaciones remitía a soluciones similares. Solo un segundo matrimonio o el amancebamiento público podían privar al viudo o viuda de este derecho, aunque se admitía también un tercer sistema consistente en que, aunque haya posterior matrimonio, se pueda usufructuar la mitad de los bienes del difunto con hijos, y que al fallecimiento del cónyuge supérstite la mitad revierta a los parientes tronqueros.

Las fuentes notariales reflejan una fuerte correspondencia entre la norma y la práctica social, según observa Monasterio⁷⁴. Destaca en concreto que, cuando se trataba de sucesión intestada, la viuda solía optar por recibir sus bienes privativos y la mitad de las ganancias obtenidas a lo largo de la unión, debiendo desprenderse de la parte del marido para entregarlo a los herederos de éste. Los hijos e hijas podían obligar a la madre a entregarles la herencia paterna, aunque ocurría en muy contadas ocasiones. Cuando el marido testaba, pero decidía no dejar el usufructo a la esposa, el juez solía conceder el derecho a permanecer en la casa del marido a la viuda por un año.

1.3. *Pacto sucesorio y el alkar-poderoso*

A la vista de los contratos matrimoniales del pasado analizados por la profesora Monasterio y su equipo, se constata que era costumbre arraigada en Bizkaia el que la elección de sucesor o sucesora en el patrimonio familiar tuviera lugar con motivo del matrimonio del hijo o hija elegido, quedando recogida tal designación en las escrituras del contrato matrimonial. Como hemos referido más arriba, en el marco del pacto sucesorio, concertado entre los padres instituyentes y los hijos instituidos, tiene lugar el pacto de comunidad familiar y precisamente el régimen jurídico trazado para la comunidad familiar sirve como estatuto normativo que articula el pacto sucesorio⁷⁵.

Tratándose de patrimonios productivos no se esperaba al momento de la muerte para designar sucesor, sino que esto se hacía en vida mediante pacto sucesorio concertado con el sucesor o sucesora⁷⁶. En este sistema, el testamento tiene de ordinario un carácter meramente residual, en el que se hace un recuento final o balance de cómo quedaron atendidos cada uno de los hijos en

⁷⁴ MONASTERIO ASPIRI, I., Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaino, op. cit., pp. 74 y ss.

⁷⁵ MONASTERIO ASPIRI, Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaino, op. cit., pp. 397-459.

⁷⁶ IMAZ ZUBIAUR, L., *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, Barcelona: Colegio Notarial de Cataluña / Marcial Pons, 2006, p. 67.

el momento de su acomodo y se establecen pequeñas compensaciones a quien menos recibió.

Tanto el Fuero Viejo como el Nuevo de Bizkaia dedican una ley a la regulación del poder testatorio y al testamento por comisario. Fuero Viejo, ley 127, «Título del testamento fecho por poder»⁷⁷. Fuero Nuevo, ley 3, título 20.⁷⁸

Cuando los hijos son aún menores de edad, la autora advierte en los contratos matrimoniales la presencia de la cláusula de «alkar-poderoso» o poder testatorio general, el cual se incorpora comúnmente como penúltima cláusula del documento. Tratando de evitar las consecuencias del *abintestato*, el joven matrimonio manifiesta que se confieren mutuamente poder testatorio en previsión de una muerte repentina de cualquiera de los dos (aunque el Fuero Viejo hablaba también de «amigos y parientes»).

Esta institución deja constancia de que el Fuero posibilita a los cónyuges el que se otorguen poderes recíprocos, de modo que el sobreviviente teste en nombre del que fallezca primero. La institución era particularmente útil para

⁷⁷ «De los Comisarios, y como pueden elegir heredero. [...] Otro si por quanto acaece muchas veces que algunos homes ó mujeres non pueden ordenar sus testamentos é mandas ó aunque puedan non quisieren declarar su postrimera voluntad para facer sus testamentos é establecer herederos, é dan poder á otros parientes é amigos, é los maridos á las mujeres, é las mujeres á los maridos para que después de su muerte en su logar puedan facer mandas é testamentos é para dar é distribuir é partir entre sus herederos todos sus bienes muebles, é raices como quisieren é por vien tovieren, é se duda si el tal poderío, é lo que por virtud de él fuese mandado, después de la muerte del testador deben valer ó non, e queriendo quitar esta duda, dijeron que ordenaban é establecian, que quando quier que algunos home ó mujer dieren tal poderio a algunos, é el marido á la mujer, ó la mujer al marido, vala todo lo que por los tales que ansi fuee dado tal poderio fuere fecho, é ordenado é mandado, ansi como si el testador mesmo en su vida hobiese fecho é ordenado». (FN. 3, 20).

⁷⁸ De los Comisarios, y como pueden elegir heredero. [...] que por quanto muchos en su fin, non pueden ordenar, ni hacer sus testamentos y mandas, é aunque pueden, no quieren declarar su postrimera voluntad; y dan poder á álgunos, sus partes, ó amigos, ó Muger al Marido, ó el Marido á la Muger, para que fallecido el que havia de testar, hagan los tales Comisarios el tal testamento, y institución, ó instituciones de herederos; y puede ser que el tal fallecido ha dexado Hijos, ó decendientes, ó profincos, que le han de suceder, pupilos, y pequeños, y de tal edad, y condicion, y calidad, que los Comisarios non pueden convenientemente elegir, ni instituir entre los tales menores, qual es mas idóneo, ó hábil, ó suficiente, ó conveniente á la Casa, para heredar, ó regir toda la Casa y Caseria; y a esta causa por facerse las tales elecciones entre niños, y tan breve, á vezes no sucede bien. Por ende, que establecian, que el tal poder y comision valiesse; con que los Comisarios, puedan hacer la eleccion, y institución, y nombramiento de heredero, ó herederos, si los hijos, ó decendientes, ó profincos, é tronquero del Testador, fueren al tiempo que el testador fallece de edad de poderse casar; y en tal caso, tengan los tales Comisarios termino de año y dia, para hacer la institución, ó instituciones: Pero si los tales hijos, o sucesores fueren de edad pupilar, lo Comisarios tengan termino para instituir todo el tiempo, que los tales hijos, ó sucesores, fueren menores de edad, y disposición de se poder casar, é dende un año cumplido, y dentro de este termino, en cualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal eleccion, o institución. (FV 127).

posibilitar una acertada elección de sucesor cuando, a la muerte del poderdante, no se hubiera designado un sucesor o sucesora idóneo en la casa debido a la corta edad de los descendientes.

Se trata de una institución con gran arraigo en Bizkaia, a pesar de su condena por el Derecho común moderno⁷⁹. En el Fuero no había huella de la concepción restrictiva que el derecho común proyectó sobre esta institución, ya que admitió como válido el ejercicio del poder testatorio «como si el testador mismo en su vida obiere fecho e ordenado», y afirmó la habilitación del apoderado para instituir heredero y distribuir entre ellos los bienes del difunto. El Fuero Nuevo (21, 3) señalaba expresamente su utilidad para cuando los hijos eran menores y resultaba difícil tomar una decisión en relación al idóneo para suceder en la propiedad de la casa.

Monasterio subraya que desde el punto de vista del género, la reciprocidad de los cónyuges en la institución de apoderado general confirma que la mujer, tanto social como personalmente, era reconocida por sus cualidades de responsabilidad y buena administración⁸⁰.

1.4. *La libertad de elección de sucesor o sucesora*

Al tratar de principios de Derecho sucesorio vizcaíno los autores suelen declarar que rige el principio de libertad de testar⁸¹. Pero, ¿qué significado tiene esta expresión en un territorio donde existía una legítima colectiva muy amplia junto con la institución de la troncalidad? Monasterio dirá que se trata más bien de la libertad de elección de sucesor o sucesora; los padres pueden elegir sucesor o sucesora en el patrimonio familiar, sin que rija el principio de masculinidad ni primogenitura: puede ser elegida la mujer, aunque todos sus hermanos sean varones, porque —como dice el Fuero— se elegirá al que sea más idóneo, hábil y conveniente para la casa, independientemente de su sexo.

⁷⁹ Los poderes testatorios están prohibidos en el Código civil español, donde el testamento es por naturaleza un acto personalísimo; no obstante, estos poderes estaban permitidos en el Derecho de Castellano que precedió al Código. En concreto el Fuero Real 3, 5, 7 autorizaba el que se otorgaran poderes y más tarde, en vista de los abusos cometidos por los comisarios, se establecieron restricciones en la Ley 31 de Toro.

⁸⁰ MONASTERIO ASPIRI, I., *Pactos sucesorios*, op. cit., p. 89.

⁸¹ Sobre la libertad de testar en los estatutos normativos, véase GIL RODRIGUEZ, J., *Instituciones y modelos en el Derecho civil vasco: cauces (comunes) y condicionantes familiares (específicos) en el Derecho sucesorio vasco*. En Heras Hernández, Pereña, Delgado Martín (dirs.), *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, 2015, pp. 893-908. En este trabajo se establece una comparativa entre los distintos ordenamientos territoriales en función de esta variable y ordenados en escala de libertad menguante: Ayala-Navarra, libertad irrestricta; Bizkaia-Aragón, legítima colectiva; Cataluña y Galicia, legítima escasa y meramente crediticia; Baleares-Valencia in fieri, legítima imprecisa, corta y variable; Estado-sobrante País Vasco, legítima larga, invariable e individual.

No olvidemos, dirá Monasterio, que al designado sucesor o sucesora le imponían una serie de cargas y obligaciones en beneficio de los restantes miembros de la familia, circunstancia por lo que algunos consideran que tal nombramiento es más un honor que un favor⁸².

Recuerda la autora que esta elección debe hacerse, además, respetando el orden de preferencia establecido por el Fuero, es decir, descendientes legítimos, ascendientes legítimos y colaterales tronqueros, exigiéndose el apartamiento de los no elegidos. Analiza en su trabajo los artículos referidos a la forma en que los padres pueden dejar la hacienda a un solo hijo, apartando a los demás⁸³.

Monasterio pone de relieve que el principio de equiparación plena de la mujer con el hombre en el ámbito sucesorio, sin que exista limitación alguna para que pueda ser elegida sucesora, se extiende, además de la casa, a cualquier otro patrimonio productivo de la época.

Del mismo modo corresponde a la mujer heredera de la hacienda, sola o conjuntamente con su marido, la elección de sucesor o sucesora guardando el orden y preferencia anteriormente indicados (FN. 21, 6).

En la elección de sucesora, además de sus cualidades personales y morales para el cargo, intervienen otros factores como puede ser la posibilidad de casar a las hijas con varón que aporte una dote en dinero; la disposición de la pareja para formar comunidad familiar con los padres mayores, la falta de vocación o aptitudes en los hermanos varones para llevar a cabo la explotación del patrimonio, etc.

Llegados a este punto, habría que preguntarse cuántos casos de herederas había (y cuántas mujeres eran herederas incluso cuando tenían hermanos). Desgraciadamente, no es posible dar cifras absolutas, responde Monasterio 84. Cabe señalar que los documentos de nombramiento de herederos no siempre dan detalles sobre la existencia de otros hijos; además, muchos libros bautismales han desaparecido por lo que es imposible cruzar los datos de las familias. En consecuencia, no siempre es factible determinar la existencia de hermanos varones o la muerte de hermanos varones antes de que las mujeres fueran nombradas herederas. Finalmente, que, aunque no aporta datos estadísticos precisos de la práctica notarial analizada, la autora advierte que existe

⁸² MONASTERIO ASPIRI, I., La condición jurídica de la mujer, op. cit., p. 256.

⁸³ «[...] que cualquier hombre ó muger, que oviere Hijos de legítimo Matrimonio, pueda dar, assí en vida, como en el artículo de la muerte a uno de sus Hijos, ó Hijas legítimos, ó a su nieto, y descendiente de su Hijo, ó Hija legítima que haya seydo fallecido, todos sus bienes, muebles, y rayces, apartando con algún tanto de tierra, poco, ó mucho á los otros Hijos ó Hijas, y descendientes, aunque sean de legítimo Matrimonio». (FN. 11,21).

⁸⁴ MONASTERIO ASPIRI, I., La condición jurídica de la mujer, op. cit., p. 270.

igualdad en la sucesión del patrimonio, «realizándose así en la práctica la equidad a la que se refiere el Fuero».

1.5. *La dote del advenedizo o advenediza*

Hemos dicho que, en Bizkaia, a diferencia de lo que ocurre en el derecho común, la dote puede ser aportada tanto por el hombre como por la mujer advenedizos a la casa. Así, el Fuero Nuevo dirá que «si alguno de ellos vino a Casa, y Casería el otro con dote»⁸⁵.

Destaca Monasterio que, en el Derecho histórico de Bizkaia, la dote no constituía una discriminación positiva a favor de la mujer porque, como se acaba de indicar, consistía en una aportación del hombre o de la mujer, indistintamente, a su matrimonio⁸⁶. Los contratos matrimoniales analizados por la autora confirman que el advenedizo a la casa, tanto si era hombre como la mujer, aportaba una dote en dinero o en bienes que recibía de sus padres en unidad de acto notarial.

Se trata, por tanto, dirá la profesora, de una institución que permite constatar una vez más la equiparación entre hombre y mujer ante el Derecho civil de Bizkaia⁸⁷.

La cuantía de la dote guardaba correspondencia con el valor de la casa aportada por el sucesor. De hecho, al disponer la dote, los padres dotantes dejaban constancia de que se llevaba a cabo en remuneración de la designación de sucesor causada por sus consuegros, y a ellos se les hacía entrega de la dote. Era también muy frecuente que se fraccionara el pago de la dote y se aplazara en parte. Era formalizada bajo la cobertura jurídica de la dote romana, y por tanto con sus prerrogativas y garantías.

El Fuero establece la reversión legal de la dote en el supuesto de disolución de matrimonio sin descendencia; además, a través del pacto de reversión se solían incorporar nuevas causas voluntarias de reversión y las personas a favor de las cuales operaba esta.

A la luz de los documentos judiciales analizados por Monasterio, la reversión dotal pactada cobra preferencia frente a los derechos de la troncalidad. De manera que, mientras no tenga lugar la reversión a la familia de proceden-

⁸⁵ Fuero Nuevo, Título 20, Ley 1.

⁸⁶ MONASTERIO, ASPIRI, I., *Contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio. Dote y pacto sucesorio en Bizkaia (1641-1785). Jurisdicción contenciosa*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2007, p.7.

⁸⁷ En cambio, en las Partidas la dote consiste en una aportación de bienes que la mujer lleva al marido para sostener las cargas del matrimonio (P. 4, 11, 1).

cia, el dotado o la dotada y su familia tiene derecho de retención de los bienes troncales y su usufructo.

Recuérdese que las arras figuran frecuentemente como aumento de dote en beneficio de la viuda, entrando en juego en el caso de que tenga lugar la reversión pactada.

1.6. *La emancipación judicial del menor o la menor*

En los Fueros históricos de Vizcaya los menores con dieciocho años cumplidos que gozaran de capacidad natural podían solicitar al juez la salida de la curatela y su habilitación para regir su persona y bienes como si fueran mayores. La habilitación podía pedirla tanto el hombre como la mujer, cumpliendo idénticos requisitos, lo cual acredita, que, también en esta área del Derecho de la persona, la mujer queda equiparada al varón ante la ley (FV 13588 y Fuero Nuevo, Título 22, ley 2), en tanto que, en Castilla, en el Derecho anterior al Código civil, la habilitación voluntaria era una gracia, una dispensa de ley, de ahí el que figurase entre las llamadas *gracias al sacar* reservadas a la prerrogativa del soberano (reguladas en la ley de 14 de abril de 1838).⁸⁹ En este sentido puede considerarse, dirá Monasterio, que la habilitación o emancipación del menor en los Fueros escritos tiene una apertura en búsqueda del beneficio del menor, cuya modernidad resulta del todo evidente.

La autora toma del Archivo Foral de Bizkaia y transcribe 19 expedientes de habilitación judicial, que actualmente están publicados. Cuatro de estos expedientes corresponden a la habilitación de la mujer, con vecindad en

⁸⁸ «El menor llegando a los diez é ocho años, pueda salir de curadores: (...) según derecho los guardadores de los menores han de tener en su poder á ellos é sus bienes fasta que lleguen á la edad de veinte é cinco años... por ende ordenaron é establecieron, que cualquier home ó mujer que fuere de edad diez y ocho años dende arriba, é pareciere ante el alcalde del fuero, é pidiere que lo saque del poder de tales guardadores, el alcalde tomando informacion é verdad, si el tal menor es persona de tal entendimiento, enseñanza o regimiento, que pueda por sí mismo seguir é guardar, é aliñar é administrar á su persona é bienes sin los tales guardadores,... pueda sacar él al tal menor é sus bienes, de poder de curadores, e manda que den é entreguen cuneta con pago de todos sus bienes, é frutos, é rentas de ellos». (FV 135).

⁸⁹ «Que si el menor fuere suficiente para administrar sus bienes, se le entreguen, siendo de edad de diez y ocho años: (...) que no embargante, que según derecho, los tales curadores tienen en su poder á los tales menores, y a sus bienes, fasta que hayan veinticinco años; pero acaee, que hay algunos menores, que antes del dicho tiempo son suficientes, sagazes, é diligentes, y tales, que pueden gobernar é si, y a sus bienes. Por ende, dixeron: Que ordenaban y establecían por ley, que qualquier Home ó Mujer, que fuere de edad de diez y ocho años cumplidos, pueda parecer ante Juez, y darle informacion de cómo es de la edad, y de tal entendimiento, sagaz y diligente, que bien puede por si regir, y guardar, aliñar, y administrar á si, y a sus bienes, sin los tales curadores; y el Juez havida informacion... le declare por tal, y le mande sacar del dicho poderío de los tales Curadores, y den, y entreguen los Curadores al tal menor, todos sus bienes, con sus frutos, y rentas». (FN. 22, 2).

Anteiglesia y fueron sustanciados en el s. XIX.⁹⁰ En todos los casos, el juez les reconoce capacidad para regir, guardar y administrar a si y a sus bienes sin necesidad de curador alguno. No es necesaria la justificación por parte del menor o de la menor ante la autoridad judicial en base a causa alguna que entorpezca el ejercicio de la curatela o que le provoque un perjuicio, basta que acredite que es «suficiente, sagaz, é diligente, y puede gobernarse á si, y a sus bienes»⁹¹.

2. La aportación historiográfica en relación a la condición de la mujer en el Derecho histórico, en especial, la aportación de Janire Castrillo

La profesora de Historia del Derecho de la Universidad de Deusto, Nere Jone Intxaustegi especialista en el análisis comparado de la regulación de género en los sistemas jurídicos europeos, ha mantenido las tesis de la equidad del Derecho privado de Bizkaia, corroborando la afirmación de Monasterio de que, no solo en la norma, también en la práctica, existía «una cierta igualdad jurídica entre hombres y mujeres en la Vizcaya de la Edad Moderna»⁹².

El funcionamiento característico de la aportación indistinta de la dote por parte del advenedizo a la casa, y la atribución de la herencia en la que tanto la mujer como el hombre podían hallar acomodo, inclinan a Intxaustegi a suscribir la afirmación de Monasterio en relación a la igualdad entre hombres y mujeres del Derecho privado vizcaíno.

