



AVD·ZEA

Academia
Vasca de
Derecho

Zuzenbidearen
Euskal
Akademia

BOLETÍN **de la** **ACADEMIA VASCA DE DERECHO**

Año III - N.º 5 - Bilbao - Marzo 2005

III. urtea - 5. zk. - Bilbo - 2005 martxoa

ISBN: 84 896 8919 9 - D.L./L.G.: BI 1677-03

Sumario / Aurkibidea Pág./Or.

1. **SALUDO A EUROPA / AGUR EUROPA,**
por la Junta Directiva 5
2. **LA REFORMA DE 1506,** por Adrián Celaya 13
3. **LA FAMILIA EN BIZKAIA Y SU REGIMEN**
JURIDICO, por Itziar Monasterio 31
4. **BIZKAIKO FORU-ZUZENBIDE ZIBILA**
ETA SABINO ARANA AHALDUNA,
por Andrés Urrutia 65
5. **JURISPRUDENCIA/JURISPRUDENTZIA**
CASACION CIVIL, por Fernando Ruiz Piñeiro 81

Libros / Liburuak

6. **RODRIGO DE JADO,** por Redacción 87

7. EL PODER TESTATORIO Y EL ART. 831 DEL CODIGO CIVIL , por Redacción	89
8. COLECCION DE JURISPRUDENCIA CIVIL FORAL (XVII-XIX) , por Saioa Artiach	91
9. JOVENES ABOGADOS , por Ane Martínez	103
10. NOTICIAS INTERNAS, AKADEMIAREN ALBISTEAK , por Javier Oleaga	109

tarjeta e-Business BBK



Una herramienta
única para gestionar
los gastos de su
negocio.



La tarjeta e-Business BBK es el instrumento de pago más innovador del mercado. La primera tarjeta que permite gestionar, como usted quiera y a través de internet, los gastos de su negocio. Y la mejor forma de demostrar que en BBK trabajamos para acercarnos al futuro y mejorar el de quienes confían en nosotros.



www.bbkk.es



LANCA OF WILSON & WILSON
a Oporto de Oporto 1993 101

bbk²

SALUDO A EUROPA

Nuestra recién nacida Academia se enfrenta a unos acontecimientos de enorme trascendencia no solamente en el terreno cultural y humano sino de forma muy especial en el mundo del Derecho. La ampliación de la Unión europea a veinticinco países y la aprobación de la Constitución para Europa convulsionan nuestros conocimientos jurídicos. Hasta hoy cuando visitamos nuestras librerías e incluso las bibliotecas, el Derecho europeo es el gran ausente. Un jurista podía y puede aún vivir en España sin asomarse al Derecho que la Comunidad viene elaborando, cada día a mayor ritmo, en sus diversos órganos institucionales. Los casi cuarenta años que España vivió totalmente al margen de Europa quizá sean la causa de nuestro alejamiento. Se ha creado un vacío que hay que colmar con urgencia y la Academia está obligada a colaborar en esta tarea.

La situación cambia rápidamente y nos apremia a salvar las lagunas con urgencia. En los últimos años el comercio europeo ha crecido cada día con más intensidad, e incluso las relaciones personales, el matrimonio, la filiación o la herencia se entremezclan cada día con elementos internacionales sobre todo europeos.

Los dos acontecimientos que hemos indicado van a acelerar mucho más nuestras relaciones comunes. Podemos estar a favor o en contra de la Constitución europea, pero una cosa es cierta: a los hombres de leyes nos va a ser cada día más difícil

encerrarnos en nuestro pequeño territorio doméstico. En primer lugar porque Europa tiene ya una importante función legislativa y en segundo, porque la intensificación de las relaciones personales, comerciales o industriales con elementos de distintos países europeos, nos va a obligar a acudir a la común normativa europea para muchos de nuestros problemas.

Se apruebe o no la Constitución, la marcha hacia una Comunidad europea es imparable. El artículo I-1 del proyecto dice que la Constitución nace de la voluntad de los ciudadanos y los Estados de Europa de construir un futuro común. Un futuro común significa ante todo un futuro en paz, significa romper con lo peor de nuestro pasado que es una continua sucesión de conflictos y guerras, que ha alimentado durante muchos años formas xenóforas de nacionalismo que solamente unidos podemos superar.