No obstante, la profesora se distancia de Monasterio advirtiéndole que en materia sucesoria sería necesario conocer en detalle cuáles fueron las circunstancias familiares que determinaron que una mujer fuera nombrada heredera, ya que las actas notariales no reflejan directamente los motivos por los que, habiendo hijos, la hija fue nombrada heredera. Intxaustegi hace un intento de sistematizar las razones más frecuentes que llevaron a las familias a nombrar heredera, pero prescindiendo de fuentes documentales y estadísticas en las que apoyar sus tesis⁹³.

Sin duda, una de las aportaciones más relevantes a la cuestión del estatuto jurídico de la mujer vasca en la Baja Edad Media procede de la medievalista,

⁹⁰ MONASTERIO ASPIRI, I., Gobierno y bienes, op. cit., pp. 6,7,20, 24, 25, 26, 29, 30, 32,35, 41, 45, 47, 50, 54, 63, 64 y 68.

⁹¹ FN 22,2

⁹² INTXAUSTEGI JAUREGI, N. J., Gender equality in Early Modern Biscay Dowries and Testaments, *International Journal of Legal History and Institutions*, 7 (2023), pp. 218, 220, 221, 230.

⁹³ INTXAUSTEGI, Gender equality, op. cit., p. 224.

en esta ocasión profesora de Historia de la Universidad del País Vasco, Janire Castrillo⁹⁴. Su tesis doctoral versó sobre el régimen jurídico, económico y social de las mujeres vascas durante la Baja Edad Media⁹⁵. Desde entonces, la orientación de sus temas de investigación se ha dirigido al estudio de las mujeres y su condición en el País Vasco durante los siglos XIV y XV.

La Dra. Castrillo trabaja en su tesis doctoral sobre fuentes jurídicas normativas y notariales vizcaínas y guipuzcoanas, aunque su punto de vista trasciende a menudo la cuestión puramente normativa, para fijarse en otro tipo de cuestiones de carácter social y antropológico.

Comienza situando su estudio en el contexto jurídico europeo de la época. Durante los siglos bajomedievales, dirá Castrillo, refiriéndose al conjunto de la península ibérica, las mujeres no pudieron operar en el campo jurídico en igualdad con los hombres. La mentalidad de la época imputó al sexo femenino una serie de características relacionadas con la *imbecilitas sexus*, que condenaron a la mayor parte de las mujeres a la incapacidad. La recepción del Derecho común supuso un empeoramiento formal de la condición femenina, con el ensanchamiento del horizonte legal y la creación de una normativa que reguló de forma más detallada y rigurosa estas limitaciones⁹⁶.

Sin embargo, la tutela sobre las mujeres nunca llegó a equipararse a las épocas tardo romanas. También es cierto que las limitaciones no eran las mismas en función del estatus, el estado civil y la posición de la mujer dentro de la familia. Aunque las mujeres se integraron en las estructuras parentales

⁹⁴ Licenciada en Historia (2008) y doctora por la Universidad del País Vasco (2016), comenzó su actividad académica en el Departamento de Historia Medieval, Moderna y de América de dicha Universidad como investigadora predoctoral, realizando varias estancias de investigación en universidades francesas durante dicha etapa. En la actualidad, ejerce como docente e investigadora en el Departamento de Didáctica de las Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias de la Educación y el Deporte de la Universidad del País Vasco, y forma parte del grupo de investigación Sociedad, poder y cultura (siglos XIV-XVIII) liderado por José Ramón Díaz de Durana.

⁹⁵ Tesis dirigida Iñaki Bazán y Cristina Segura, fue publicada en 2020: CASTRILLO CASADO, J., *Las mujeres vascas durante la Baja Edad Media*, Madrid: Silex Universidad, 2020. Desde la óptica jurídico privada, se analizan las fuentes jurídicas de las tres provincias vascas durante la Baja Edad Media: Fueros medievales de las tres provincias y cartas fundacionales de las villas; ordenanzas municipales (24 corpus de distintas localidades) (XIV-XVI); documentación notarial y judicial sobre testamentos y contratos matrimoniales, seguidos de compraventas y otras escrituras de naturaleza contractual (Colección de Fuentes Documentales Medievales de Eusko Ikaskuntza, secciones municipal, notarial y judicial, Archivo Histórico de Protocolos de Gipuzkoa y Archivo General de Gipuzkoa); expedientes contenidos en el Registro General del Sello del Archivo General de Simancas; Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, secciones de Reales Ejecutorias, Pleitos Civiles, Sala de Vizcaya. A ello se añaden otras fuentes secundarias de interés como la imagen que proyectan de las mujeres obras de la época como *Bienandanzas* y *Fortunas* de Lope García de Salazar y *Memorias* de Esteban de Garibay.

⁹⁶ CASTRILLO CASADO, J., *Las mujeres vascas*, op. cit., p. 91.

como subordinadas a los varones, esto en ningún caso supone que ellas no pudiesen ejercer autoridad sobre otros miembros de la casa. Más allá del sexo, la jerarquía en el seno del hogar se determinaba por factores como la edad, la condición civil, y sobre todo los derechos de propiedad sobre los bienes raíces. Esta pérdida de estatus del sexo femenino, señala la investigadora, fue acrecentándose en los siglos del Renacimiento.

En su trabajo, Castrillo propone la tesis de que a la pérdida de agencia femenina en la esfera pública sobrevino un fortalecimiento de la figura femenina en el ámbito familiar⁹⁷. Frente a la organización por parentelas de la etapa anterior, el auge de la familia de linaje que se produjo en la Baja Edad Media permitió a la esposa del cabeza de familia erigirse, junto a este, en la figura de más autoridad dentro del grupo, situándose por encima de los otros miembros del hogar. El matrimonio permitió a estas mujeres gestionar el patrimonio doméstico, decidir el destino de los hijos y establecer repartos en la herencia. Su protagonismo se acrecentaba una vez que enviudaban, tanto en los casos en los que el marido las nombró albaceas o comisarias, como cuando no había testamento y se erigían en tutoras de sus hijos.

En el Derecho vasco, es notorio para Castrillo que, a la cabeza de la casa, se encontró siempre el matrimonio administrador del patrimonio de la generación, de manera que, si bien el género fue un fuerte marcador en el ámbito familiar, la visión de conjunto de las féminas como un grupo subordinado es sesgada, pues la posición de autoridad de cada mujer dependió del tipo concreto de relación que la unía con el resto de los miembros de la familia. La tendencia era a la toma de decisiones conjunta, puesto que el matrimonio, más que en términos de autoridad, parecía regirse por el consenso conyugal.

Las fuentes reflejan que las casadas tenían capacidad en todo lo relacionado con la administración ordinaria de la casa, lo que constituía una importante excepción a la referida limitación femenina de obligarse cuando se trataba de comprar, vender, trocar o empeñar objetos de uso cotidiano; aunque estos negocios de pequeña cuantía solían realizarse por vía oral y no han dejado huella en los documentos, advierte Castrillo⁹⁸.

El Fuero de Bizkaia requería, como se ha dicho, el consentimiento de la mujer para la enajenación de bienes de hermandad, tanto los raíces como los conquistados. Según Castrillo, este consentimiento guarda relación con el régimen económico de la dote aportada por la mujer: «Parece ser que el hecho de que la dote femenina se tasara y que a la disolución del matrimonio le debiera ser restituida, hacía que hubiera limitaciones al aparente monopolio de admi-

⁹⁷ CASTRILLO CASADO, J., *Las mujeres vascas*, op. cit., p. 87.

⁹⁸ CASTRILLO CASADO, J., *Las mujeres vascas*, op. cit., p. 108.

nistración marital»⁹⁹. La práctica notarial es indicativa, según la profesora, de que las mujeres conocían sus derechos sobre su dote y la parte correspondiente de los bienes raíces. Muchas acudieron a los tribunales para reclamarlos ante una enajenación inconsentida.

No obstante, Castrillo apunta que esta notable característica favorecedora de la capacidad jurídica de la mujer en relación a sus bienes, debe situarse en su contexto, ya que en la práctica contractual el género constituye un claro factor de discriminación. Por un lado, ellas tuvieron que reforzar sus actos renunciando expresamente a hacer uso de la prerrogativa que les concedía la *imbecilitas sexus* de anular los contratos y eximirse de responsabilidad. La práctica notarial recoge como cláusula de uso la renuncia al senadoconsulto Velezano, de cara a asegurar a la contraparte la efectividad del negocio realizado, aunque en el País Vasco estas renunciaciones hicieron su aparición en fuentes notariales a fines del siglo XVI, una fecha tardía si se tiene en cuenta que en otras regiones hispanas y europeas se detectan ya estas cláusulas desde fines del siglo XII. Un retraso atribuible, según la autora, a los diferentes ritmos de penetración del Derecho común en cada lugar¹⁰⁰.

Además, existió otra limitación importante que afectó solamente a las mujeres casadas: la necesidad de contar con la licencia marital para actuar en el tráfico jurídico; un requisito que se introdujo en el País Vasco a finales del siglo XIV, que fue generalizándose a lo largo del XV¹⁰¹. Aunque la práctica contractual prueba que la cortapisa de tener que disponer del beneplácito marital

⁹⁹ Como consecuencia de la comunicación foral, las mujeres se convertían en copropietarias de la casa conyugal al quedar el importe de las dotes integrado e hipotecado en ella: algo que sucedía con distintos matices tanto en las zonas donde regía el Derecho castellano, vigente el régimen de gananciales, como en la zona foral, donde se aplicaba el régimen de la comunicación de bienes. De modo que, para evitar que la esposa, en virtud de su condición de copropietaria de la hacienda, tratase de revocar la enajenación del marido de manera unilateral, la práctica notarial impuso la costumbre de que se ratificara por escrito todo acto de disposición constando el consentimiento de la esposa. En el caso de los fueros vizcaínos, como dijimos, el Fuero obligó al esposo a contar con el beneplácito de la mujer en toda enajenación que afectase a la mitad de la sociedad conyugal sobre la que ella era titular. CASTRILLO CASADO, J., *Las mujeres vascas*, op. cit., p. 61.

¹⁰⁰ CASTRILLO CASADO, J., *Las mujeres vascas*, op. cit., p. 327.

¹⁰¹ De la práctica notarial y de la judicial se colige que en el País Vasco no hubo necesidad de licencia marital para las actuaciones jurídicas de la mujer casada hasta fines del siglo XIV, como demuestra el hecho de que no había alusión a dicha licencia en la documentación anterior, aunque fue generalizándose a lo largo del siglo XV. A diferencia de lo que ocurría en la Ley de Toro (55, 56, 57, 58 59) que regulaba de forma exhaustiva la licencia marital, en la normativa foral vasca, solo el Fuero Viejo de Bizkaia (119) contiene referencias a la licencia marital. Se alude a la misma de forma indirecta al tratar sobre las deudas conyugales, señalando que la mujer no era responsable de las mismas «salvo si ella otorgare la tal obligación o deuda por su persona con licencia del marido». De forma similar, el Fuero Nuevo de Bizkaia únicamente mencionaba la licencia marital al tratar de las deudas conyugales. (FN. 20, 10).

quedó algo atenuada, pues a menudo se permitió a las esposas actuar con licencias generales, otorgadas por el marido cuando iba a ausentarse por cierto tiempo, o con licencias tácitas que les permitieron proceder si a la postre el marido ratificaba sus actos; y también con autorizaciones judiciales ante la negativa del esposo a darla en causas justas, que se superponían al veto marital. En ocasiones, los documentos notariales nos muestran mujeres que desempeñaron la representación de sus maridos en negocios jurídicos importantes sin licencia marital. Se las denomina «conjunta persona» del marido, ejerciendo bajo esta calidad la potestad de interponer demandas para proteger la hacienda familiar en ausencia de sus maridos. Existen además excepciones que fueron elevadas a rango normativo como las recogidas en las Ordenanzas de Lekeitio de 1486 en las que aparecen mujeres que alquilan casas y huertas en ausencia de sus maridos pescadores¹⁰².

La profesora Castrillo coincide con Monasterio al afirmar que las mayores cotas de capacidad jurídica femenina en la familia vasca del Bajo Medievo, se presentaron durante su viudedad. Aunque es preciso distinguir entre las mujeres que al finalizar su matrimonio se encontraron solo con la restitución de la dote, de que aquellas que quedaron como usufructuarias vitalicias a causa de la comunicación foral.

El Fuero privilegió a las que habían tenido descendencia, pero la práctica notarial trasluce que en la determinación de una u otra posición intervinieron también las motivaciones personales, ya que el ordenamiento vizcaíno permitió al marido conceder el usufructo a través de testamento, preservando las reservas de troncalidad del patrimonio. En los casos en los que las mujeres viudas obtuvieron esta gracia, a la que se podía sumar la capacidad de nombrar heredero en virtud del apoderamiento general o «alkar-poderoso», fue cuando realmente pudieron actuar como cabezas de familia, situándose al frente de la casa, administrando el patrimonio de la familia y distribuyendo la herencia entre los hijos según su parecer.

Huelga decir que las viudas que no accedieron a dichas capacidades se vieron abocadas al empobrecimiento a pesar de recuperar su dote —cuando la familia podía permitírselo—. Esta imagen dio lugar a la figura de la viuda indefensa que suscitó la compasión de vecinos y legisladores¹⁰³.

Por otra parte, Castrillo subraya el hecho aportado por la profesora Monasterio, de que las viudas pudieron ejercer la tutela de los hijos menores. El

¹⁰² CASTRILLO CASADO, J., *Las mujeres vascas*, op. cit., p. 317.

¹⁰³ Las viudas, que fueron libres para acudir en su propio nombre a juicio, a diferencia del resto de las mujeres casadas o solteras, contaron con un privilegio procesal denominado Pragmática de las viudas, que les permitió elegir en qué instancia judicial querían ser juzgadas, al entenderse en la época que estaban en una situación de vulnerabilidad por carecer de parientes varones que las protegieran. CASTRILLO CASADO, J., *Las mujeres vascas*, op. cit., p. 326.

derecho foral vasco más antiguo apostaba por tutelas colegiadas y tampoco penalizaba al supérstite que contrajera nuevo matrimonio. En cambio, desde comienzos del siglo XVI, influidos por el Derecho común, los fueros se inclinan por conceder la tutela a la madre, como es el caso de Fuero de San Sebastián (3,6,1, y 2).

Castrillo plantea que el Fuero Viejo de Bizkaia prevé la tutela colegiada a la muerte de cualquiera de los padres, indicando que se eligiera a un tercero para el cargo (FV 130). La tutela se negaba a los progenitores porque el hijo estaba sometido a ellos de forma natural, y con la designación de un tercero tan solo se trataba de dar autoridad a los parientes del cónyuge premuerto. Las tutoras, como representantes de sus hijos, estaban autorizadas a llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para gestionar adecuadamente las haciendas y aparecen en la documentación tomando parte en todo tipo de obligaciones, compraventas, arrendamientos, permutas, etc. eran también las encargadas de la defensa del patrimonio de sus tutelados, y de concertar los matrimonios de los mismos.

En suma, la Dra. Castrillo suscribe la tesis de la profesora Monasterio de que el Derecho vasco otorgó a las mujeres casadas un estatus comparativamente superior al de otros territorios, aunque, como se ha visto, matiza algunas afirmaciones, aportando interesantes conclusiones en relación a la práctica notarial en materia contractual. En cambio, la visión de la Dra. Castrillo se aparta de la de Monasterio en materia sucesoria, como veremos con más amplitud en el apartado VI.

IV. LA CUESTIÓN DE LA POSICIÓN DE LA MUJER EN EL FUERO DE AYALA

En cuanto al Fuero de Ayala, fenómeno más limitado desde el punto de vista geográfico, carecemos por el momento de estudios de género dignos de tal nombre¹⁰⁴.

En lo que al género concierne, podemos señalar como fundamental el capítulo XXVIII, que consagra la más absoluta libertad de testar, santo y seña del Fuero de Ayala. Dice así: «Otrosí, todo hombre o mujer estando en su sana memoria puede mandar todo lo suyo o parte de ello a quien quisiere, por Dios, é por su alma o por servicio que le hizo».

¹⁰⁴ El fuero fue estudiado inicialmente por Luis María Uriarte lebario en su tesis doctoral, aunque posteriormente ha sido objeto de algunos otros estudios. La tesis citada se defendió en Madrid el 6 de marzo de 1911, publicándose el mismo año, y se reeditó por la Diputación Foral de Araba en el VI Centenario del Fuero, en 1974, con Introducción Antonio María de Oriol y Urquijo. URIARTE LEBARIO, L., *Fuero de Ayala*, Vitoria: Diputación Foral de Álava, 1974, p. 193.

Al igual que el Fuero General de Navarra¹⁰⁵, el Fuero de Ayala defiende la unidad del patrimonio familiar a través de la libertad de testar absoluta llegando a permitir que los bienes salgan de la familia, es decir, se posibilita incluso que se aparte a los sucesores legítimos y se deje la herencia a un extraño. El Fuero promueve aparentemente que se elija al más capaz para la dirección y administración de la hacienda, sea este hombre o mujer.

Históricamente esta libertad de testar ha sido aplicada (teniendo en cuenta que la distribución municipal actual es de época reciente) en los municipios de Amurrio, Aiara-Ayala, Okendo y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti del municipio de Artziniega.

Por otra parte, el Fuero de Ayala regulaba el usufructo poderoso, estudiado por Victor Angoitia Gorostiaga¹⁰⁶, dispone que el cónyuge viudo además de recibir el usufructo de los bienes era el encargado de elegir al descendiente más apto para recibir el patrimonio familiar. El Fuero de Ayala otorgaba amplias potestades al supérstite, fuera este el padre o la madre, como la concertación del matrimonio de los hijos (FA 89) y el derecho sobre los bienes adquiridos por estos (FA 62).

Permitía además al supérstite hacer perdurar la comunidad familiar con hijos, aunque se tomase segundo matrimonio. Cuando uno de los descendientes alcanzaba la edad para casarse, el progenitor debía comenzar a liquidar la sociedad conyugal proporcionándole una parte de la herencia que le correspondía. No se aclaraba en el Fuero si el supérstite tenía derecho a usufructuar vitaliciamente parte de la herencia del premuerto, aunque debe entenderse que sí, ya que las leyes 76, 91 y 95 indicaban que la reversión al tronco solo era obligatoria cuando el matrimonio llegaba a su fin sin descendencia.

Está por estudiar cómo se aplicaron en la práctica ambas instituciones. ¿Cuál fue la consecuencia de la libertad de testar en la elección de herederas a la hora de transmitir el patrimonio familiar? ¿Cómo emplearon las viudas su capacidad de disponer y su poder testatorio a través del usufructo poderoso? ¿Eligieron ellas preferentemente varones o mujeres, en qué casos?

¹⁰⁵ Véase el estudio comparado de ambos ordenamientos en SALINAS QUIJADA, F., *Estudio comparativo del Derecho ayalés y navarro*, Vitoria: Diputación Foral de Álava, 1983.

¹⁰⁶ ANGOITIA GOROSTIAGA, V., *El Usufructo Poderoso del Fuero de Ayala*, Vitoria: Diputación Foral de Álava, 1999, p. 253.

V. LA CONDICION JURÍDICA DE LA MUJER EN LA COSTUMBRE SUCESORIA DE GIPUZKOA

Así como el Derecho foral de País Vasco continental y Bizkaia cuenta con sendas aportaciones en materia de estatuto iushistórico de la mujer, también Gipuzkoa cuenta con la destacada aportación de la Dra. María Rosa Ayerbe, que ha puesto de manifiesto la igualdad de la mujer en materia de costumbre sucesoria guipuzcoana.

Esta tesis ha sido contestada desde una perspectiva historiográfica crítica a la que también nos referiremos en este epígrafe.

1. La contribución de Rosa Ayerbe

María Rosa Ayerbe Iribar, profesora de Historia del Derecho de la Universidad del País Vasco, es autoridad indiscutida en materia de derecho histórico guipuzcoano. Valiéndose de una sólida preparación en Paleografía y Diplomática, Ayerbe ha publicado una ingente cantidad de obras¹⁰⁷ de entre las cuales destacamos la labor de edición crítica de fuentes documentales vascas en general y guipuzcoanas en particular¹⁰⁸.

¹⁰⁷ A lo largo de sus más de 40 años de vida universitaria la Dra. Ayerbe ha publicado 153 artículos de revistas, 46 colaboraciones en obras colectivas y 49 libros.

¹⁰⁸ Ha llevado a cabo tareas de envergadura, tales como la edición crítica del Becerro de Gipuzkoa (código del s. XVI), El primer Derecho Foral escrito de Álava y Gipuzkoa (publicado por la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado), el Ceremonial del Consejo del Reino de Navarra (en base a 3 manuscritos), las Ordenanzas Municipales de Gipuzkoa de 1310 a 1950 (en 5 volúmenes), y, sobre todo, los más de 40 volúmenes de las Actas de las Juntas y Diputaciones de Gipuzkoa (1550-1700). Son obras todas ellas, y en especial esta última, de inestimable valor, al ofrecer al investigador una base segura para abordar los trabajos de investigación sin la exigencia previa de tener los necesarios conocimientos paleográficos que permiten interpretar las abreviaturas y expresiones de otras épocas con el debido acierto. Hoy se hallan disponibles *on line* en el Archivo Provincial de Gipuzkoa (Tolosa) para su consulta, juntamente con la documentación original de las Actas custodiadas en el archivo. Hay una decena de estudios dedicados a las instituciones medievales y modernas de Álava, Gipuzkoa, Bizkaia y Navarra, destacando los concernientes a Gipuzkoa, donde ha aportado grandes novedades historiográficas que obligarán a replantear de otra manera algunas de las «verdades» históricas asumidas por la historiografía clásica. Destaca su Tesis Doctoral sobre el Condado de Oñate y señorío de los Guevara (s. XI-XVI), obra de referencia de los señoríos vascos, al ser el único señorío jurisdiccional existente en la actual Gipuzkoa, tierra de hijosdalgo, completada después con el estudio del Valle de Léniz y su paso del señorío (también de los Guevara) al realengo (1260-1750). En lo que respecta al estudio del derecho privado, ha trabajado la propiedad comunal en la Mancomunidad de Aralar, los Montes Francos del Urumea y otros montes comunales de tierras guipuzcoanas. Es de destacar, asimismo, la importante aportación realizada en materia de Derecho Forestal, a través de su estudio sobre el origen y desarrollo del Derecho y de la Administración Forestal en España y en Gipuzkoa en particular. Estudió la creación del Servicio Forestal en el seno de la Diputación guipuzcoana, apoyada por la navarra, vital para transformar el triste panorama fores-

En la obra de Rosa Ayerbe en materia de Derecho privado destacan algunas contribuciones destinadas al estudio de la posición de la mujer en el derecho histórico guipuzcoano. Su primer acercamiento al tema fue indirecto, a través del estudio de las instituciones tradicionales del derecho guipuzcoano en el que se ocupa de la mejora de las hijas¹⁰⁹. Años más tarde, abordará directamente el problema de la sucesión femenina a través del comentario al corpus generado por las Juntas Generales de Gipuzkoa en relación a la cuestión de la mejora de las hijas *contra legem*¹¹⁰. Un tercer estudio aborda de forma amplia el problema de la herencia matrilineal en la Provincia, dando a conocer las razones por las cuales se pasó de la libertad de los padres para elegir herederas en sus casas y caserías al mayorazgo masculino «que aún hoy impera en nuestras conciencias»¹¹¹.

tal existente en Gipuzkoa a comienzos del s. XX a causa de las guerras, la pérdida del comunal, la sobreexplotación y la incuria de las autoridades provinciales a lo largo del s. XIX. En esta materia colaboró con Jorge Ascasibar Zubizarreta, Ingeniero de Montes, Responsable del Servicio Forestal de la Diputación de Gipuzkoa, en el estudio histórico que sirvió para redactar la Norma Foral 6/1994, de 8 de julio, de Montes de Gipuzkoa, aprobada por sus Juntas Generales el 8-VII-1994 y publicada en el *Boletín Oficial de Gipuzkoa* de 15-VII-1994, nº 134, sustituyendo así a la Ley de Montes de 8-VI-1957 y al Reglamento de Montes aprobado por Decreto 485/1962 de 22 de febrero, que quedaron como derecho supletorio. La prematura desaparición de su marido, Luis Miguel Diez de Salazar, la llevó a continuar la labor de investigación en torno a las Ferrerías guipuzcoanas a partir del punto en el que aquél la dejó con la publicación de la obra de sobre Ferrerías de Guipúzcoa (siglos XIV-XVI). La parte no publicada entonces lo sería en 1997 por el Grupo Doctor Camino de Historia Donostiarra, a los siete años de su muerte, bajo la supervisión de Rosa Ayerbe y con el título de Ferrerías guipuzcoanas. Aspectos socio-económicos, laborales y fiscales (s. XIV-XVI). Pero si hay alguna institución que haya trabajado la Profesora Ayerbe en materia de derecho público ésta ha sido la de las Juntas Generales y Particulares de Gipuzkoa, convirtiéndose en referente de su pasado histórico y llevando su conocimiento a diversos congresos y revistas histórico-jurídicas propias y foráneas. Las Juntas vascas en general, y guipuzcoanas en particular, son hoy más conocidas gracias a sus estudios y publicaciones, y especialmente a la publicación de sus Actas, de que hablaremos más adelante. Por todo ello puedo afirmarse que la obra de la Doctora Ayerbe es, ante todo, una obra documentada, original y relevante, que ha venido a cubrir el importante vacío que existía en la historiografía jurídico-institucional vasca, en general, y guipuzcoana, en particular.

¹⁰⁹ AYERBE IRIBAR, M.^a R., Instituciones tradicionales del Derecho Civil Vasco (pasado, presente y futuro, *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País*, 57-2 (2001), pp. 295-337.

¹¹⁰ AYERBE IRIBAR, M.^a R., Memorial del Doctor Don Rafael de Azcona y Góngora, elevado a Reina, sobre la ordenanza de mejora de hijas en tercio y quinto por vía de dote aprobada por Gipuzkoa en 1659, *Boletín de estudios históricos sobre San Sebastián*, 44 (2011), pp. 429-465; Los intentos de regulación del Derecho civil (troncalidad, retorno de dotes y mejora de hijas) en la Gipuzkoa del siglo XVII: La aplicación de la costumbre *contra legem*. En Santos M. CORONAS GONZÁLEZ (COORD.), *Cuestiones varias sobre la costumbre jurídica en el Norte Peninsular*, Oviedo: Servicio Editorial de la Universidad de Oviedo, 2010, PP. 95-138.

¹¹¹ AYERBE IRIBAR, M.^a R., De la libertad de elección de heredera al mayorazgo masculino. Gipuzkoa (s. XV-XVIII), *Boletín de estudios históricos sobre San Sebastián*, 55 (2022), pp. 145-259. Cabe también hacer mención a otros trabajos menores en los que la profesora AYERBE

1.1. *La preferencia por las hijas en la herencia familiar*

Este último trabajo al que nos hemos referido, estudia el proceso seguido en la Gipuzkoa del Antiguo Régimen en aras a mantener una costumbre muy arraigada en la sociedad rural que consistía en dejar la casa a las hijas a través de contratos *propter nupcias*.

Estudiando las Ordenanzas de la época Ayerbe entiende que puede hablarse de pautas de matrilinealidad de la herencia en el territorio¹¹². Esta originalidad del derecho guipuzcoano se sitúa en el contexto de la libertad de testar conservada en la costumbre guipuzcoana hasta época moderna. A pesar de la temprana aplicación del Derecho castellano en el territorio impuesta por el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, Gipuzkoa defendió siempre la indivisibilidad del patrimonio familiar. Los padres lo transmitían a uno solo de sus hijos o hijas el patrimonio troncal a través de la institución del tercio y quinto de mejora contemplado por la Ley de Toro, generalmente a través de los contratos matrimoniales concertados con los descendientes designados para su sucesión. En el mismo instrumento establecían ciertas cantidades para los demás hijos en concepto de legítima, renunciando estos a su derecho sobre la casa a favor del designado como heredero. Pocas veces se establecieron en testamento herederos por igual, y en menos ocasiones aún encontramos que falleciese el dueño de la casa sin designar heredero, lo que podía suponer su ruina, si antes no se concordaban los hermanos.

Esta costumbre era en todo contraria a la Ley promulgada en las Cortes de Madrid de 1534 por Carlos I (Ley de Madrid) prohibiendo mejorar a las hijas con el tercio y quinto por vía de dote o casamiento, habiendo hijos varones, con el fin de evitar algunos abusos que se estaban produciendo en Castilla en relación con la dotación de las hijas¹¹³. Señala Ayerbe que en Gipuzkoa esta disposición real no se observó en la práctica, sino que se siguió mejorando a las hijas como dictaba la costumbre. Pero, lo cierto es que el mantenimiento y aplicación de esta costumbre *contra legem* tampoco fue fácil. Para evitar los pleitos que se estaban dando en la aplicación de la Pragmática de Carlos I,

se ha ocupado de la posición jurídica de la mujer en ordenamientos pretéritos, como es el caso de su trabajo sobre La mujer y su proyección familiar en la sociedad visigoda a través de los Concilios. En *Las mujeres medievales y su ámbito jurídico (Actas II Jornadas de Investigación Interdisciplinaria)*, Madrid: 1983; y su labor de recuperación de los archivos de órdenes religiosas femeninas, incluida la edición crítica de las Constituciones del Seminario de niñas «Nuestra Señora de la Soledad» de Bergara de 1741 debida al Larramendi, en el que se habla sobre la instrucción de las niñas y su obligación de aprender a leer y escribir.

¹¹² AYERBE IRIBAR, M.^a R., De la libertad de elección de heredera, op. cit., p.154.

¹¹³ Las Cortes de Madrid de 1534 fueron presididas por Carlos I, de regreso de la guerra contra los turcos. Fundamentalmente se trató en ellas de poner freno a la concentración de mayordazgos y se fijaron también las cantidades de las dotes señaladas a las hijas por los padres.

la Provincia solicitará al Rey reiteradamente la inaplicación de la misma e incluso su derogación.¹¹⁴

Así, la villa de Bergara propuso recoger por escrito la costumbre de la Provincia en materia de troncalidad y retorno de dotes en Junta General celebrada en San Sebastián en abril de 1643. El contenido de la propuesta fue discutido largamente en la Junta General reunida en Hernani el 18 de noviembre, que ordenó «guardar y observar lo que en ella se ha usado, estilado y practicado hasta ahora, sin que se haga novedad alguna». Seis años después, la Provincia remitió a la reina doña Mariana de Austria en 1673 un memorial elaborado por el doctor Rafael de Azcona y Góngora por encargo de las propias Juntas, buscando su apoyo en la confirmación de la Ordenanza sobre el sistema empleado por los padres en la mejora de las hijas por donación *propter nuptias*.

Los argumentos esgrimidos por la Provincia eran sólidos, apunta Ayerbe. La costumbre era inmemorial y anterior a la Ley de Madrid, una norma que se había aprobado en unas Cortes a las que ella no acudía, para resolver ciertos abusos cometidos en Castilla. Los contratos matrimoniales se habían celebrado y celebraban en Gipuzkoa a tenor de la libertad que la costumbre otorgaba a los padres para elegir a su voluntad el hijo o hija para sucederlos en la casa con mejora de tercio y quinto, especialmente a las hijas, dando a los demás hijos de legítima lo que su caudal les permitía. Sólo así, dirán las Juntas guipuzcoanas, «se podía mantener el lustre y memoria de sus casas y solares y la nobleza guipuzcoana»¹¹⁵.

1.2. *La vía del mayorazgo masculino*

La prohibición de dotar a las hijas con tercio y quinto terminó imponiéndose, ya que, a partir del siglo XVIII, en un intento de mantener la indivisibilidad de los bienes de la casa, Gipuzkoa optó por hacerlo a favor de los hijos mayores varones, adoptando la forma del mayorazgo castellano sin licencia real¹¹⁶. Frente a la vía descrita de reclamación al Rey para que confirme la

¹¹⁴ Ayerbe relata con profusión de detalles el *iter* de esta reiterada petición en las Juntas Generales de la Provincia, que se prolongó durante más de 160 años. Vid. AYERBE IRIBAR, M.^a R., Memorial del Doctor Don Rafael de Azcona y Góngora, elevado a Reina, sobre la ordenanza de mejora de hijas en tercio y quinto por vía de dote aprobada por Gipuzkoa en 1659, *Boletín de estudios históricos sobre San Sebastián*, 44 (2011), pp. 429-465.

¹¹⁵ Vid. AYERBE IRIBAR, M.^a R., Memorial del Doctor, op. cit., pp. 429-465.

¹¹⁶ No obstante, la costumbre siguió rigiendo y serán numerosos los casos en los que los familiares se enfrentan en juicio por el incumplimiento de la ley de Madrid hasta bien entrado el siglo XIX. Uno de estos casos, cuya ejecutoria se conserva en Valladolid, ha sido estudiado por la profesora AYERBE. Este caso enfrentó en pleno s. XIX a M.^a Micaela de Aizpurua, viuda, con su sobrino político Julián Francisco de Embil, padre y administrador de José Antonio Embil Aiz-

costumbre de mejorar a las hijas, las Juntas intentan confirmar el derecho a la transmisión indivisa de la casa a través de la herencia amayorazgada ¹¹⁷.

Nos recuerda la autora que la institución del mayorazgo surgió en el siglo XIII para mantener y acrecentar el poder de la alta nobleza, y se generalizó a lo largo de los siglos XIV y XV. Su finalidad era la de perpetuar el patrimonio y linaje de la familia, evitando la división de los bienes y aumentando el poder del reducido grupo que componía la más alta capa social. Sobre la masa de bienes raíces el fundador del mayorazgo imponía unas condiciones y un orden sucesorio, cuya forma más inmediata siempre fue la de la primogenitura masculina¹¹⁸. Pero, la fundación de un mayorazgo regular precisaba siempre una licencia real, pues dicha licencia o facultad permitía incumplir la ley real de la igualdad legitimaria (consagrada en el Fuero Real de 1255), y la concesión de toda excepción a la obligación de cumplir una ley general y real solo competía el Rey. Dichas licencias eran personales e intransferibles, pudiendo el fundador hacer uso de ella cuando mejor le pareciera¹¹⁹.

La entrada en Gipuzkoa de la institución del mayorazgo regular castellano se produjo entre las familias más notables, con la misma finalidad que en Castilla de mantener la memoria de la casa y del linaje¹²⁰. Fue a partir del impulso

purua (Cestona). La demanda interpuesta por M.^a Micaela fue sobre la nulidad de la validación de la mejora y vinculación hecha en 1623 por donación propter nupcias por Juan de Otaola y su mujer a favor de su hija Graciana, sobre la casa de Otaola (Azcoitia), pidiendo se declarasen partibles los bienes cuestionados. En este caso, sin embargo, aunque M.^a Micaela alegó la de Madrid y la prohibición de la mejora hecha en 1623 por Juan a favor de su hija, y expuso ejemplos de sentencias favorables a la partición solicitada³¹⁰, reclamando incluso el abono de los frutos y rentas correspondientes a su porción hereditaria en el tiempo transcurrido desde la vinculación, ya el Corregidor de Gipuzkoa absolvió a los demandados (Tolosa, 12 de mayo de 1829) y dió por buenas las capitulaciones matrimoniales y mejora del tercio y quintorealizadas en 1623 (lo que, en suma, suponía el reconocimiento de la validez del derecho consuetudinario). Y aunque M.^a Micaela apeló a Valladolid, en sentencia de vista y revista (Valladolid, 5 de enero de 1830) se confirmó la dada por el Corregidor y se condenó a la demandante al pago de las costas y de 73 reales de derechos por escriturar la real ejecutoria. AYERBE IRIBAR, M.^a R., De la libertad de elección de heredera, op. cit., p. 169 y ss.

¹¹⁷ AYERBE IRIBAR, M.^a R., Los intentos de regulación del Derecho civil (troncalidad, retorno de dotes y mejora de hijas) en la Gipuzkoa del siglo XVII: La aplicación de la costumbre *contra legem*. En Santos M. Coronas González (coord.), *Cuestiones varias sobre la costumbre jurídica en el Norte Peninsular*, Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2010, PP. 95-138.

¹¹⁸ AYERBE IRIBAR, M.^a R., De la libertad de elección de heredera, op. cit., p. 196 y ss.

¹¹⁹ Esta institución ha sido estudiada por AYERBE IRIBAR, M.^a R., en su trabajo *Historia del Condado de Oñate y Señorío de los Guevara (s. XI-XVI): aportación al estudio del régimen señorial en Castilla*, San Sebastián: Diputación Foral de Gipuzkoa, 1985.

¹²⁰ Así, recoge Ayerbe entre otras muchas, las escrituras de fundación de los mayorazgos de Soran (Salinas de Léniz) y de Osinondo (Bergara) que se produjeron a partir de 1610. AYERBE IRIBAR, M.^a R., De la libertad de elección de heredera, op. cit., p. 196 y ss.

de las Leyes de Toro (1505), cuando el mayorazgo se consolidó en Gipuzkoa, en la que se reconocerá la hidalguía universal como en los demás territorios vascos, a través de los «mayorazgos cortos» o herencias «amayorazgadas», que eran los formados con las mejoras del tercio y quinto de los bienes patrimoniales. Este tipo de herencias amayorazgadas se generalizaron a lo largo de los siglos XVII y XVIII, apoyadas en la legislación surgida en las Leyes de Toro de 1505, cuya Ley 27 permitía los mayorazgos sin licencia real, constituidos sobre la parte legitimaria más el tercio de mejora y el quinto de libre disposición¹²¹. Además, se podía superar el límite del tercio y quinto hasta abarcar prácticamente todo el patrimonio, cuando los herederos legítimos no existiesen o renunciasen a sus derechos.

Pese a que en teoría las mujeres no se consideraban excluidas de los mayorazgos, tenía preferencia el primogénito varón y su descendencia sobre el resto de los hijos. Con el tiempo, la costumbre antigua de que heredaran las hijas en pie de igualdad con sus hermanos varones se fue perdiendo y se impuso la primogenitura masculina a través de la herencia amayorazgada, cuyo recuerdo permanece aún en la conciencia popular.