Significa también que los valores que han inspirado el ideario europeo en los últimos siglos, valores, dice el preámbulo, que nacen de “nuestra herencia cultural, religiosa y humanista” nos empeñemos en realizarlos en todo el territorio europeo. Y no olvidemos que según el mismo preámbulo, estos valores se reflejan “en los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de derecho”.

Aunque es cierto que estos valores son universales, también son el fruto de varios siglos de cultura europea, y solamente en Europa se han hecho grandes esfuerzos para convertirlos en hechos reales. Fueron europeos los que, a la salida de la II Guerra mundial elaboraron la Declaración Universal de Derechos. Y también quienes, no conformes con su mera formulación teórica, se unieron en 1950 en un esfuerzo para que los derechos humanos fueran respetados, y quienes luego crearon el Tribunal de Estrasburgo para perseguir en todos los países adheridos, las vulneraciones de dichos derechos. Ellos también formularon la primera declaración condenando la pena de muerte.

También es cierto que Europa nació siendo un gran mercado, pero esto no es un vicio de origen. Si no se hubiera avanza-

do en el terreno económico dando a los países fundadores una prosperidad sin parangón, no hubiera sido posible dar los pasos siguientes. Y junto a los derechos humanos a los que la Constitución dedica su parte segunda, la Comunidad, el Mercado europeo y ahora la Unión revelan claramente el propósito de mantener un desarrollo sostenido, un nivel de bienestar, sin olvidar el respeto a los derechos que exige la justicia social. En una palabra, se propone consolidar las bases que pueden hacer una Europa en paz.

No se predica una utopía, no hay un paraíso en la tierra y la Unión europea no terminará con nuestros problemas, pero hay una larga historia en la que los europeos nos teníamos unos a otros mucho más como enemigos que como aliados; y ahora la Unión nos llama a trabajar juntos en una labor de hermandad en la que el papel de los juristas es determinante. Sin el mundo del Derecho no se puede construir la paz ni la justicia.

No podemos ser indiferentes a esta ilusionante situación y la Academia quiere anunciar que promoverá por todos los medios a su alcance el conocimiento de las instituciones y el Derecho europeo. La industria y los puertos del País Vasco siempre han estado abiertos al mundo y nuestros mejores hombres se esforzaron por alentar el acercamiento a Europa. *Muchos de nosotros no podemos olvidar a José Miguel Azaola, que se proclamó paneuropeo al terminar su bachillerato en los años treinta, y desde entonces dedicó lo mejor de su vida a esta idea. A muchos nos hizo amar la idea de una Europa unida y en paz.*

La Junta Directiva

AGUR, EUROPA

Gure Akademia jaioberriak garrantzi handiko gertaerei egin beharko die aurre; gertaerok erabakigarriak izango dira, kulturaren eta gizakiaren esparruetan, eta, bereziki, zuzenbidearen munduan. Europar Batasunak, dagoeneko, hogeita bost estatu barneratzen ditu, eta Europarentzako Konstituzioa onesteko dago. Bi gertaera horiek izugarritzko eragina izango dute guztion jakite juridikoetan. Gure egunok arte, liburudenda eta biblioteketara bisita egin izan dugunean, Europako zuzenbidea ez da inondik inora ageriko izan. Legelaria Espainian bizi zitekeen, eta oraindik bizi daiteke, Batasuna bultzatzen ari den zuzenbidea ezagutu gabe, nahiz eta Batasuneko erakunde desberdinek gero eta arau gehiago aldarrikatu. Espainia berrogei urte luzetan bizi izan da Europatik guztiz baztertuta, eta, beharbada, horixe da Europatik aldentuta egotearen arrazoia. Hutsunea sortu da, eta hutsune hori presaz bete beharra dago. Akademiak, zeregin horretan, badu zer esanik.

Egoerak azkar-azkar aldatzen dira, eta ezinbestekoa da guretzat hutsuneak ahalik arinen betetzea. Azken urteetan, Europako merkataritza indartu egin da oso, egunetik egunera. Horrela, gizabanakoen arteko harremanak (ezkontza, seme-alabatasuna, oinordetza...) nazioarteko osagaiekin nahasten hasi dira, batik bat, Europako osagaiekin.