En varias ocasiones, la Provincia se planteó en Juntas Generales la aprobación de una ordenanza que recogiera la concesión de mayorazgos cortos basándose en la hidalguía universal de los guipuzcoanos y en su costumbre inmemorial de dejar la hacienda a uno solo de los hijos. La petición fue atendida finalmente en la Junta General de Getaria de 1758. La concesión de licencia para fundar mayorazgo solicitada por las Juntas Generales de Getaria sería, por medio de «privilegio general y perpetuo», para todos los naturales y habitantes del «recinto» o término de Gipuzkoa. No dependería, así pues, de una licencia personal e intransferible, como se había venido haciendo (con excepción de en la villa de Oñate)¹²². Las Juntas no argumentaban ya en favor del derecho a heredar de las hijas, aunque estas fueran primogénitas.

¹²¹ Leyes de Toro 27 y 40-46, que extendieron y generalizaron el mayorazgo, completado por otras leyes castellanas.

¹²² La concesión de licencia para fundar mayorazgo solicitada sería, por medio de «privilegio general y perpetuo», para todos los naturales y habitantes del «recinto» o término de Gipuzkoa. No dependería, así pues, de una licencia personal e intransferible, como se había venido haciendo (con excepción de en la villa de Oñate). Tal privilegio facultaría a los padres guipuzcoanos para «fundar maiorazgo regular o electivo de todos sus bienes en uno de sus hijos legítimos, llamando, en falta de él y de su descendencia, a los demás hijos y descendientes legítimos; y a falta de éstos, a los naturales que tengan derecho de heredarlas; y a falta de ellos, a los ascendientes; y en su falta, a sus parientes; y en defecto de éstos, a los extraños», según lo dispuesto por la ley XXVII de Toro, recogida en la ley XI, título VI, Libro V de la Nueva Recopilación (1567) y al Lib. X, Tít. VI, Ley XI de la Novísima Recopilación (1805), con la diferencia de que en estos cuerpos legales se decía que a falta de hijos legítimos heredarían los ilegítimos. Se señalaba a cada uno de los demás hijos que no sucediesen en él una cantidad moderada por razón de sus legítimas, excluyéndoles con ella de todo su derecho, estableciendo como «proporcionada»

Resultó ser una petición extemporánea. Para entonces, los vínculos y mayorazgos se habían puesto en duda por los reformadores ilustrados que actuaban bajo las nuevas ideas igualitarias, individualistas y contrarias a toda vinculación o traba sobre la circulación de la propiedad. Como es sabido, con las leyes de desvinculación se empezaron a poner restricciones a nuevas fundaciones y se facilitó la venta y disolución de las existentes. No es de extrañar, dirá Ayerbe, que las diligencias hechas por los comisionados en el Consejo para que se aprobara la Ordenanza aprobada no llegasen a buen puerto¹²³.

2. Perspectiva crítica: Lola Valverde, Ohiane Oliveri y Janire Castrillo

En el caso de Gipuzkoa, contamos para el período de los siglos XV a XVIII, estudiado por Ayerbe, con las aportaciones de otras autoras como Lola Valverde y Ohiane Oliveri, cuya opinión sobre el estatuto jurídico de la mujer difiere de la de Rosa Ayerbe.

Lola Valverde, catedrática de Historia Contemporánea de la UPV/EHU, iniciadora de los estudios de género en la historiografía vasca, propició la renovación de los estudios históricos sobre la mujer en la Edad Moderna¹²⁴. Entre otras cuestiones, Valverde ha estudiado la influencia de los sistemas de transmisión de la herencia en la Edad Moderna sobre las mujeres vascas, en general, y guipuzcoanas, en particular, poniendo en duda la tesis de la igualdad de sexos en la transmisión de la casa.

para cada uno de los hijos «la de 100 ducados de vellón por lo tocante en los bienes raíces, y 50 por lo respectivo a los muebles», es decir, 150 ducados por el conjunto de la herencia. El acuerdo de vinculación y mayorazgo tomado por la Junta General de Guetaria en 1758 para asegurar la transmisión indivisa de la casa a favor del varón primogénito no debió ser un buen acuerdo, pues los nuevos aires impulsados por la Ilustración empezaban ya a reclamar otras vías de transmisión del patrimonio familiar. AYERBE IRIBAR, M.^a R., De la libertad de elección de heredera, op. cit., p. 204.

¹²³ AYERBE IRIBAR, M.^a R., De la libertad de elección de heredera, op. cit., p. 256.

¹²⁴ VALVERDE LAMSFUS, L., La influencia del sistema de transmisión de la herencia sobre la condición de las mujeres en el País Vasco en la Edad Moderna, *Bilduma*, 5 (1991), pp. 123-135; La transmisión de la herencia en Gipuzkoa durante la Edad Moderna: problemas, estrategias y consecuencias, *Iura Vasconiae*, 10 (2013), pp. 597-634. Véase, también: Contexto social y situación de la mujer vasca en el Antiguo Régimen, *Langaiaik*, 12 (1988), pp. 35-45; *Algunos aspectos sobre la ilegitimidad en Gipuzkoa durante la Edad Moderna*. II Congreso Mundial Vasco. Congreso de Historia de Euskal Herria, IV (La crisis del Antiguo Régimen), San Sebastián: San Sebastián: Editorial Txertoa, 1988, pp. 185-199; Mujer y transmisión del patrimonio, Valle de Larraun, siglos XVII-XIX, *Sukil, Cuadernos de Cultura Tradicional*, 1 (1995), pp. 51-56; Amor y matrimonio: estrategias para la elección de cónyuge en el País Vasco (s. XVI-XVIII), *Langaiaik* [Las mujeres vascas en la historia], 24 (1997), pp. 139-156; Familia, Ezkontzak eta genero-harremanak Azpeitian/Familia, matrimonio y relaciones de género en Azpeitia, Azpeitia: Ayuntamiento, 2011.

Mientras Ayerbe trata solo de pasada la conflictividad que provocó esta práctica de heredero único en la sucesión de numerosas haciendas en Guipúzcoa mejorando al heredero o heredera en el tercio y quinto, en cambio, Valverde apunta que:

a pesar de la importancia de la ideología de la Casa y el profundo respeto y acatamiento de los hijos e hijas de los designios paternos, surgió una gran problemática en el interior de las familias en torno a los derechos de los apartados, que queda ampliamente reflejada en la documentación¹²⁵.

Por otra parte, sin poner en duda la posibilidad de que las mujeres heredaran la casa, Valverde se cuestiona las razones por las que en las Juntas Generales guipuzcoanas se sigue planteando la cuestión de la herencia femenina, llegando a la conclusión de que la elección a favor de las herederas estaba supeditada a las estrategias económicas de mantenimiento de la casa. Ella piensa que se trataba de una necesidad a la que los padres se veían arrastrados para evitar la ruina de las casas endeudadas. La designación de las hijas como herederas sería una vía obligada pero no ideal ni auténticamente deseada por los legisladores guipuzcoanos que, de acuerdo con los tiempos, preferían la opción de deferir el patrimonio a los hijos varones. Para los caballeros junteros guipuzcoanos, «hacer herederas a las hijas no era una práctica recomendable ni deseable, pero en muchas ocasiones podía constituir la única manera de salvar una casa o un patrimonio». Así lo expresaron, según Valverde¹²⁶, en el referido memorial de Azcona y Góngora pidiéndole firmara una ordenanza que permitiera mejorar a las hijas¹²⁷.

¹²⁵ VALVERDE LAMSFUS, L., La transmisión de la herencia en Gipuzkoa, op. cit., p. 603.

¹²⁶ VALVERDE LAMSFUS, L., La transmisión de la herencia en Gipuzkoa, op. cit., pp. 624 y ss.

¹²⁷ Es posible, como afirma Valverde, que la ideología de los caballeros junteros a mediados del siglo XVIII fuera poco favorable al reconocimiento de derechos patrimoniales a las féminas, e incluso, que la costumbre se viera como un residuo histórico que permitía no obstante aliviar el estado de las haciendas cuando se trataba de patrimonios endeudados en el que muchas casas pasaron a perder la propiedad y convertirse en censarias o arrendatarias; pero, también cabe pensar que, más allá de la grave coyuntura en la que se hallaban gran parte de las propiedades alodiales en el siglo XVIII, el abogado de Cortes Rafael de Azcona, quiso recoger el principio que inspiraba la costumbre de transmitir el caserío al más capaz de los descendientes, fuera hombre o mujer, y que aún seguía vivo en la conciencia popular de la época. Algo de eso se deja ver, en efecto, en los pareceres de Tolosa y Ordizia cuando se vota la ordenanza sobre la mejora de las hijas en 1673. Existe una preocupación por transmitir los linajes, su nobleza y sus nombres, y se considera que los hombres los transmiten más plenamente que las mujeres, ya que, cuando ellas suceden, tales atributos se perpetúan a través de los varones que entran en esas casas. Tal pauta puede estar motivada por la definitiva consolidación del tronco, vinculado al patrimonio, como forma de filiación en el seno del cual se hace uso de la herencia, filiación que tiende a ser patrilínea. En efecto, el Memorial de Rafael de Azcona recoge la idea de que la continuación de la costumbre de nombrar herederas de la casa a las hijas permitiría seguir haciendo buenos casamientos, ya que las hijas no tendrán que esperar a la muerte de sus padres para obtener las legí-

timas y, en consecuencia, con los importes recibidos el día de su matrimonio podrán contribuir al levantamiento de las cargas de la casa del esposo, con quien contraen matrimonio; en suma, queda patente que el que las hijas tomaran o no estado con un mejor o peor partido, dependiendo de la aportación que podían dar al nuevo matrimonio, que venía impuesto por la conveniencia y no por el amor. Sin embargo, el memorial recoge un segundo argumento relativo a la bondad intrínseca de la costumbre por tratarse de un derecho igualitario entre hombres y mujeres: «También es favorable a la continuación de esta costumbre [se refiere a la obligación de los padres de dotar a las hijas con las casas] el que por este medio se conserva la igualdad encomendada del derecho entre los hijos sin constituir diferencia entre varones, y hembras, quedando hábiles, y capaces para poder ser mejoradas por contrato, como lo están por última voluntad». El contexto en el que se recoge esta declaración es el siguiente. El subrayado es nuestro: «[...] No solo para evitar los daños referidos es conveniente el que se mande guardar la costumbre, sino que también la Provincia ha reconocido que es necesaria para su mejor conservación, porque si se hubiera de correr con la disposición de la ley Real, no se pudiera hacer casamiento de las hijas, sin que precediese la averiguación de la hacienda de los padres, por no exponerse a que existiese la oferta de lo que pudo importar la legítima, y aunque la hija tenga elección del tiempo de su casamiento, o el de la muerte de sus padres para la consideración de la hacienda, no por eso se excusa lo preciso de la liquidación, con que se dificultarían, o imposibilitarían muchos casamientos, mayormente en vida de los padres, por no poder aver seguridad en las mejoras que quisiesen hacer en sus hijas; lo cual cesa con la facultad de poderlas mejorar hasta en la cantidad que se ofrece, y con esta permission se excusa el inconveniente del computo de los bienes de los padres, y se facilita que en sus días puedan dar estado a sus hijas con mas decencia, y favorece a esta consideración la precisa necesidad, y obligación que constituyó el derecho en los padres de dotar a sus hijas conforme a su calidad, y estado; y si se pusiera limitación en la cantidad, muchas veces quedarían sin dote competente, y se experimentarían dos disposiciones legales implicadas, y contrarias. También es favorable a la continuación de esta costumbre el que por este medio se conserva la igualdad encomendada del derecho entre los hijos sin constituir diferencia entre varones, y hembras, quedando hábiles, y capaces para poder ser mejoradas por contrato, como lo están por última voluntad. Conviene también para la conservación, y memoria de las Casas Solares de Gipuzkoa, por averse experimentado que por este medio se ha excusado la enagenación de muchas que estando obligadas a diferentes censos, y otras deudas, se han desmenuado, aplicándose por vía de mejora a las hijas, y en estos casos es quando de ordinario son mejoradas, y conviene que esta libertad se mantenga, de que no resulta inconveniente que pueda llamarse considerable a vista de la utilidad que se sigue de tener los padres esta elección para hacerla en hijo, o hija, según el estado de la hacienda, y quedan con mejor disposición para la comodidad de los demás hijos; y no estando estos excluidos, como no lo están, es cierto que los padres se inclinan siempre a ellos, no aviendo motivos de mayor conveniencia, como lo es la 247 conservación de las casas, cuya memoria se continua en los varones que entran por casamiento en ellas, tomando su mismo apellido, y nombre, sin menoscabo de su lustre, y estimación. En el Señorío de Vizcaya con el mismo fin de la conservación de las casas, tienen los padres facultad de dar a vno de sus hijos, o hijas todos sus bienes, excluyendo a los demás con cada vn arbol, por fuero especial que para ello ay; y en otras Provincias, y Reynos se observan semejantes leyes, y estatutos, y con ser este medio tan desigual, conviene muchas veces vsar dél, porque la división suele ocasionar el que se extingan las Casas Nobles, y se acabe su memoria; y también es conveniente que esta autoridad tengan los padres para la buena educación de los hijos, y para que tengan toda veneración, reconociendo que de su proceder, y atención están pendientes sus conveniencias. Deve también ponderarse el que no aviendo hijos varones a no poderse hacer mejora entre las hijas por vía de matrimonio, vendrían a enagenarse muchas Casas Solares, por ser de calidad que se imposibilitaría totalmente su conservación si se dividieran igualmente; y no obsta para ocurrir a este reparo la facultad que tienen los padres de mejorar a las hijas por testamento, porque lo regular es darles estando en vida; y no aviendo firmeza en la elección hasta la muerte, no podrían tener igual

Concluye la autora que la preferencia de la sociedad guipuzcoana en el Antiguo Régimen era claramente a favor de la herencia masculina, fuera de los casos residuales en los que no hubiera otra descendencia que la femenina, o cuando las haciendas estaban tan endeudadas que una dote masculina podía contribuir al levantamiento de las cargas, casando a la hija con un advenedizo más pudiente.

En cuanto al mayorazgo, Lola Valverde defiende que el afán vinculador sigue en la Provincia hasta finales del siglo XVIII, a diferencia de lo que sucedió en Castilla y también en Navarra, siendo particularmente activo en este período. Según Valverde la profusión de vinculaciones llegó a extremos que podrían ser calificadas de ridículas si tras esta manera de actuar no se adivinara el diseño de una estrategia para mantener la unidad de la casa y para evitar las disensiones familiares que llegaban profusamente a los tribunales en forma de reclamaciones por la forma de repartir las legítimas, como ya se indicó más arriba¹²⁸. Pero lo que al principio podía parecer una ventaja, al final del período, cuando se produce la crisis económica que asoló Gipuzkoa durante gran parte del siglo XVIII, el mayorazgo irregular se convirtió en un factor de divi-

disposición para darlas estado, y con la observancia de la costumbre se ocurre a todo lo referido, pues con mejorar a una de las hijas reservando dote competente para las demás, conforme al caudal, y calidad de los padres, aseguran los daños, y perjuicio que de lo contrario resultarían». Memorial a la Reina nuestra señora, en nombre de la Muy Noble y Muy Leal Provincia de Guipuzcoa sobre que se confirme la ordenanza que hizo en su Junta General para que en conformidad de la costumbre antigua puedan los padres mejorar en el tercio y quinto de sus bienes a sus hijas por vía de dote, sin embargo de la ley de Madrid, realizado por el Doctor Don Rafael de Azcona y Góngora, Abogado de los Reales Consejos, y antes Colegial del Mayor de Sancti Spiritus de Oñate y catedrático de Prima de Cánones de su Universidad [Biblioteca Nacional de España (Madrid). Sala General, Sede Recoletos. Sig. 3/75878 (2). Cuadernillo impreso de 6 fols.]. Publicado en el *Boletín de Estudios Históricos sobre San Sebastián*, 44 (2011), 429-465 bajo el título de «Memorial del Doctor Don Rafael de Azcona y Góngora, elevado a la Reina, sobre la Ordenanza de mejora de hijas en 3.º y 5.º por vía de dote aprobada por Gipuzkoa en 1659».

¹²⁸ Oliveri confirma la afirmación de Valverde de que entre finales del XVII y durante el XVIII es cuando el uso de la vinculación por mayorazgo parece cambiar de sentido en la práctica de la transmisión de la herencia en la Provincia. Durante el siglo XVI y buena parte del XVII se fundaron mayorazgos reales por parte de linajes emergentes, vinculándose casas con importantes bienes raíces y cuyos miembros tienen contactos en el mundo de la Monarquía. Son mayorazgos reales en los que gran parte del patrimonio está situado fuera de la provincia. A finales del XVII y durante el siglo XVIII estas pautas cambian. Comienzan a vincularse, observa Oliveri, casas que tienen como único bien los pertenecidos anejos a ellas. Las diferencias entre patrimonios vinculados son enormes y las estrategias de vinculación responden también a situaciones muy diferentes, dirá la historiadora. En efecto, parece que estas vinculaciones responden sobre todo a la necesidad de defender la unidad del patrimonio familiar frente a las exigencias de los no herederos. Como hemos visto a mediados del siglo XVIII y ante la imposibilidad de seguir aplicando la vía castellana de la mejora, la propia Provincia propondrá la fundación de mayorazgos no reales como la mejor solución. OLIVERI KORTA, O., *Mujer y herencia*, op. cit., p. 65.

sión de las haciendas, que era precisamente lo que, con la implantación del mayorazgo, se había querido evitar¹²⁹.

En la línea de las autoras críticas con la tesis de la igualdad entre sexos del derecho sucesorio vasco, Janire Castrillo señala que, a partir del siglo xv de ordinario se prefirió a los varones para la sucesión¹³⁰. En esta época, salvando casos muy localizados de matrilocalidad, se da una desigualdad en relación al número de veces que heredaron las mujeres: la presencia de un número ligeramente más elevado de mujeres elegidas para ser sucesoras de la casa familiar respecto a otras regiones, no justifica la afirmación de que en las provincias vascas heredaran las mujeres en pie de igualdad con los hombres¹³¹. Cuando heredaron las mujeres de forma preferente, se dieron pautas de no de matrilinealidad sino de matrilocalidad, como el que se produjo en Gipuzkoa en el periodo mencionado de los siglos xvi y xvii¹³². Por lo tanto, debe destacarse que si bien muchos autores han subrayado la igualdad de derechos sucesorios que el sistema foral brindó a los descendientes de ambos sexos¹³³, en la práctica esto se tradujo en una discriminación a la mujer, ya que de ordinario se prefirió a los varones para la sucesión.

Estas conclusiones derivan del estudio de un centenar de pactos sucesorios de los tres territorios vascos en el periodo comprendido entre los años 1330 y 1524. Según la autora estos datos demuestran que a partir del siglo xv, el tipo de dote que las mujeres recibieron más frecuentemente fue una cantidad de dinero (72% de los casos); al dinero le siguió la entrega de casas, la mitad situadas en entornos urbanos (37% de los casos); los lotes de tierra aparecen en el 20% de las escrituras (montes, minas de hierro, fincas y pequeñas huertas) y los edificios agrarios en el 9% de los casos (molinos, herrerías y pajares)¹³⁴.

¹²⁹ VALVERDE LAMSFUS, L., La transmisión de la herencia, op. cit., p. 612.

¹³⁰ CASTRILLO CASADO, J., Las Mujeres vascas, op. cit., p. 35.

¹³¹ CASTRILLO CASADO, J., Las Mujeres vascas, op. cit., p. 34.

¹³² Para el caso de Gipuzkoa cita a OLIVERI KORTA, O., *Mujer y herencia en el estamento hidalgo guipuzcoano durante el Antiguo Régimen (siglos xvi-xviii)*, Donostia: Diputación Foral de Gipuzkoa, 2001. Para Bizkaia: ARBAIZA VILLALONGA, M., El papel de la mujer en la formación del agregado doméstico en la sociedad preindustrial vasca. En M. V. LOPEZ CORDON y M. CARBONELL ESTELLER, (eds.) *Historia de la mujer e historia del matrimonio*, Murcia: Universidad de Murcia, pp. 299-315. Para Navarra (valle de Aoiz): ZABALZA SEGUIN, A., Casa e identidad social. La casa en la sociedad campesina: Navarra, 1550-1700. En J. M. IMÍZCOZ BEUNZA (ed.) *Casa, familia, sociedad*, Leioa: UPV/EHU, 2004, pp. 79-95.

¹³³ Entre las autoras que han afirmado que existen pautas de matrilocalidad cita erróneamente a VALVERDE LAMSFUS, L., La influencia del sistema de transmisión de la herencia sobre la condición de las mujeres en el País Vasco en la Edad Moderna, *Bilduma*, 5 (1990), pp. 123-135.

¹³⁴ CASTRILLO CASADO, J., Las Mujeres vascas, op. cit., p. 38. Cabe dudar del método empleado por Castrillo para obtener conclusiones relevantes en materia de sucesión femenina en

Aunque, a renglón seguido, incurriendo en cierta contradicción con sus afirmaciones anteriores, la autora dirá que: «[...] pese a las limitaciones mencionadas, lo cierto es que en el País Vasco hubo mujeres que sucedieron en la casa con relativa frecuencia [...] habitualmente, las familias tendían a privilegiar a la hermana mayor»¹³⁵. Las fuentes de comienzos del siglo XIV perfilaban todavía repartos sin ninguna pretensión manifiesta de relegar a las mujeres a posiciones hereditarias secundarias, dirá la autora, aunque para sostener este hecho aporta dos casos, quizá no del todo relevantes. Pero, ya en el siglo XV, seguirá diciendo la autora, numerosos testamentos establecían ya un orden sucesorio que brindaba a los hijos mayores posibilidades de acceder a la hacienda raíz, citando dos testamentos uno referente a una casa en Santurtzi y otra en Bergara¹³⁶.

En su trabajo sobre la mujer y la herencia en el estamento hidalgo guipuzcoano, la historiadora Ohiana Oliveri dirá respecto de la preferencia masculina en la herencia a la que se refiere Valverde que esta afirmación debe ser matizada,

ya que no es en modo alguno absoluta, y se ve interferida por un hecho transcendental: la casa. En última instancia, es ella la que decide la posición de cada uno de sus miembros con respecto a la sucesión, como ya hemos podido observar por las citas anteriores, es ella la que establece las relaciones patrimoniales¹³⁷.

el conjunto del País Vasco. En primer lugar, parece que en la muestra no se hace distinción entre territorios ni zonas aforadas; tampoco se segmentan los casos de transmisión de la casa solar y el resto de las dotes en las que se transmiten bienes inmuebles que no necesariamente son bienes de abolengo. No sabemos cuántos documentos corresponden a cada una de estas categorías, y, por tanto, tampoco sabemos en cuántos se estaba aplicando el derecho castellano y en cuántos la sucesión se ordenó en base al derecho foral escrito o consuetudinario.

¹³⁵ CASTRILLO CASADO, J., *Las Mujeres vascas*, op. cit., p. 37.

¹³⁶ La autora no parece advertir que estos ejemplos son poco significativos de la tónica general, ya que en estas dos villas rige el Derecho real castellano. Tampoco son válidos los otros ejemplos que cita ya que en San Sebastián se aplicaba el Fuero de San Sebastián en el que la influencia del Fuero de Estella y el de Jaca son notables en este punto; y que en el caso de los Butrón se estaban repartiendo bienes raíces fuera del territorio aforado, como es el caso de Burgos.

¹³⁷ Ohiane Oliveri, en su trabajo de investigación sobre la mujer y la herencia en el estamento hidalgo guipuzcoano durante el Antiguo Régimen (siglos XVI-XVIII), acomete una revisión sistemática de expedientes y documentos relativos al gobierno provincial, pleitos y protocolos de esta época (contratos matrimoniales, testamentos, curadurías, y mayorazgos). Lo que en este trabajo se ofrece es un análisis del lugar que ocupaba la mujer en la práctica hereditaria guipuzcoana durante los siglos XVI a XVIII, más concretamente entre 1500 y 1775. OLIVERI KORTA, O., *Mujer y herencia en el estamento hidalgo guipuzcoano durante el Antiguo Régimen* (siglos XVI-XVIII), Donostia: Diputación Foral de Gipuzkoa, 2001, p. 253.

Esta autora comprueba en su trabajo sobre las mujeres guipuzcoanas que, hasta el siglo XVI, ellas fueron capaces de transmitir junto con el patrimonio raíz, el nombre de las casas a sus descendientes cuando ellas eran las herederas¹³⁸. La troncalidad posibilitaba que en los casos de mujeres sucesoras fueran ellas las que transmitieran el apellido, superponiéndolo al del esposo, ya que, en buena parte del País Vasco, sobre todo allí donde pervivió el sistema de familia troncal, los individuos se identificaban a través de su pertenencia a determinada casa¹³⁹. Este fenómeno se fue desdibujando a partir del siglo XVII en el que el linaje masculino y la transmisión del apellido van adquiriendo paulatinamente un mayor peso en la sociedad guipuzcoana¹⁴⁰.

Según los protocolos notariales consultados por Oliveri, de 332 documentos en los que se transmite la casa, 206 representan la elección de un varón y 126 la elección de una mujer, lo que da porcentajes del 62,04% y 37,95% para cada caso. Sin embargo, si analizamos más detenidamente las elecciones hechas en mujeres, descubrimos que de esos 126 casos 83 elecciones, es decir, el 65,87%, corresponden a casos en los que sólo hay hijas para heredar, bien porque no se han tenido hijos varones, bien porque los varones que se han tenido tienen algún problema para hacerse cargo de la herencia (son curas o están ausentes en Indias). Sólo en 43 casos la elección recae sobre una hija en concurrencia de hermanos capaces de hacerse cargo de la casa, lo que da un porcentaje del 34,12% de sucesión en pie de igualdad.

Contemplando estos resultados la autora dirá que:

Aun teniendo en cuenta lo pequeño de la muestra y lo rudimentario de la cuantificación, pensamos que estas cifras pueden ser representativas de una pauta que evidencia la preferencia por los varones a la hora de la sucesión, sin que esto reste importancia al hecho de que, por las necesidades de la casa o porque no hay más que hijas, las herencias recaigan en no pocas ocasiones sobre las mujeres y se transmitan a través de ellas¹⁴¹.

En cualquier caso, no parece que fueran únicamente las casas endeudadas las que recurrían a las hijas, como una manera de salir adelante casando a la heredera con un varón que aporte una dote. Los casos estudiados por Oliveri ponen de manifiesto que el ejercicio de la libre elección de la persona más capacitada, como otra serie de motivos, como el hecho de que únicamente hayan nacido hijas de un matrimonio o la necesidad de levantar las cargas de la casa, hacen que la transmisión de la herencia por medio de una mujer sea algo nor-

¹³⁸ OLIVERI KORTA, O., *Mujer y herencia*, op. cit., p. 253.

¹³⁹ MICHELENA, L., *Apellidos vascos*, Donostia: Txertoa, 1973, pp. 7-33.

¹⁴⁰ OLIVERI KORTA, O., *Mujer y herencia*, op. cit., p. 56.

¹⁴¹ OLIVERI KORTA, O., *Mujer y herencia*, op. cit., p. 223.

mal en la Provincia, lo cual evidencia la importancia de su papel como transmisora del patrimonio.

Por su parte, Oliveri coincide con Ayerbe en que en las vinculaciones por mayorazgo que se producen en la Provincia a partir del XVII, la preferencia por el varón se hace más acusada. Pero, aunque la elección recaiga mayormente en los varones, Oliveri subraya que,

la conservación de la libre elección de heredero en los vínculos guipuzcoanos abría la posibilidad de que las mujeres accedieran a los mismos y conservaba, además, para los padres, la autoridad y el poder que la capacidad de escoger les otorgaba¹⁴².

Dejando de lado el estudio de la sucesión, que parece el elemento más distintivo y también el más controvertido a la hora de establecer las pautas que siguió la herencia matrilineal en Gipuzkoa, nos referiremos ahora al régimen económico matrimonial estudiado por Oliveri en su trabajo sobre las mujeres guipuzcoanas en el Antiguo Régimen, que no ha sido abordado por el resto de las autoras a las que nos hemos referido en este epígrafe.

Recuerda la autora que en la Provincia hubo diferentes sistemas para regir el orden de la sociedad conyugal. En realidad, se vive, como ocurre en el resto de los territorios vascos, en una especie de sociedad familiar en la que ambos matrimonios ostentan derechos patrimoniales y de goce sobre los bienes aportados al matrimonio. Sin embargo, en el Fuero de San Sebastián (ca. 1181) se esbozó la idea de la dirección del marido de forma clara parecía decantarse por el sistema de gananciales (leyes 3,9,1-2 y 3,9,6). El Fuero contenía signos de desequilibrio entre las capacidades administrativas: mientras el marido podía enajenar unilateralmente sus bienes propios, el hecho de que la esposa no apareciese mencionada, significaba que tenía que pedir permiso para enajenar sus bienes propios. No obstante, las leyes 3,9, 10 y 3,9, 11 ponían límites a las facultades maritales cuando indican que no podían disponer del patrimonio propio de la esposa ni de los gananciales, a menos que tuviese

¹⁴² Dentro de los mayorazgos fundados a partir del tercio y quinto había, sin embargo, dos tipos diferentes: aquellos en los que la elección, en principio, podía hacerse igualmente entre todos los hijos de un poseedor, sin preferencia por el sexo ni por la edad, y aquellos en los que se especificaba que la elección debía verificarse, en primer lugar, entre los varones, y a falta de éstos, en las hembras. La razón por la cual se escoge la elección como forma para ordenar la sucesión reside en la conservación, por parte de los padres, de su capacidad para escoger al más idóneo de los hijos e hijas para la conservación de la casa y en la posibilidad de hacer uso de una de las formas más relevantes de su autoridad: la capacidad de elegir entre todos los hijos al sucesor. Sin embargo, la existencia de vínculos electivos no es óbice para que la preferencia por los varones se manifieste con claridad. OLIVERI KORTA, O., *Mujer y herencia*, op. cit., p. 185. Oliveri estudia como ejemplo el pleito que se desarrolla en torno a la herencia de la casa de Arrate en Andoain. Jacobo de Anzizu y María Josefa de Apaizteguia capitularon su matrimonio por escritura otorgada en 1681. OLIVERI KORTA, O., *Mujer y herencia*, op. cit., p. 187.

el consentimiento expreso, quedando de otro modo invalidado el negocio jurídico de enajenación¹⁴³.

En este sentido, podría pensarse, siguiendo a Oliveri, que en los matrimonios guipuzcoanos está vigente también, de alguna manera, la comunicación foral, pero lo cierto es que, a pesar de esta especie de «condominio», rige formalmente el régimen castellano de gananciales y se aplica, además, en los casos de repartos de herencia, según lo estipula el Derecho común¹⁴⁴. En Guipuzkoa, al igual que en Bizkaia, dirá Oliveri:

Para aquellas mujeres dueñas de los bienes raíces la situación podía ser diferente, porque si bien es cierto que en la donación la posesión de los bienes se traspa, también es cierto que hasta el momento del testamento ellas tendrían potestad para disponer de ellos y que la propiedad otorga autoridad [...]. Las mujeres dueñas de los bienes disponen de ellos como tales señoras, incluyendo en los testamentos mandas a favor de sus maridos¹⁴⁵.

La autora estudia también a la situación del cónyuge viudo en la costumbre guipuzcoana. Desde el momento en que el matrimonio donante de la casa por medio de pacto sucesorio se reserva de por vida la mitad del patrimonio,

podemos afirmar que el régimen de convivencia pactado en los contratos matrimoniales aseguraba, de hecho, que el cónyuge viudo, fuera o no dueño de los bienes, disfrutara de una parte del usufructo de los mismos como señor de los mismos, como señor de la casa¹⁴⁶.

En la medida en que, en la mayoría de los casos, los bienes de las esposas se reducen a sus bienes dotales, estas disposiciones, serán de una gran importancia para asegurar el futuro de la mujer viuda en la casa de su marido, dirá Oliveri. Sin embargo, estas cláusulas no eran la única vía que los matrimonios tenían para asegurar la situación del cónyuge viudo, en especial cuando los hijos eran menores en el momento de la muerte de uno de ellos y aún no se había concertado un matrimonio para la perpetuación de la casa. Tal situación se mantiene, entre otras cosas, por la calidad de señor o señora del viudo o viuda. Toda una serie de legados y mandas testamentarias podían contribuir al mantenimiento del mismo.

¹⁴³ SALINAS QUIJADA, F., El derecho en el Fuero de San Sebastián y sus relaciones con el derecho civil en los fueros navarros. En *Actas del Congreso El Fuero de San Sebastián y su época*. Donostia: Eusko Ikaskuntza, 1982, pp. 301-378.

¹⁴⁴ OLIVERI KORTA, O., Mujer y herencia, op. cit., p. 123.

¹⁴⁵ OLIVERI KORTA, O., Mujer y herencia, op. cit., p. 87.

¹⁴⁶ OLIVERI KORTA, O., Mujer y herencia, op. cit., p. 145.

Se refiere, finalmente, la historiadora, al consejo de familia, que tiene un origen antiguo, ya que muchos fueros locales hacen desaparecer el estatus de hijo una vez fallecido el progenitor, pasando este a depender del consejo de familia. Con la instauración progresiva de un modelo de familia de linaje, fue decayendo la tendencia a designar tuteladas mancomunadas, y fueron las madres las que asumieron esta función¹⁴⁷. Aunque en Gipuzkoa, la institución sigue apareciendo hasta el siglo XVI, dato que es corroborado por la Dra. Ayerbe en su trabajo sobre la costumbre guipuzcoana¹⁴⁸.

VI. LA MUJER EN LOS FUEROS LOCALES Y EN EL FUERO GENERAL DE NAVARRA

Sorprende la poca atención que ha recibido la cuestión del estudio histórico del género por parte de la historiografía jurídica contemporánea navarra, cuyas preocupaciones y enfoque han sido otros en los últimos decenios¹⁴⁹. La falta de interés por la cuestión de género de los historiadores del Derecho ha sido parcialmente suplida por otras ramas historiográficas que han dado cuenta de la condición de la mujer en el Antiguo Reino.

A estas aportaciones nos referiremos a continuación con el ánimo de aportar un estado de la cuestión sobre la materia en el Derecho histórico de Navarra, aunque previamente debemos referirnos a una obra singular del que carecen los territorios hermanos de la Vasconia continental y peninsular. Nos referimos al estudio más completo sobre la condición femenina en el derecho histórico de Navarra que data de 1890, debida al jurista hispanista galo, Georges-Nicolas Desdevises du Dezért.

1. La historiografía jurídica: el hispanista Desdevises du Dezért

Desde el punto de vista de la historiografía jurídica, la primera contribución al estudio de la condición femenina en el Derecho histórico de Navarra se debe a Georges-Nicolas Desdevises du Dezért (Lessay, 1854 - Chamalières, 1942). Doctor en Derecho y en Historia, profesor de historia en la Universi-

¹⁴⁷ OLIVERI KORTA, O., *Mujer y herencia*, op. cit., p. 154.

¹⁴⁸ AYERBE IRIBAR, M.^a R., *Instituciones tradicionales*, op. cit., p. 334. Vid. Igualmente NAVAJAS LAPORTE, A., *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, Donostia: Soc. Gip. Ediciones y Publicaciones, 1990, pp. 84 y ss.

¹⁴⁹ Una revisión de las fuentes doctrinales sobre la cuestión de la historia del matrimonio y del derecho de familia en Navarra, véase JIMENO ARANGUREN, R. Examen de las fuentes para el estudio de la historia del matrimonio y de las uniones permanentes: una aproximación desde Navarra, *Estudios de Deusto*, 63-1 (2015), pp. 287-326.

dad de Clermont-Ferrand, este normando de origen se convirtió en uno de los principales hispanistas de la época, como reconocía Gabriel Monod¹⁵⁰. Su obra más conocida, *L'Espagne de l'Ancien Régime*¹⁵¹, fue calificada por Charles Tranchant como «un verdadero monumento al país que ha sido objeto de sus simpáticas e infatigables investigaciones»¹⁵².

Su método historiográfico trascendió el positivismo dominante en la época para abarcar una multiplicidad de fuentes (archivos notariales, obras literarias, costumbres y tradiciones, cancionero, etc.) que dotan a sus observaciones de una visión puntillista y colorida, y hacen de su obra un retrato complejo de la España del siglo XVIII. «La vida, ese será el objetivo; he ahí también cuál es la dificultad», afirmaba en su obra sobre la España del Antiguo Régimen¹⁵³.

Navarra recibió una atención preferente desde sus primeras obras. Su primera tesis doctoral trató sobre la condición femenina y el régimen matrimonial en el Fuero de Navarra; la segunda, en Historia, versó sobre Carlos de Aragón, el Príncipe de Viana (1889). De la tierra que «ocupa el primer lugar entre los países fueristas», resaltaba el espíritu aristocrático de sus habitantes, y la bondad y liberalidad de sus normas, especialmente las referidas a la mujer, comparándolas con las legislaciones de otras regiones peninsulares y las francesas, como veremos a continuación¹⁵⁴.

En general el rasgo que más llama la atención al hispanista es la «inviolable fidelidad» al fuero y su pervivencia hasta el momento en que escribía. Tal vez por ello se fijaba en el pueblo, del que ofrecía una imagen idílica: «Vive un poco como vivía el habitante de la antigua Grecia, y si es menos artista no es menos celoso de su ocio, menos orgulloso de su libertad ni está menos dispuesto a defenderla». Su interés por los territorios del norte hacía que planteara lo que hubiera sido la península (lo que ha sido interpretado como influencia del grupo euskaro que lo acogió en sus visitas a Pamplona), si el Príncipe de Viana hubiera unificado esa España foral: «Una especie de república apacible y laboriosa, agrícola y mercantil, cuya prosperidad y sabia organización habrían sido la envidia de estados mayores y aparentemente más poderosos». Resaltaba en sus escritos la independencia de esas tierras, ajenas o al

¹⁵⁰ CASPISTEGUI, F. J., *Desdevises du Dezért*, Georges-Nicolas, *Notitia Vasconiae. Diccionario de historiadores, juristas y pensadores políticos de Vasconia*, III.

¹⁵¹ *L'Espagne de l'Ancien Régime, 1897-1904*. I. La société. II. Les Institutions. III. La richesse et la civilisation), Paris: Société Française d'Imprimerie et de Librairie, Librairie Lecène et Cie, 1897-1904.

¹⁵² En un tono más crítico se refirió a la obra RODRÍGUEZ VILLA, A. La España del Antiguo Régimen, *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 31 (1897), pp. 39-44.