Aipatu bi gertaerek azkartu egingo dituzte, oraindik gehiago, gure harreman erkideak. Europako Konstituzioaren alde edo

kontra egon gaitezke, baina bada zerbait egiazkoa dena: legelarioi gero eta zailago egingo zaigu gure etxeko lurralde txikikoan atearik itxita bizitzea. Lehenengo eta behin, Europak eginkizun legegile garrantzitsua duelako dagoeneko; eta, bigarrenik, Europako beste herri batzuekin gero eta harreman pertsonal, merkataritza-harreman eta industria-harreman gehiago izango ditugulako, eta, horien ondorioz, Europako arautegia aplikatu beharko dugulako gure arazoetatik asko konpontzeko.

Konstituzioa onetsi zein onetsi ez, Europako Erkidegorantz doan bidea geraezina da. Proiektuaren I-1. artikulua dioenez, Konstituzioak sorburu du “Europako herritarrek eta estatuak etorkizuna elkarrekin eraikitzearen duten borondatea”. Etorkizuna elkarrekin eraikitzeak esan nahi du, batez ere, etorkizun baketsua erdiestea; esan nahi du, orobat, gure iraganeko zatirik lotsagarrienei agur esatea, etengabeko gatazka eta gerrak bukaraziz, horiek arrazakeriazko nazionalismo-formak eragin baitituzte, elkartzuta egonda bakarrik gaindi daitezkeenak.

Etorkizuna elkarrekin eraikitzeak esan nahi du, bestalde, balio zehatz batzuk Europako lurralde osoan gauzatzeko ahaleginak egitea. Arian ere, azken gizaldeetan, balio horiek izan dira Europako ideien gidari; proiektuaren atarikoak adierazten duen moduan, “Europaren oinarrietan kulturazko, erlijiozko eta humanistikoaren goi-eraginez” garatu dira balio horiek. Ezin ahantz daitezke, atarikoak berak dioenez, “gizakiaren eskubide urraezin eta utziezinak, demokrazia, berdintasuna, askatasuna eta zuzenbide-estatua bezalako balio unibertsalak”.

Egiantan, balio unibertsalak dira horiek. Gainera, Europako kulturaren hainbat mende islatzen dira balioetan. Eta Europan bakarrik, hamaikatxo ahalegin egin da balio horiek egiazko errealitate bihurtzeko. Izan ere, europarrak izan ziren, II Mundu Gerra bukatu eta gero Eskubideen Adierazpen Unibertsala prestatu zutenak. Are gehiago, eskubideen formulazio teorikoarekin asegabe geratu zirenez gero, europarrak berriro elkartu ziren 1950. urtean, giza eskubideak errespetatuak izan zitezkeen. Horren ondorenez, Estrasburgoko Auzitegia sortu zuten, atxikitako herri guztie-

tan eskubideok urratzen zirenerako, hori pertsegitu ahal izateko. Europarrak izan ziren, halaber, heriotza-zigorra kondenatuz lehenengo adierazpena egin zutenak.

Egia da, era berean ere, Europa merkatu handi bat bezala jaio zela. Alabaina, hori ez da jatorrizko akats gaindiezina. Esparru ekonomikoan aurrera egiteak berarekin ekarri du herri sortzaileek parekorik ez duen aurrerakada izatea. Aurrerakada hori izan ezean, hurrengoko pausoak ezinezko gertatuko ziren. Giza eskubideak aipatu ditugu, eta horiei buruz ari da, hain zuzen ere, Konstituzioaren bigarren zatia. Zernahi gisaz, Erkidegoak, Europako Merkatuak, eta, gaur egun, Europar Batasunak, argi eta garbi adierazi dute honako hau: gizarte-justiziak eskubideok errespetatu behar ditu, eta hori ezin da ezerezean geratu; baina ahaleginak egin behar dira, horrekin batera, garapen iraunkorrari eusteko eta gutxieneko ongizate-maila ziurtatzeko. Labur-zurrean esanda, oinarri zehatzak finkatu behar dira, Europa baketsua lortzeko.

Hori ez da utopia; ez da lurrean paradisua ezartzea. Zinez, Europar Batasunarekin ez dira gure arazo guztiak bukatuko. Edonola ere, kontuan izan behar da garai batean europarrek arerio ikusten zutela elkar, lagun baino gehiago. Gaur egun, ordea, Europar Batasunak elkarrekin eta elkertasunez lan egiteko deia egiten digu, eta eginkizun horretan erabakigarria da legelarien jarduna. Zuzenbidearen mundua alde batera utziz gero, ezin da bakea eraiki, ezta justizia ere.