¹⁵³ CASPISTEGUI, F.J., *Desdevises du Dezért*, s/n.

¹⁵⁴ DESDEVISES DU DEZÉRT, G. N., Navarra-poesía en francés, *Revista Euskara*, 4 (1881), pp. 273-274.

menos hostiles a la introducción de poderes extraños, desde los celtas a los romanos, visigodos y árabes, conformándose como un estado euskaro al menos hasta el siglo XIII, cuando casi desapareció como tal, «ya que la mayor parte de los hombres de lengua éuscara vivían ya fuera de su territorio»¹⁵⁵.

Señalaba la paulatina pérdida del euskera y su reclusión en las montañas, y la precaria situación de su independencia política en sus dos últimos siglos de vida propia. Al estudiar el régimen foral en España en el siglo XVIII, veía los constantes ataques al mismo y señalaba que su supervivencia la garantizó la guerra de 1808, dado que con la restauración de Fernando VII, señalaba, «España volvió a caer en la esclavitud, los vasco-navarros regresaron naturalmente a sus antiguas leyes y, dado que no podían ser libres como españoles, lo fueron como vascos y como navarros». Esta idealización también la recogió en los tres volúmenes sobre la España del Antiguo Régimen, en la que las comparaciones de las tierras vasco-navarras siempre eran favorables respecto a las del resto de España, a las que consideraba insertas en la negligencia y el abandono¹⁵⁶.

En relación a su intensa actividad social y cultural, cabe señalar que su sensibilidad por la cultura de la tierra le llevó a organizar los juegos florales en Normandía y en Auvernia¹⁵⁷. De ideas avanzadas para la época, colaboró con diversas asociaciones que ponían en valor el papel que habían jugado las mujeres en la histórica, como es el caso de *Union des femmes* de France¹⁵⁸. Su temprana preocupación por la condición femenina lo llevó a dedicar su primera tesis doctoral, se ha dicho ya, a la condición de la mujer en el Fuero General de Navarra.

La publicación de su trabajo se produjo a través de un artículo de 31 páginas intitulado «De la condition de la femme marié en Navarre d'après le Fuero General (XIV et XV siècles)» aparecido en francés en la Revista *Pyrénées*¹⁵⁹. En este artículo, Desdevises estudia el régimen matrimonial histórico en el Fuero General de Navarra, haciendo referencia a documentos privados provenientes de los archivos de Navarra y citando abundantemente la doctrina foralista de

¹⁵⁵ CASPISTEGUI, F. J., Desdevises du Dezért, s/n. Sobre la extensión del euskara en la época, cuestionando la afirmación de Desdevises, ver JIMENO JURIO, J.M., *Navarra. Historia del euskara*, Iruña: Txalaparta, 1997.

¹⁵⁶ CASPISTEGUI, F.J., Desdevises du Dezért, s/n.

¹⁵⁷ CASPISTEGUI, F.J., Desdevises du Dezért, s/n.

¹⁵⁸ Era partidario de intensificar las materias de lógica, geometría y matemática en los liceos femeninos franceses de principios de siglo, con el fin de que las jóvenes «cultiven su razón para dotarse de una inteligencia más auténtica, más delicada, más humana». DESDEVISES DU DEZÉRT, M. G., *Conférence pour l'Union des femmes de France*, Clermont-Ferrand, 1900

¹⁵⁹ DESDEVISES DU DEZÉRT, M. G., De la condition de la femme marié en Navarre d'après le Fuero General (XIV et XV siècles), *Revue des Pyrénées*, 4 (1890).

la época¹⁶⁰. Adopta una perspectiva comparada, contrastando el Derecho navarro con los diferentes códigos jurídico privados forales hispánicos. La sistemática empleada para el análisis de las cuestiones relativas a la mujer antes, durante y después del matrimonio introduce claridad e inteligibilidad en el estudio del Fuero General, cuya organización, como es sabido, dista de ser fácilmente inteligible desde la lógica jurídica contemporánea. Su estudio no se limita a repetir lugares comunes, sino que adopta la actitud del antropólogo cultural decimonónico guiado por la pretensión de descubrir las claves de un derecho y unas costumbres que considera de gran valor, pero mal estudiadas para la época¹⁶¹.

Sin embargo, el artículo tuvo escasa repercusión en su época, salvo en el círculo éuskaró que Desdevises frecuentó en sus estancias en Pamplona¹⁶².

En su trabajo se ocupa con buena sistemática de las instituciones más relevantes contempladas por el Fuero en relación al matrimonio, suscribiendo la opinión muy extendida en la época de que la gran originalidad del Fuero General en materia de reconocimiento de derechos a las mujeres consistía en la institución de la «fealdat» o usufructo vidual universal, que identifica con el usufructo poderoso vizcaíno. Veamos punto por punto lo más destacable de su estudio.

En primer lugar, aborda la diferencia establecida por el Fuero General entre dote y arras, subrayando el hecho de que la dote, a pesar de no estar regulada, se practicaba asiduamente en Navarra y revertía en su totalidad a la disolución del matrimonio en la familia de la mujer, y sobre la que existían garantías importantes como la indisponibilidad por parte del marido y la fianza que debía establecerse para afirmar su devolución.

¹⁶⁰ MORET, S., D. PRENDESGAST, L. SILVELA, *La familia foral*, Madrid: 1863, p. 70. ANTEQUERA, J. M., *Historia de la legislación española*, Madrid: 1884; GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos, o estudios fundamentales, sobre estudios del Derecho civil español*, Madrid: 1878. DIESTE Y JIMENEZ, M., *Diccionario del derecho Aragonés*, Madrid: 1849. LEHR, E., *Elements du Droit civil espagnol*, Paris: 1880. ZUAZNAVAR, J. M.^a, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación de Navarra*, San Sebastián: 1827-29, 5 vols.; ILLARREGUI, P. y S. LAPUERTA, *Fuero General de Navarra*, Pamplona: 1869.

¹⁶¹ «España es para el erudito una verdadera tierra de promisión; tiene bibliotecas inmensas, riquísimos depósitos de archivos, todo es fácilmente asequible, y apenas nada ha sido explorado, es una selva virgen, pero es difícil trabajar en ella. España, que renace apenas a la vida científica, no tiene nada de lo que yo llamaría comodidad de trabajo». CASPISTEGUI, F. J., Desdevises du Dezért, s/n.

¹⁶² En el mismo número de la Revista Euskara en el que Desdevises publica el artículo citado sobre Navarra, Navarro Villoslada publica un trabajo etnográfico-literario sobre la mujer en Navarra sin citarlo. NAVARRO VILLOSLADA, F., La mujer navarra, *Revista Euskara*, 4 (1881), pp. 198-203.

A continuación, subraya la extensión del usufructo viudal (al que se refiere como «fealdat») sobre el conjunto de los bienes del matrimonio, incluidos los privativos del marido, que observa también en Título XX del Fuero de Vizcaya. Le parece esta «una de las instituciones más originales y de las más loables del derecho navarro» y la compara con otros derechos mucho más restrictivos como el Fuero de Bearne o el Derecho castellano o catalán, «ni siquiera el aragonés que no se extiende a los bienes muebles del marido»¹⁶³.

Seguidamente, describe el régimen económico matrimonial de conquistas, en el que le llama la atención el derecho de la mujer a la copropiedad de los bienes gananciales pendiente matrimonio, observando que el derecho de la mujer a la mitad de las conquistas era tal que se imponía a cualquier otro derecho de tercero, concluyendo que «ninguna legislación española es tan favorable a la mujer como el régimen de comunidad universal», aunque observa también que el Fuero no atribuye formalmente este derecho a la «villana», que en el caso enviudar sin hijos verá como los bienes del marido retornan al tronco familiar del que proceden junto con la mitad de los bienes adquiridos pendiente matrimonio, y en el caso de que tengan hijos en común su derecho de usufructo se limita a la mitad de los activos, cosa que le parece deplorable, aunque limita su alcance al demostrar documentalmente que no era seguida por la costumbre notarial que se reflejaba en los contratos matrimoniales¹⁶⁴.

Más adelante relata las formalidades de la celebración del matrimonio en las distintas épocas, sobre todo, su carácter puramente civil y disoluble hasta el reinado de Sancho el Mayor, siendo el recurso de la mujer, en caso de que no deseara seguir conviviendo con el marido, al arbitraje de los padres y parientes próximos la institución que más le llama la atención¹⁶⁵. En este punto se sorprende el autor el primitivismo de la prueba de la doncellez exigida a las mujeres nobles y le atribuye un origen árabe¹⁶⁶. Además, los alimentos debidos a la mujer, que le parecen escasos y constata que la patria potestad responde a unas pautas completamente diferentes a las del Derecho romano y al de las Partidas, puesto que apenas se contemplaba en el Fuero y se dejaba a la costumbre y a las reglas de equidad. Esto explicaría la falta de referencia del Fuero a la tutela de la viuda sobre los hijos del matrimonio, y en esto se opone a lo que opina el padre Moret, argumentando que la patria potestad solo se

¹⁶³ DESDEVISES DU DEZÉRT, G. N., De la condition de la femme marié en Navarre, op. cit., p. 22.

¹⁶⁴ DESDEVISES DU DEZÉRT, G. N., De la condition de la femme marié en Navarre, op. cit., p. 11.

¹⁶⁵ DESDEVISES DU DEZÉRT, G. N., De la condition de la femme marié en Navarre, op. cit., p. 12.

¹⁶⁶ DESDEVISES DU DEZÉRT, G. N., De la condition de la femme marié en Navarre, op. cit., p. 13.

menciona en el Fuero como una carga hereditaria, sin carácter de función pública (*manus publicum*). En cambio, Desdevises dirá que el Fuero regula detalladamente los alimentos debidos por los hijos a los padres enfermos o ancianos, todo lo cual le parece conveniente y acorde con la ley natural¹⁶⁷.

En materia de capacidad contractual, afirma que el derecho navarro reconoce a la mujer la capacidad de recibir y de disponer en pie de igualdad con el varón. Aunque el autor observa que el matrimonio reduce la capacidad jurídica de la mujer sometiéndola a la voluntad del marido en diversos puntos como la obligación de fidelidad de la mujer que no es correspondida por la del varón noble que puede tomar amiga si falta del territorio en el que está su mujer; además, el marido es formalmente el administrador de los bienes comunes y de los de la mujer; la mujer no puede tomar prestado sin el consentimiento del marido, tampoco puede vender los inmuebles de su propiedad sin consentimiento del marido; no puede prestar fianza. Todo lo cual le parece también apropiado y acorde con la ley natural y el buen funcionamiento de la hacienda doméstica. En su opinión, el Fuero alcanza un equilibrio adecuado entre los esposos porque, el marido no puede vender los bienes de su mujer (arras y conquistas) sin autorización y se admiten los contratos onerosos entre los esposos. En cambio, la aversión del Fuero a las segundas nupcias y sus consecuencias tanto para el bínubo, tanto hombre como mujer, le parecen excesivas,¹⁶⁸ aunque, alaba el hecho de que las viudas recuperen la libertad de disponer de sus propios bienes, salvo los de abolorio y patrimonio¹⁶⁹.

Observa que los cónyuges pueden testar en común en un mismo acto del que le llama la atención la inmutabilidad una vez fallecido uno de ellos¹⁷⁰. Constata que a partir de 1098 la libertad de testar absoluta, y es reconocida a cualquier mujer infanzona a partir de los 12 años al igual que al varón, a reserva de la *vecindad* y en el caso de la villana, se admitía la donación *inter vivos* para mejorar a alguno de los descendientes. En este punto, Desdevises reconoce que el espíritu aristocrático de los navarros los lleva comúnmente a testar en favor del primogénito varón en detrimento de las hijas, aunque esto no estuviese probado¹⁷¹. Un dato en contrario es que no hay diferencia entre

¹⁶⁷ DESDEVISES DU DEZÉRT, G. N., De la condition de la femme marié en Navarre, op. cit., p. 16.

¹⁶⁸ DESDEVISES DU DEZÉRT, G. N., De la condition de la femme marié en Navarre, op. cit., p. 22.

¹⁶⁹ DESDEVISES DU DEZÉRT, G. N., De la condition de la femme marié en Navarre, op. cit., p. 25.

¹⁷⁰ DESDEVISES DU DEZÉRT, G. N., De la condition de la femme marié en Navarre, op. cit., p. 19.

¹⁷¹ DESDEVISES DU DEZÉRT, G. N., De la condition de la femme marié en Navarre, op. cit., p. 30.

ellos a la hora de heredar ab intestato (asombrándose de que no se aplique la ley sálica en la sucesión a la Corona de Navarra) y que los hermanos y hermanas se repartan por igual tanto los bienes de abolorio como los de patrimonio, así como el hecho de que en caso de premoriencia de una de las hermanas sin descendencia, la hermana mayor adquiriría el derecho de heredar ab intestato su parte por representación, y no el hermano mayor, que sólo tenía derecho de representación, en su caso, sobre otro hermano premuerto.

Se trata, como es patente, de un análisis detallado de la posición jurídica de la mujer en el matrimonio con una sistemática adecuada en la que se pone orden en la caótica exposición del Fuero. Cabe observar, sin embargo, que en el análisis apenas se hace referencia a la institución de la troncalidad, figura central del derecho civil navarro, que modela el régimen económico matrimonial y que determina la institución de la comunidad familiar de bienes. Tampoco se detiene, quizá porque no era objeto de estudio en esta ocasión, en la capacidad de la mujer para heredar el patrimonio familiar. Merecería la pena rescatar del olvido a este estudioso del Derecho navarro reeditando su obra cuyo espíritu tiene algo de humboldtiano.

En segundo lugar, cabe mencionar la aportación del notario y estudioso del Derecho privado histórico de Navarra, Juan García-Granero Fernández, el cual incide sobre la posición de la viuda en el Fuero de Estella¹⁷². En su trabajo intitulado *domina eta potentísima* (dueña y con toda potestad), el autor alude a toda una serie de poderes y facultades jurídicas que encontramos en los fueros de Estella-San Sebastián y Tudela.

La especificidad del Fuero de Estella que llama poderosamente su atención es que el usufructo correspondía a la viuda y nada decía del marido, si bien la practica parece que hizo extensivo el derecho de viudedad a ambos. El viudo se contempla únicamente al estar obligado a hacer inventario y prestar fianza. Refiere García-Granero que el Fuero de Estella —y el derivado de San Sebastián— supuso una consagración de la viudedad universal como institución legal, pues ya no se trataba de una simple comunidad continuada de bienes familiares —como en los fueros anteriores y en el Fuero General posterior— sino todo un derecho de usufructo establecido legalmente a favor del supérstite¹⁷³.

¹⁷² GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., *Domna et domina, potens et usufructuaria*, Anuario de Derecho Foral, 2 (1976-1977), pp. 97-322. Este trabajo estuvo precedido de otro anterior publicado en el *Anuario de Derecho Civil* en 1974 sobre el cónyuge viudo en el Fuero General de Navarra. Vid. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., Fuero General de Navarra 4.2.3. El cónyuge viudo que tiene «fealdat», ¿puede enajenar en caso de necesidad?, pp. 1-178.

¹⁷³ Comparte esta opinión José Luis Lacruz, ya que la institución de viudedad que pasó al Fuero General no estaba completamente perfilada como de aplicación general, ni siquiera en el caso de infanzones, puesto que entre estos solo se contempló el derecho de viudedad en el supuesto del matrimonio de infanzones resuelto sin descendencia. Si existían hijos del cónyuge di-

La praxis de los protocolos notariales del siglo XVI revela que los contratos matrimoniales y los testamentos tienden a robustecer el contenido legal del derecho de usufructo incorporando facultades fiduciarias de disposición mortis causa, con el fin de que el consorte viudo solo o con otra persona de la familia, pudieran disponer de sus propios bienes y de los del difunto, pudiendo ordenar la sucesión y designar heredero en la casa. No obstante, advierte el autor que la yuxtaposición del usufructo viudal de fidelidad y la figura del fiduciario comisario, no se acumulaban necesariamente.

En segundo lugar, se señala en el trabajo que el Fuero autoriza a la viuda para, en caso de necesidad, vender o pignorar heredades propiedad de sus hijos. Esta facultad de enajenación en caso de necesidad, según García Granero, radicaba no tanto en la viudedad, sino en la potestad que la viuda conservaba sobre sus hijos menores¹⁷⁴.

Finalmente, nos recuerda García Granero que, por Ley de cortes de 1688, los bñubos estaban obligados a reservar a favor de los hijos del primer matrimonio todo lo que por título lucrativo hubieran recibido del cónyuge fallecido.

Cabe añadir en este lugar que, en su obra sobre el Fuero General de Navarra (Título IX), el notario argumenta que el Fuero tiene en especial consideración a la mujer no solo porque contempla un usufructo universal sobre los bienes del matrimonio sino también por las características propias del régimen económico matrimonial de comunidad universal, que también se dio en el Fuero de Bizkaia. La comunidad absoluta de bienes correspondería a un derecho de origen prerromano que estaría generalizado en las zonas pirenaica y cantábrica, además de otras áreas europeas, donde fue evolucionando a otras formas, salvo en el Fuero General de Navarra y en el Fuero de Bizkaia que representan una *continuatio iuris* de ese régimen arcaico. En cambio, la comunidad universal no subsistió en Navarra, probablemente por la introducción de la libertad de testar. El proceso de transformación del sistema alternativo del Fuero General debió comenzar en el siglo XIII, para terminar en el XV, desapareciendo primero la comunidad universal legal, para reducirse, a continuación, al concepto de conquista a las adquisiciones a título oneroso (Ley de cortes de 1558)¹⁷⁵. A partir de entonces la comunidad universal de bienes careció

funto y del sobreviviente, se producía una prórroga en el consorcio conyugal entre el viudo y los hijos por lo que el viudo no era usufructuario sino un consorte administrador con poderes muy amplios. LACRUZ BERDEJO, J. L., Cuestiones fundamentales de la viudedad foral de Navarra, *Príncipe de Viana*, XXVII, nº 104-105 (1966), pp. 245-266. Reed. Revista Jurídica de Navarra, 8 (1989), pp. 13-30.

¹⁷⁴ Fuero de Estella A, 2, 11, 14. Fuero de San Sebastián, 3,9, 14.

¹⁷⁵ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. *Fuero General de Navarra*, 4,2,3, El cónyuge viudo que tiene «fealdat» ¿puede enajenar en caso de necesidad? *Anuario de Derecho Foral*, 1967, p. 274

de marco regulador y se amparó en los pactos o convenios posibles entre cónyuges. Por tanto, el régimen de comunidad universal de bienes fue evolucionando alejándose del sistema ordenado en el fuero general, hacia una comunidad circunscrita a las ganancias o conquistas. Se prescindía también de la existencia de hijos como determinante del régimen de bienes.

Escrituras de capitulaciones matrimoniales examinadas por García-Grano, evidencian que en el centro y sobre todo en el norte de Navarra, pervivía el sistema de bienes del Fuero General. Son contratos en los que la donación matrimonial o *propter nuptias* realizada por los padres de uno de los esposos se hacía conjuntamente al hijo o hija y al cónyuge de este, y para los descendientes de ambos. Solo cuando faltaba descendencia se prevenía un sistema de conquistas y se pactaba la reversión de los bienes donados respecto al de la casa y de la dotación para el advenedizo. En ocasiones el régimen de comunidad universal pactada por los cónyuges recibía el nombre de hermandad, como en Gipuzkoa o Bizkaia.

En tercer lugar, citaremos a Luis Miguel Díez de Salazar, profesor titular de Historia del Derecho de la UPV/EHU, que aborda la cuestión de la mujer vasco-navarra en la legislación del XII al XIV¹⁷⁶. Se trata de una contribución breve, publicada por el Seminario de Estudios de la Mujer de la Universidad Autónoma de Madrid, junto con las Actas del *Seminario sobre Las mujeres medievales y su régimen jurídico*. En este trabajo el profesor Díez de Salazar se ocupa de la posición que ocupa la mujer en los fueros altomedievales, en especial en el Reino de Navarra: Fuero General de Navarra, Fuero de Jaca, Fuero de Sobrarbe, Fuero de Viguera y Val de Funes, Fuero de la Novenera y Fuero de Logroño. El capítulo describe las disposiciones de derecho público y privado contenidas en estos Fueros locales referidas a la mujer. En concreto, se refiere a la capacidad de la mujer otorgante de escrituras públicas, y su posición en el régimen económico del matrimonio. Pone de relieve Díez de Salazar que la realidad navarra fue distinta, pues a diferencia de lo que ocurría en otros reinos influidos por el *Ius Commune*, las arras tuvieron mayor protagonismo a lo largo de la Baja Edad Media frente a la dote entregada por la mujer. De hecho, varios fueros locales regularon conjuntamente ambas figuras: Tudela, Novenera, Viguera-Val de Funes, y apenas hay preceptos que se ocupen en exclusiva de la dote de la mujer. Falta de regulación de la dote por el Fuero General, un solo capítulo, evidencia la impermeabilidad de esta fuente respecto de la recepción de esta materia.

Hasta aquí la aportación, extraordinariamente parca, como se ha visto, de la doctrina iushistórica al estudio monográfico de la mujer en el derecho histó-

¹⁷⁶ DIEZ DE SALAZAR, L. M., La mujer vasco-navarra en la normativa jurídica (s. XII-XIV). EN *Actas de las II Jornadas de investigación interdisciplinaria. Las mujeres medievales y su ámbito jurídico*. Madrid: Universidad Autónoma, 1983, pp. 95-114.

rico de Navarra. No obstante, hay que señalar que la cuestión ha sido abordada tangencialmente con ocasión de estudios históricos sobre la institución matrimonial, por parte de historiadores del Derecho como es el caso de Roldán Jimeno Aranguren que en su trabajo sobre el matrimonio y otras uniones afines en el Derecho histórico navarro se refiere en numerosas ocasiones a la mujer como sujeto de derechos y obligaciones, aunque sin adoptar una perspectiva de género¹⁷⁷.

Este mismo autor coautorizó junto con Gregorio Monreal Zia un trabajo sobre la historia de la jurisdicción eclesiástica matrimonial en Navarra trazando una visión general de la institución matrimonial en el viejo reino, observando los principales aspectos que determinaron la estructura y naturaleza de las distintas uniones conyugales el matrimonio en el derecho histórico hispánico en el que se abordan las instituciones navarras de derecho matrimonial que también hacen alguna referencia a la condición de la mujer con ocasión de los esponsales y durante el matrimonio¹⁷⁸.

Rosa Ayerbe Iribar publicó en 2007 un artículo breve sobre la institución baztanesa de los auriches consistente en una mejora aportada por el advenedizo a la casa familiar cuando concertaba su matrimonio igualando su estado al de la mujer dotada en el siglo XVI¹⁷⁹.

Pero, lo cierto es que del conjunto de estas aportaciones no se puede obtener una visión ni siquiera aproximada del estatuto jurídico de las féminas en el Derecho histórico de Navarra. La historiografía jurídica navarra tiene por tanto pendiente de abordar la investigación en relación a esta cuestión que, como hemos visto, cuenta con algunas aportaciones monográficas en otros territorios vascos.

¹⁷⁷ JIMENO ARANGUREN, R., *Matrimonio y otras uniones afines en el Derecho histórico navarro (siglos VIII-XVIII)*, Madrid: Dykinson, 2015. Esta obra es el resultado de la tesis doctoral del autor «El matrimonio y otras uniones sexuales permanentes en el Derecho histórico navarro (siglos VIII-XX)» dirigida por Gregorio Monreal Zia y defendida en 2015, en la que se lleva a cabo un estudio sistemático de la regulación del matrimonio en el Derecho navarro histórico, y en la que no faltan referencias a la mujer; véanse a título de ejemplo las páginas: 245, 262, 317, 329, etc. Una segunda parte de la obra se publicó bajo el título: *El régimen económico matrimonial en el derecho navarro (1839-2015): hacia una revisión legislativa*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2015. Además, hallamos también referencias a la mujer en materia de violación y arras en el artículo de MIEZA MIEG, R., Reforma, contrarreforma y matrimonio: legislación de las dos Navarras: «in memoriam», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 85 (2015), pp. 151-173.

¹⁷⁸ MONREAL ZIA, G., y R. JIMENO ARANGUREN, *Naturaleza y estructura del matrimonio y otras uniones afines en el derechos histórico hispánico, con especial atención a Navarra, Príncipe de Viana*, 250 (2010), pp. 501-538.

¹⁷⁹ AYERBE IRIBAR, M.^a R., Los «auriches» en el Derecho privado del Baztán navarro (s. XVI). Datos para un concepto, *RSBAP*, 6 (2007).

2. Historiografía de género

La manifiesta falta de interés por la cuestión de la mujer en el ámbito de la historiografía jurídica navarra contrasta con el impulso que ha recibido la cuestión por parte de la historiografía de género o estudios históricos sobre la mujer, especialidad desde la que un creciente número de historiadoras aborda cuestiones jurídicas relativas a instituciones jurídicas como el patrimonio, el régimen hereditario o el matrimonio, entre otras. No obstante, es preciso recordar que los estudios historiográficos no tienen como objetivo profundizar en el análisis y evolución de las instituciones desde el punto de vista jurídico, por lo que carecen a menudo del desarrollo necesario para caracterizar el tratamiento que las diversas instituciones jurídico privadas otorgaron a la mujer en épocas pretéritas, así como su interpretación sistemática y comparada con otros ordenamientos jurídicos coetáneos.

Destaca en primer lugar la obra de Lola Valverde¹⁸⁰, a cuyas tesis sobre el Derecho guipuzcoano se ha hecho referencia anteriormente, y de la que destacamos ahora su trabajo sobre la condición de la mujer en el matrimonio y en la transmisión del patrimonio¹⁸¹ —al que nos referiremos más adelante—, «construida desde una sólida base metodológica y un rastreo documental de los fondos del Archivo Diocesano de Pamplona»¹⁸².

Refirámonos también a la profesora Amaya Nausia Pimoulier, doctora en Historia por la Universidad de Navarra, cuya principal línea de investigación se ha centrado en la condición de vida de las viudas navarras a lo largo de Edad Moderna, y en la que destacamos su trabajo sobre el usufructo de viudedad navarro como recurso de supervivencia para las viudas, así como el estudio de la restitución de la dote y de las segundas nupcias, o la maternidad en el Antiguo Régimen¹⁸³.

¹⁸⁰ Debemos también a Valverde, el estudio de los hijos ilegítimos, tema que abordó en su tesis doctoral en el que analiza las relaciones sexuales, permanentes o no, fuera del matrimonio. VALVERDE LAMSFUS, L., *Entre el deshonor y la miseria. Infancia abandonada en Gipuzkoa y Navarra. Siglos XVIII y XIX, Leioa*: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1995. Junto con MIKELARENA PEÑA, F. y L. VALVERDE LAMSFUS, Ilegitimidad y exposición en Navarra (siglos XVI-XX). En PÉREZ MOREDA, V. (coord.), *Epostos e ilegítimos na realidade ibérica do século XVI ao presente. Actas do III Congresso da ADEH (Associação Ibérica de Demografia Histórica)*, Porto: Edições Afrontamento, 1996, III, pp. 271-302.

¹⁸¹ VALVERDE LAMSFUS, L., Contexto social y situación de la mujer vasca en el Antiguo Régimen. En *La mujer en la historia de Euskal Herria*, Bilbao: 1988, pp. 35-45; La influencia del sistema de transmisión de la herencia sobre la condición de las mujeres en el País Vasco en la Edad Moderna, *Bilduma*, 5 (1991), pp. 123-135; Mujer y transmisión del patrimonio, *Valle de Larraun, siglos XVII-XIX*, Sukil, 1 (1995), pp. 52-56.

¹⁸² JIMENO ARANGUREN, R., Matrimonio y otras uniones, op. cit., p. 323.

¹⁸³ NAUSIA PIMOULIER, A., Suegros, nueras y viudas ante los Tribunales: la restitución de dotes (siglos XVI-XVII). En USUNÁRIZ, J. M.^a Y R. GARCÍA BOURRELLIER (eds.), *Padres*

Siendo la mencionada línea de investigación la principal fuente de conocimiento que existe hoy día sobre el estatuto jurídico privado de la mujer es indiscutible la importancia que revisten las conclusiones a las que llegan las autoras, las cuales deberían constituir el punto de partida de un futuro estudio iushistórico de dichas instituciones.

3. Otras aportaciones

En relación a la familia y su evolución en Navarra, destaca la aportación de autores como Yaben y Yaben¹⁸⁴, o Yanguas y Miranda¹⁸⁵, apologistas de la familia tradicional, que se refieren a la condición de la mujer en el derecho histórico navarro como un rasgo distintivo del mismo, sin embargo, en cuanto a la transmisión del patrimonio en la familia troncal, los mismos tratadistas de Derecho foral navarro, aun defendiendo la libertad paterna para elegir tanto a

e hijos en España y el mundo hispánico. Siglos XVI y XVII, Madrid: Visor Libros, 2008, pp. 245-266; El usufructo de viudedad navarro como recurso de supervivencia para las viudas (siglos XVI y XVII), *Iura Vasconiae*, 10 (2013), pp. 573-596; *Las viudas y las segundas nupcias en la Europa Moderna: últimas aportaciones*, 2006; *Ni casadas ni sepultadas. Las viudas, una historia de resistencia femenina*, Iruña: Txalaparta, 2022; *Talis mater talis filia: las malas madres en los siglos XVI y XVII*, 2013. Véanse así mismo, *Mujeres sometidas, mujeres descarriadas. El disciplinamiento de la mujer navarra en el siglo XVI. En 1512. Euskal lurraldeak eta nafar Estatua. Los territorios vascos y el Estado Navarro. Actas del II Congreso de Historiadores de Navarra, Donostia: Txertoa*, 2011, pp. 307-352; *¿Vírgenes o putas?: 500 años de adoctrinamiento femenino (1512-2012)*, Donostia: Erein, 2012. Además de estas obras, publicó junto con BALDÓ ALCOZ, J., *Ser mujer (siglos XIII-XVI)*, Pamplona: Gobierno de Navarra-Caja de Ahorros de Navarra/Banca Cívica-Diario de Navarra, 2012.

¹⁸⁴ Hilario Yaben, autor del conocido volumen sobre *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, teólogo navarro y vicario general de Sigüenza, no era jurista, aunque por su formación sacerdotal y tareas desempeñadas tenía un amplio conocimiento jurídico de la realidad estudiada, a la que se acercó desde una perspectiva sociológica. Dividió su estudio en cinco bloques: en el primero realizó unas indicaciones generales sobre los diversos sistemas de transmisión del patrimonio familiar, los diversos tipos de familia derivados de aquellos sistemas y el tipo de familia troncal surgido en Navarra de la donación del patrimonio familiar a uno de los hijos. El segundo apartado lo dedicó a las facilidades que otorgaba la legislación foral navarra para matrimoniales, indicando las diferencias existentes entre las distintas comarcas de Navarra. El cuarto dio cuenta de los resultados de esta organización familiar, y el quinto constituyó un breve estudio crítico del Derecho económico-matrimonial navarro, examinando sus ventajas y desventajas. En la determinación de los resultados y en la apreciación de las ventajas se fijó en la estabilidad de la familia troncal derivada inmediatamente de la donación *propter nuptias* YABEN Y YABEN, H., *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid: 1916, p. 185.

¹⁸⁵ YANUAS Y MIRANDA, J., Matrimonio. En *Diccionario de las autoridades de Navarra*, 1840.

un varón como a una mujer como herederos, mantienen que, en la práctica, los campesinos eligen mayoritariamente a un varón como heredero¹⁸⁶.

Frente a esta afirmación general, Fernando Mikelarena¹⁸⁷, Ana Zabalza¹⁸⁸, Antonio Moreno¹⁸⁹, Pilar Erdozáin¹⁹⁰ y Lola Valverde¹⁹¹ han aportado datos relevantes acerca de la evolución de la familia troncal en Navarra. Mikelarena ha trazado las características de la herencia troncal a partir del vaciado de la documentación notarial referida a la sucesión de las casas en el periodo 1750-1789 en tres zonas: Valle de Larraun, Ochagavía y Obanos. Según este autor en los dos primeros tercios del XVI prevalecía en Navarra septentrional el sistema de heredero único, en límites que Mikelarena ha identificado con la extensión del euskara en este período, considerando por ello que la elección del modelo obedecía a pautas etnoculturales. Por su parte, Pilar Erdozáin

¹⁸⁶ «Prefieren los padres casi siempre hacer donación a algunos de los hijos; por consiguiente, en muchas comarcas no se hace donación á una hija sino en el caso de que falte por completo la descendencia masculina». La pervivencia de esta supuesta preferencia por el varón como algo «connatural» al sistema puede rastrearse aun hoy en la tradición oral. YABEN Y YABEN, H., *Los contratos matrimoniales en Navarra*, op. cit., p. 185.

¹⁸⁷ MIKELARENA, F., *Estructuras familiares y sistemas sucesorios en Navarra: una aproximación crítica desde las ciencias sociales a las perspectivas tradicionales*, 1992, pp. 136-140. Desde la demografía histórica, este autor ha renovado la visión historiográfica clásica de las familias troncal y nuclear en Navarra. Pueden consultarse al respecto: *Modelos de matrimonio y regímenes de herencia en Navarra a finales del siglo XVIII*, 1992; *Estructuras familiares en España y en Navarra en los siglos XVIII y XIX: factores etnoculturales, diferenciación socioeconómica y comportamientos estratégicos*, 1993; *Demografía y familia en la Navarra tradicional*, 1995; *Familia y nupcialidad en el valle medio del Ebro entre 1786 y 1930*, 1999; *Las estrategias matrimoniales a través de los contratos matrimoniales en el Norte de Navarra*, 2004.

¹⁸⁸ ZABALZA SEGUÍN, A., *Aldeas y campesinos en la Navarra prepirenaica (1550-1817)*, Pamplona: Gobierno de Navarra, 1994; *La historia de la familia en Navarra. Una aproximación cualitativa*, Cuadernos de Investigación Histórica, 17 (1999), pp. 67-80; *El heredero ideal: prácticas sucesorias en la Navarra pirenaica durante la Edad Moderna (1550-1725)*. En SULLIVAN, D. S. R. (coord.), *Actas del Congreso Internacional de la Población. V Congreso de la ADEH. IV. Matrimonio y nupcialidad: perspectivas interdisciplinares*, Logroño: Gobierno de La Rioja-Instituto de Estudios Riojanos, 1999, pp. 239-250; *Casa e identidad social. La casa en la sociedad campesina: Navarra, 1550-1700*. En J. M.^a IMÍZCOZ BEUNZA (ed.), *Casa, familia y sociedad. País Vasco, España y América, siglos XV-XIX*, Bilbao: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2004, pp. 79-95.

¹⁸⁹ Junto a Ana Zabalza, cabe citar por su relación con la cuestión de género: *El origen histórico de un sistema de heredero único: el Prepireneo navarro, 1540-1739*, Madrid: Rialp, 1999; *Fraternidad y género en un sistema de heredero único. La Navarra pre-pirenaica (1550-1725)*. En D. COMAS D'ARGEMIR (coord.), *Familia, herencia y derecho consuetudinario: V Simposio. VII Congreso de Antropología Social. Zaragoza 16 a 20 de septiembre de 1996*, 1996, V, pp. 41-64.

¹⁹⁰ ERDOZÁIN AZPILICUETA, P., *Algunas consideraciones en torno a la investigación del régimen de herencia troncal en la Euskal Herria tradicional*, *Vasconia*, 28 (1999), pp. 71-91.

¹⁹¹ VALVERDE LAMSFUS, L., *Mujer y transmisión del patrimonio, Valle de Larraun, siglos XVII-XIX*, *Sukil*, 1 (1995), pp. 52-56.

se ha centrado en la zona media occidental durante el período 1786-1930, estudiando las características de la herencia troncal a partir de una muestra de documentos notariales de diversos pueblos del Valle de Yerri. Ana Zabalza comparte trayectoria investigadora con Mikelarena analizando el sistema de heredero único en la familia pre pirenaica navarra, entre la cordillera pre pirenaica y el valle de Aoiz, y las distintas combinaciones que se daban en el reparto del patrimonio según el sexo del heredero, han llegado a la conclusión de que a lo largo de la historia se dieron casos de matrilocalidad¹⁹². Estos autores analizan detalladamente el sistema de herencia en Navarra durante el Antiguo Régimen a través de protocolos notariales conservados en la notaría de la villa de Aoiz, más concretamente, contratos matrimoniales (700 contratos matrimoniales y 1.000 testamentos para el período 1540-1730). En relación a la familia troncal de heredero único se explora la preferencia por las mujeres como herederas, especialmente en la segunda mitad del siglo XVI, aunque esta tendencia cambió posteriormente a favor de los varones en el entorno rural próximo a la villa; mientras que los lugares más apartados apenas sufrieron este proceso¹⁹³. Finalmente, Lola Valverde analiza la transmisión de la herencia a la mujer en Larraun en los siglos XVII a XIX, descubriendo patrones que obedecían en general a una razón de tipo biológico, por ser hijas únicas, aunque hay casos en que la hija fue preferida a sus hermanos mayores por razones de estrategias familiares patrimoniales, dándose también casos de matrilocalidad como en Aoiz.

Además de la historia demográfica, la cuestión de la mujer ha sido abordada de forma tangencial, junto con otras cuestiones como los segundones, las élites, las clases sociales o los movimientos migratorios, tanto desde la historiografía general como desde la demografía histórica que también han hecho aportaciones sustanciales sobre el tema de la condición femenina a lo largo de la historia. Por su frecuente referencia a las mujeres que encabezaron las casas pudientes, debe considerarse también la aportación del estudio de los linajes y las genealogías en Navarra¹⁹⁴.

¹⁹² El propio Julio Caro ha tratado el tema de la patrilocalidad y matrilocalidad, en CARO BAROJA, J., *Los vascos*, Madrid: 1971, pp. 210-211.

¹⁹³ «En efecto, parece que puede hablarse, sin temor a exagerar, de la irradiación de una nueva cultura, destinada a convertirse en tradición, a partir del foco difusor de la ciudad. Como parte de ella se va implantando, con indudable eficacia, una nueva definición del papel de cada sexo, que tiene a identificar «varón» con «heredero» y con «vecino». Así pues, el nuevo equilibrio alcanzado durante el siglo XVII —posiblemente estable hasta comienzos del siglo XX—, combinación compleja de nuevos y viejos factores, alteró profundamente y al mismo tiempo las relaciones de fraternidad y entre sexos: el heredero adquiere un poder nuevo frente al segundón, el marido frente a la mujer». MORENO ALMÁRCEGUI, A. y A. ZABALZA SEGUÍN, *Fraternidad y género en un sistema de heredero único*, op. cit., p. 60.