Ezin dizkiogu begiak itxi itxaropenezko egoera honi. Horregatik, Akademiak iragarri nahi du eskura dituen baliabide guztiekin sustatuko duela Europako zuzenbidea eta bertako erakundeak ezagutaraztea. Euskal Herriko industria eta portuak betidanik egon dira munduari zabalik, eta gure arbasorik prestuenek berebiziko ahaleginak egin zituzten Europara hurbiltzeko. *Gutako askok ezin dugu ahaztu José Miguel Azaola jauna. Horrek "paneuropar"tzat jo zuen bere burua, hogeigarren mendeko hogeita hamargarren hamarkadan batxilergoa amaitu eta gero. Harrezkero, bere bizitzaren urterik onenak eman zituen ideia*

*hori lantzen. Haren eraginez, gutako askok maite dugu Europa
elkartu eta baketsuaren ideia.*

Zuzendaritza Batzordea

LA REFORMA DE 1506

Un documento clave en nuestra historia foral

En una conferencia pronunciada en 1908, un joven Gregorio Balparda trataba de buscar el sentido jurídico del Fuero de Bizkaia identificándolo con su ideología liberal,¹ y entre los varios documentos que utilizó cita el que ahora voy a comentar. No aparece el texto en la historia de Labayru, ni en las colecciones de leyes forales, pero se encuentra íntegro como complemento a la edición del Fuero Viejo de Vizcaya publicada por Astuy, que es la edición que utilizo. No existe ninguna razón para dudar de su autenticidad.

El hecho de que haya estado tan escondido entre nubes de papeles, sin darse a conocer, es, sin duda, la causa de que este documento, que se publicó como “Reformación del Fuero”, primero en un diario fuerista y más tarde en una edición popular, no haya sido objeto de la atención que merece. A mi juicio es un auténtico puente entre el Fuero Viejo de 1452 y el Fuero Nuevo de 1526.

No se trata de una revisión total del Fuero, sino de la solución a cierto número de cuestiones que la ley foral planteaba medio siglo después de su publicación y que se concretan en once decisio-

¹ “El sentido liberal del Fuero de Vizcaya”, por Gregorio Balparda, conferencia publicada como anexo al tercer tomo de su obra inacabada “Historia crítica de Vizcaya y de sus Fueros”

nes o resoluciones elaboradas por los comisionados elegidos por las Juntas, y aprobadas por el Corregidor. Estas disposiciones son la clave para comprender la evolución que se produjo a lo largo del siglo XV cuando Castilla y Bizkaia salían claramente de la Edad Media e inauguraban una nueva era. Muestran que los Fueros no fueron nunca normas rígidas y a lo largo del siglo XV fueron acomodándose lentamente a lo que pedía la marcha de la sociedad

La reforma de 1506, pone además de relieve, a mi juicio, que la esencia toda de la foralidad y por ello la esencia de la historia de Bizkaia en el siglo XV está en una adhesión ardiente a la idea de la libertad. Libertad personal y libertad política, formulada en este texto en términos intuitivos y algo arcaicos, que dudo de que hayamos sabido acomodar fielmente a un lenguaje moderno.

Bizkaia necesitaba libertad para el comercio, para la construcción naval, para la navegación por todos los mares. Cuando en toda Europa el poder y la riqueza se centraban en las rentas de la tierra, en Bizkaia la mejor riqueza era el comercio y la industria, y el mayor poder el del trabajo

Reformación del Fuero.

La elaboración de este curioso documento se relata, como es uso foral, con mucho detalle, en el propio texto. El 11 de febrero de 1506, siendo Señora de Vizcaya doña Juana, hija de los Reyes Católicos, llegó a las Juntas reunidas en Guernica el Corregidor Cristóbal Vázquez de Acuña, que en una larga exposición afirmó que *“había visto mucha variación é confusión é cuestiones é debates sobre como é en que manera se habían guardado é se habían de guardar ciertas leyes del Fuero de Vizcaya, usos é costumbres”* y que él mismo había hecho *“cierta copilación”* de dichas cuestiones que leyó ante la Junta. *“Los que en la dicha Junta estaban”* dijeron *“que consentían que se pudiese todo en buen orden é estilo para adelante”*. Pero no creían posible hacerlo en *“aquella multitud”* por lo que dieron poder *“cumplido é bastante”* a los letrados Juan Sáenz de Ugarte y Juan Alfonso de Vitoria y a los once diputados y regidores de

dicho condado (Bizkaia) que más tarde se enumeran en el acta. Se delega la representación de las Juntas en las personas designadas al efecto, una práctica empleada también en la redacción del Fuero, que es una buena lección sobre las formas de legislar. Es más lógico que se redacte por personas competentes y de confianza y se apruebe por el Parlamento, que confiar su elaboración al Parlamento en debates improvisados y votaciones tumultuosas. Por mucho que se confíe en la democracia no puedo creer que el Parlamento sea infalible, es decir, que los diputados que se presentan en las listas electorales, sin duda fieles a su partido, sean también capaces de razonar sabiamente, un día sobre filosofía política, otro sobre la viabilidad o la educación y al día siguiente sobre la energía nuclear. Confiar esta tarea a personas competentes, aunque se reserve la decisión final al Parlamento me parece una técnica más inteligente, que es la que en el siglo XIX permitió elaborar leyes excelentes para la época.

Después de esta delegación, el 28 de febrero del mismo año, el Corregidor se reunió en Bilbao, con los apoderados para tratar de las cuestiones planteadas. Reconocieron todos la existencia de problemas varios en la aplicación del Fuero y también los efectos perjudiciales que se producían por la falta de criterios claros, pues se daban por los Jueces interpretaciones contradictorias, consecuencia sobre todo, pienso yo, de que los Corregidores foráneos conocían mal la singularidad de nuestros usos y costumbres. Después de deliberar contestaron los comisionados al Corregidor estableciendo once normas básicas, que de allí en adelante debían ser acatadas por todos.

Una buena parte de estas once disposiciones son de carácter penal o procesal penal, pero hay dos que quiero destacar en primer término, la primera de carácter general, y la segunda que puedo considerar procesal civil.

La vigencia general del Fuero.

La primera de las leyes aprobadas en 1506 es una vindicación de la foralidad vizcaina. En 1452 los vizcainos se habían que-

jado ante el Corregidor porque aunque tenían viejos usos y costumbres, caían en muchos *males é errores* por no tenerlos escritos y pidieron permiso para escribirlos. Y una vez redactados establecieron que *de hoy en adelante y aun hasta confirmar los dichos fueros é leyes*, se debían resolver por ellos todos los pleitos de cualquier naturaleza *é non por otro fecho nin uso nin costumbre alguna*.

Al parecer, las artes de algunos abogados fueron las que utilizando pruebas de testigos y, con toda seguridad invocando la autoridad de las leyes romanas o canónicas, trataban de minar la fuerza de las leyes acordadas en el Fuero, extrañas para quienes tenían una educación romanista o limitada al Derecho castellano. De aquí que la primera de las “determinaciones” que hacen los comisionados por Juntas Generales tiene relación con *“las probanzas que se han hecho é hacen contra las leyes del Fuero”*², lo que califican con razón como una práctica perjudicial y dañosa. De haber permitido esta práctica, fácilmente y en poco tiempo se hubiera perdido la esencia de las instituciones forales, (*muy presto é en breve tiempo se perderían é destruirían los fueros é privilegios del dicho condado*) por lo que las Juntas acordaron en esta primera ley que:

“las dichas leyes del Fuero se entendieran é guardasen al pié de la letra sin les dar entendimiento nin limitación alguna”

Toda la vida política de Bizkaia descansaba en el respeto al Derecho, esto es, la sumisión al Fuero, que era la norma institucional básica. El Fuero era obligatorio para todos, empezando por

² En la primera disposición dicen los comisionados por las Juntas que la experiencia ha demostrado que “las probanzas que se han hecho é hacen contra las leyes del Fuero, es muy perjudicial é dañosa para el dicho condado (Bizkaia), porque habiendo como hay opiniones é parcialidades publicas é secretas, é seyendo como son contrarios los unos de los otros, aunque por la una parte haya ley escrita, la otra parte contraria por salir con su intención, olvidando el bien de la tierra é olvidando derogación (sic) de los privilegios del dicho condado del que por aventura otras veces se ha ayudado é aprobechado, ponen a los jueces en mucha confusión é afrenta...”

el propio Señor o Rey, que estaba forzado no solamente a jurarlos sino a acatarlos y someterse a ellos, pues en otro caso se le podía oponer el pase foral, haciendo que la disposición del Señor fuera obedecida y no cumplida.