¹⁹⁴ IMÍZCOZ BEUNZA, J. M.^a, *El patrocinio familiar. Parentela, educación y promoción de las elites vasco-navarras en la monarquía borbónica*. En F. CHACÓN JIMÉNEZ Y J. HER-

Finalmente, cabe anotar que la cuestión de la mujer ha sido abordada también de forma puntual por los especialistas de Derecho civil. Llama la atención el conservadurismo de algunos tratadistas contemporáneos como Salinas Quijada, según el cual «la familia foral tiene como uno de sus principios fundamentales la autoridad paterna, que emana de Dios, y en cuya representación se ejercita»¹⁹⁵.

Desde otro punto de vista, Javier Nancalres se refiere a la capacidad jurídica de la mujer en el Fuero Nuevo¹⁹⁶ a través del análisis de los preceptos sobre mayoría de edad y capacidad de obrar.

Cabe citar finalmente la obra de varias civilistas que se han ocupado del derecho navarro contemporáneo haciendo algunas incursiones propedéuticas en la cuestión de la condición de la mujer en el derecho histórico¹⁹⁷.

NÁNDEZ FRANCO, (eds.), *Familias, poderosos y oligarquías*, Murcia: Universidad de Murcia, 2001, pp. 93-130; GARCÍA ARANCÓN, M.^a R., Carlos II de Navarra: el círculo familiar, Príncipe de Viana, XLVIII, 182, (1987), pp. 569-608; Ramírez Vaquero, E., *Solidaridades nobiliarias y conflictos políticos en Navarra, 1387-1464*, Pamplona: Gobierno de Navarra, 1990; NOÁIN IRISARRI, J. J., Estrategias económico-familiares de la nobleza media de Navarra en la Edad Moderna (1500-1700). En C. FERNÁNDEZ y A. MORENO (eds.), *Familia y cambio social en Navarra y el País Vasco. Siglos XIII al XX. Simposio de Historia de la Familia. Pamplona, 20 y 21 de septiembre de 2002*, Pamplona: Instituto de Ciencias para la Familia, 2003, pp. 91-164; Nobleza Media y transmisión del patrimonio familiar en la Navarra moderna, *Iura Vasconiae*, 1 (2004), pp. 523-550; ORDUÑA PORTÚS, P., *Honor y cultura nobiliaria en la Navarra moderna (siglos XVI-XVIII)*, Barañáin: EUNSA, 2009; Estructuras familiares de las élites navarras durante el Antiguo Régimen, *EHumanista: Monograph Series*, 5 (2009), pp. 1-82; Amor y violencia entre la nobleza navarra (siglos XVI-XVIII), *EHumanista: Monograph Series*, 25 (2013), pp. 195-210. Incluso la tesis polémica de MORENO ALMÁRCEGUI, A. y R. GARCÍA BOURRELLIER, De los linajes a los solares. Los cambios en el papel de las mujeres en las elites navarras. Siglos XV al XVII. En C. FERNÁNDEZ y A. MORENO (eds.), *Familia y cambio social en Navarra y el País Vasco. Siglos XIII al XX. Simposio de Historia de la Familia. Pamplona, 20 y 21 de septiembre de 2002*, Pamplona: Instituto de Ciencias para la Familia, 2003, pp. 217-250, obra en la que se desarrolla una controvertida teoría para explicar el cambio en el modelo familiar de las elites nobiliarias navarras entre los siglos XV y XVII.

¹⁹⁵ Sigue diciendo del mismo autor: «Tal potestad arranca de la idea de que procede de Dios, en cuyo nombre actúa el padre, con el respeto y el amor de sus hijos que desde niños llegaron al convencimiento de esta raíz sobrenatural de la jefatura familiar». SALINAS QUIJADA, F., La familia foral navarra, *Anuario de Derecho Foral*, 1 (1975), p. 230; más recientemente, en un compendio de Derecho Civil navarro, se identifica la dote con «los bienes que en tal concepto la mujer aporta formalmente al matrimonio antes o después de su celebración», sin referencia alguna a que pueda llevarlos el varón, algo que sucedía con frecuencia. SALINAS QUIJADA, F., *Compendio de Derecho Civil navarro*, Pamplona: 1991, p. 128.

¹⁹⁶ NANCLARES VALLE, J., La mujer en el derecho civil foral de Navarra: de la penumbra a la visibilidad, *Príncipe de Viana*, 79, n. 272 (2018) (Ejemplar dedicado a: Viejos y nuevos espacios de frontera), pp. 921-936.

¹⁹⁷ Véanse las publicaciones de HUALDE MANSO, T., *La familia en el derecho civil de Navarra, Tratado de derecho de la familia / M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.)*, M. CUENA CASAS (dir.), Vol. 7, 2011, pp. 559-758. FERNÁNDEZ URZAINQUI, T. HUALDE MANSO,

VII. CONCLUSIONES

La primera constatación que salta a la vista en relación a la bibliografía sobre la condición jurídica de la mujer en el Derecho histórico de Vasconia es su escasez. La precariedad en la que se encuentra esta materia se debe a una doble condición.

En primer lugar, hay que constatar que la historia del Derecho privado en Vasconia, en general, ha gozado de poco predicamento¹⁹⁸. En relación al cultivo del Derecho privado vasco, existen otros factores que explican el escaso interés que ha despertado su estudio en el siglo XX. Nos referimos a la falta de Universidad pública, tanto en el País Vasco peninsular como continental, que organizara dichos estudios. El despliegue de las referidas infraestructuras científicas a partir de los años ochenta del siglo pasado en ambas vertientes del Pirineo no ha permitido superar la marginalidad del estudio del Derecho privado de Vasconia. Al igual de lo que acontece en España se ha impuesto el cultivo de la historiografía jurídico-pública. Nada tiene de extraño por ello que sea el pariente pobre el examen de la posición jurídica de la mujer en el ámbito doméstico y en el privado. Lo cierto es que apenas contamos con aportaciones de enjundia provenientes de la historiografía jurídica, si exceptuamos la meritoria obra de las profesoras Lafourcade, Ayerbe y Monesterio.

Debemos señalar que la renovación en este campo en ha sido promovida por investigadoras que trabajan en algunas de las ramas de la historia social. Las perspectivas en las que se sitúan son variadas y no todas llegan a conclusiones similares. Es necesario, como se podrá apreciar en el cuerpo de la obra, a las profesoras Lola Valverde y Janire Castrillo en la UPV/EHU, Anne Zink en la UPPA, o Amaya Nausía Pimoulier, en la UPNA.

RENTERÍA AROCENA, *Los regímenes económicos matrimoniales y familiares en el derecho civil de Navarra. Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales* / coord. por F. LLEDÓ YAGÜE, M^o. P. FERRER VANRELL, O. MONJE, Balmaseda: 2010, pp. 735-870. SABATER BAYLE, E., *La casa navarra* (a propósito de las Leyes 48 y 75 del Fuero Nuevo de Navarra). *Iura Vasconiae*, 10 (2013), pp. 635-658.

¹⁹⁸ Lo cierto es que la historiografía de las instituciones civiles ha despertado poco interés en España y ha sido un campo relegado a lo marginal frente al estudio de las instituciones públicas. Salvo honrosas excepciones como las de Hinojosa, Font Rius, Valdeavellano o Gacto Fernández, por citar algunos, la investigación sobre el derecho civil histórico hispano se ha dejado en manos de notarios eruditos en ocasiones vinculados a la Universidad que han producido obras de calidad nada desdeñable en materia de derecho foral. Citemos el caso de Joaquín Costa, en Aragón, o Ramón María Roca Sastre, en Cataluña. Este hecho contrasta con la disposición favorable de la historiografía jurídica francesa al cultivo del derecho privado. La inclinación obedece probablemente a formación inicial de los estudiantes de Derecho que, aun hoy en día, tienen en el plan de estudios de la carrera una asignatura obligatoria de historia del derecho privado, preparación que facilita la dedicación a la investigación en este ámbito integrándose en grupos de investigación y en laboratorios universitarios dedicados monográficamente a la materia.

Anotemos en segundo lugar la distinción que se impone entre las especialistas entre las que abogan por la idea de la excepcionalidad del pluriforme Derecho de los territorios vascos en materia de la condición jurídica de la mujer. Teniendo en cuenta el estado de la cuestión en términos comparados en la época de vigencia, lo propio de Vasconia sería un principio de igualdad de capacidad entre los sexos en el área familiar y contractual. Con mayor o menor énfasis coinciden en este punto Lafourcade, Monasterio y Ayerbe. Hay que añadir al hispanista francés Desdevises du Dezért, ferviente admirador del Fuero General de Navarra en lo que toca a la condición de la mujer, que no tendría parangón en los demás Derechos peninsulares ni incluso en Europa. Este grupo defiende la originalidad del Derecho foral en esta y en otras materias (singularmente en los derechos derivados de la vecindad).

Las principales características enunciadas por las tres autoras citadas y el historiador galo, en las que fundamentan el principio de igualdad o equiparación jurídica del hombre y de la mujer en el Derecho foral de Navarra, Bizkaia, Gipuzkoa e Iparralde son las siguientes:

- a) La mujer casada participa por igual con el marido en la administración de los bienes del matrimonio de manera que el marido ha de requerir del consentimiento de la mujer para disponer de los mismos válidamente.
- b) La dote de la mujer era objeto de tasación y estaba garantizada. En caso de disolución del matrimonio sin hijos la dote debía ser restituida a la viuda, lo que suponía limitaciones a la administración marital.
- c) La mitad ganancial correspondiente a la mujer no responde de las deudas contraídas por el marido.
- d) En caso de disolución del matrimonio habiendo hijos comunes, la viuda adquiere el usufructo universal de los bienes tanto de los troncales como de los conquistados o gananciales (no así en Labourd).
- e) De haberse conferido poder testamentario general, la viuda puede disponer de la herencia de su marido y elegir el sucesor o sucesora de los bienes. En el caso del Derecho labortano no era necesaria la concesión de un poder testatorio general, puesto que esta facultad está comprendida en el régimen económico universal de los bienes del matrimonio.
- f) El advenedizo o la advenediza a la casa donde se instala el matrimonio toma el nombre de la esta y aporta una dote, ya se trate de un hombre o de una mujer.
- g) En base al principio de transmisión unitaria de la casa, las mujeres pueden ser elegidas sucesoras del patrimonio familiar, desplazando, en su caso, a los hermanos varones. En el caso labortano, las mujeres pueden heredar en base a la regla de primogenitura absoluta o indiscriminada.

Al comparar los trabajos realizados por este grupo de historiadoras del Derecho se evidencia una semejanza importante en cada Fuero territorial en lo que respecta a las características de las instituciones civiles concernientes al estatuto jurídico de la mujer. Aunque no se aprecia una comunicación científica entre las autoras del grupo, cabe preguntarse si no estarían conformes con la tesis de que se trata de manifestaciones territoriales de un mismo Derecho. En todo caso, se impone el estudio comparado, como propondremos más adelante.

Lafourcade matiza el concepto de igualdad en el ordenamiento labortano, al constatar que siendo firme la igualdad dentro de la pareja, era muy discriminatorio con los segundones y, en espacial, con las segundonas. Ciertamente igualitario entre sexos porque la mujer podía heredar y conformar una pareja que ostentaba el poder en el caserío. La discriminación, por tanto, no dependía del sexo sino de la posición de los hijos dentro de la familia. En la dirección y en la economía de la casa se daba un reparto de roles entre marido y mujer. En esta distribución de papeles, tocaba a la esposa decidir en la economía interna de la casa, en tanto que el marido actuaba fuera del ámbito doméstico, y llevaba la representación formal de la familia. Así y todo, la gobernanza de la casa contaba la personalidad de ambos esposos. Se constata que el poder no descansaba en el jefe de familia, pese a lo que declarara el Fuero escrito en materia de régimen económico familiar, imbuido por la penetración del Derecho común.

Frente a las apologistas de la igualdad jurídica de los sexos, se alzan sus detractoras, todas ellas adscritas a la corriente de renovación ontológica que se produjo en la historiografía social vasca a partir de la recepción de los estudios de género. En esta posición crítica se hallan Lola Valverde, en relación a la Edad Moderna, y Janire Castrillo para el Medievo. Objetan una y otra que es necesario poner en relación las normas que figuran en los ordenamientos con lo que ocurre en la realidad tal como se manifiesta en la práctica notarial de cada época. En ese sentido sería de interés examinar lo consignado en otros ordenamientos limítrofes que también desarrollaron sus propias normas en relación a la capacidad jurídica de la mujer en el ámbito familiar y contractual.

En opinión de las historiadoras que acabamos de citar no está probada la igualdad en la práctica sucesoria; reconocen, no obstante, la existencia, en determinados ámbitos y épocas, de casos de matrilocalidad porque, pese a existir hijos varones, en determinados lugares y épocas la herencia se defirió preferentemente a las mujeres. Puede que tales excepciones tengan una explicación en las particulares circunstancias socio-económicas del momento. En el resto de los supuestos analizados, la transmisión del patrimonio raíz a las hijas tuvo que ver con la situación vivida en cada casa. Así, la ausencia de hermanos varones, los casos de endeudamiento familiar, la diferencia de edad entre la hermana mayor y el resto de los hermanos, la recepción del legado de parientes

colaterales carentes de descendencia directa, o el hecho de que se presentase como la mejor candidata desde el punto de vista de los padres para conseguir un buen acuerdo matrimonial con un advenedizo.

Tiene interés la tesis de la investigadora Janire Castrillo que nos recuerda que el sistema hereditario no fue homogéneo en Vasconia. En los núcleos urbanos, en la Llanada alavesa y en la Ribera de Navarra se aplicó el sistema castellano de legítimas, de carácter igualitario, si bien modificado por la porción destinada a la mejora. En la zona foral, por el contrario, imperó un modelo único de heredero elegible por el testador. Añade la autora el importante dato de que, más allá de la zonificación descrita, se asiste desde finales del siglo XIV al reforzamiento de la vinculación de los bienes a un sucesor único, tanto en el campo como en la zona urbana. La tendencia a la concentración del patrimonio afectó de modo negativo a las mujeres, pues la primogenitura y la masculinidad se impusieron como criterios prioritarios para elegir al sucesor de las casas. En la zona foral este fenómeno tuvo lugar mediante el apartamiento del resto de los herederos, y en la zona donde regía la legislación castellana merced a la mejora del sucesor valiéndose del tercio y el quinto de la herencia o mediante la creación de mayorazgos.

Conviene incorporar a las dos posturas principales que venimos describiendo respecto de la posición jurídica de la mujer en el derecho vasco los resultados de distintos trabajos de sociología de la familia y de demografía histórica. En las últimas décadas, se han ocupado de la realidad navarra, sociólogos y demógrafos como Zabalza, Moreno Almarcegui, Mikelarena y la propia Valverde; del País Vasco continental, la tantas veces citada Maïte Lafourcade, seguida de Arrizabalaga o Zink. Y en cuanto a Gipuzkoa Oihana Oliveri. Todos ellos han permitido conocer mejor la realidad de la familia troncal vasca en el Antiguo Régimen.

Es evidente que el análisis sociológico de la transmisión de la casa a través de las actas notariales labortanas de fines del siglo XVIII (anteriores por tanto a la Revolución francesa) pone de manifiesto la adhesión de las familias campesinas a la costumbre de dejar la casa al primer nacido, dando lugar a índices de absoluta igualdad de sexo en la sucesión del patrimonio familiar; y en cuanto a Navarra, en los valles prepirenaicos navarros, los autores citados constatan casos de matrilocalidad a lo largo del siglo XVI y XVII.

La disidencia mayor en la aceptación de la tesis más extendida corresponde a Janire Castrillo para Gipuzkoa. Las objeciones de Castrillo alcanzan a la igualdad en el ámbito contractual. Cuestiona esta autora que fuera de igualdad la posición de la mujer en el régimen económico matrimonial. Si bien es cierto que la tendencia mayoritaria a este respecto fue la de administración conjunta de ambos esposos —lo cual es un rasgo importante— la posición que ocupaban las mujeres en la administración de la sociedad conyugal no era la misma que la de sus maridos. Hombres y mujeres ejercían protagonismos

complementarios en relación a la representación social de la casa, cada cual en sus respectivos espacios. Por ejemplo, mientras ellos asistían a las reuniones de vecindad, municipales y de carácter político, se encargaban ellas de lo relacionado con el cuidado de enfermos y difuntos, y de la sepultura familiar.

En general, según Castrillo, la mentalidad de la época influyó la doctrina jurídica de la *imbecilitas sexus*, que condenaba a la mayor parte de las mujeres a la incapacidad contractual. En este ámbito el género constituye un claro elemento de discriminación, que también cabe predicar respecto de Vasconia en cuyo derecho contractual pesaron condicionantes de la acción femenina que no afectaron a los hombres.

Hasta aquí las principales conclusiones obtenidas de la revisión bibliográfica efectuada en este trabajo. En el momento de formular algunas sugerencias pensando en un futuro plan de investigación sobre la condición de la mujer en el derecho histórico vasco, convendría tener como punto de partida el estado en que se halla el conocimiento de la cuestión tal como, con mayor o menor acierto, se ha expuesto en el presente trabajo.

Contamos con el elenco de instituciones de Derecho privado han sido analizadas desde la perspectiva normativa, es decir, de lo dispuesto en los cuerpos forales que se fueron redactando a partir la Baja Edad Media y hasta la Edad Moderna. Se impone, por tanto, como primera tarea realizar un estudio comparativo de dichas disposiciones en las distintas fuentes de Vasconia y extender la comparación a los Fueros territoriales del arco pirenaico peninsular y continental. De ahí saldrán similitudes y diferencias, quizás también genealogías y familias.

Las disposiciones formales han de ser contrastadas con las fuentes de aplicación del Derecho, con objeto de discernir lo realmente vivido. Nos referimos a los actos notariales en los que se materializan los contratos matrimoniales, testamentos y los actos de disposición de la casa. Se sabe que, a modo de ejemplo, en Gipuzkoa subsistía la costumbre de la transmisión indivisa y de la libre elección de heredero o heredera, al margen del vigente Derecho castellano que disponía otra cosa. Pero, ¿qué ocurría en la práctica del resto de los derechos territoriales de Vasconia? Contamos con estudios fragmentarios que recogen tendencias locales, pero lo cierto es que faltan estudios generales basados en muestreos estadísticos más amplios en cuanto a épocas y territorios, que alcancen al País Vasco continental y peninsular.

La investigación a realizar requiere el concurso de otras disciplinas que disponen de métodos propios que permiten complementar el punto de vista de la historia del Derecho. Nos referimos a la necesidad de estudio interdisciplinar en el que participen los especialistas en Historia de género, Historia social, sociología, demografía, economía, y en antropología social y etnografía.

El objetivo final sería la elaboración de una geografía o atlas evolutivo de las costumbres civiles de Vasconia en el marco del conjunto del Estado que reflejara aspectos referentes a la capacidad de la mujer en el ámbito familiar, sucesorio y patrimonial.