No nos sorprende que el arte de los abogados tratara de sustituir las leyes forales por otras más conocidas por los propios juristas y que se alegasen sentencias romanas o canónicas en contra del Fuero, ya que muchos bachilleres y letrados vizcainos se habían educado en la Universidad de Salamanca, donde es impensable que llegara el conocimiento de las leyes de Vizcaya. Pero estas alegaciones desnaturalizaban la ley foral.

Cuando los revolucionarios franceses establecieron una Constitución consideraron que la nueva Carta era la garantía de todos los derechos y también sintieron un temor similar al de las Juntas vizcainas, y cometieron el mismo error prohibiendo todo comentario y obligando a interpretar el texto al pie de la letra. Se dice que cuando Napoleón desterrado en Santa Elena, tuvo noticias de que se había publicado un comentario al Código que lleva su nombre, comentó que su obra estaba perdida.

Los vizcainos, podrían haber estado inspirados por la misma preocupación, y temiendo, no a las interpretaciones de los juristas, sino a la intrusión de sistemas jurídicos foráneos, ordenaron también que las leyes del Fuero se guarden al pie de la letra “sin les dar entendimiento nin limitación alguna”.

Esta tajante declaración elimina la posibilidad de aplicar leyes extrañas sustituyendo a la ley foral, aunque luego se establezca que, a falta de ley foral, las leyes de Castilla son la norma supletoria. Lo más grave es que parece eliminar la obra de los intérpretes haciendo aplicar la ley en su sentido literal, lo que elimina cualquier recurso a la equidad y petrifica el Derecho.

No obstante, a diferencia de los revolucionarios franceses, que no tuvieron más remedio años después que admitir interpretaciones que se separan de la letra, los vizcainos nunca forzaron a

la interpretación literal, por mucho que recalquen su “al pie de la letra”. Y quizá ellos mismos no deseaban ese resultado sino que apelaban a la literalidad de las leyes para no admitir la aplicación de leyes extrañas, como lo demuestra el hecho de que en la misma Junta de 1506 en la que con tanto empeño se imponía el respeto a la letra de la ley se encontraron dispuestos a moderar la rigidez de las leyes en otros acuerdos.

Los propios comisionados por las Juntas emplearon una interpretación restrictiva para moderar el texto de una ley medieval demasiado severa. En la propia sesión de 1506 que estamos comentando, y en su disposición octava, después de afirmar que hay una ley de la Hermandad que “*dispone que cualquiera que hurtare o robare de diez florines arriba muera por ello*” muy lejos de interpretar esta norma al pié de la letra, se niegan a aplicarla por varias razones:

Primera Porque “*es muy rigurosa*”. Lo que había parecido correcto en el siglo XIV, y bajo la necesidad de acabar con los crímenes de los banderizos, dos siglos más tarde y con una mayor paz por haberse apagado las luchas tribales, parecía demasiado cruel.

Segunda. Porque la norma legal, decían, es “*contra la disposición del derecho así común como del reino*”. No es fácil conocer lo que los vizcainos entendían por disposición del derecho, que no creo que fuera el recurso al Derecho natural, sino más bien a opiniones de juristas formados en una sensibilidad nueva, que podía inspirarse tanto en el Derecho romano (Derecho común) como del reino (el Derecho castellano)

Tercera Porque “*Non ha sido usada nin guardada, mas antes por el contrario uso está abrogada é derogada según la información que sobre ello se ha habido é recibido de letrados é de otras personas expertas é experimentadas*” Sospechábamos que muchas de las normas durísimas de los cuadernos de Hermandad, dictadas en circunstancias muy excepcionales, no se aplicaban fuera de ellas, y esta declaración confirma

que había desaparecido la costumbre de aplicarlas. Pese a la obsesión legalista moderna, lo cierto es que ninguna ley adquiere vigencia si no existe la costumbre de aplicarla.

La interpretación a la letra no se conciliaba con el carácter del propio Fuero que afirma ser *“más de albedrío que de sotileza é rigor de derecho”*. Un Fuero de albedrío es un Fuero de libertad.

Como afirmábamos al principio, esta reforma del Fuero abre un puente entre el Fuero Nuevo y el Fuero Viejo. Al final, y aquí esta su trascendencia, el acuerdo de 1506 se incorporó al Fuero aprobado en 1526, el Fuero Nuevo, en su título treinta y seis, ley tercera. que después de afirmar que *“a los vizcaynos aprovecharía poco (el Fuero) o nada si en Vizcaya o fuera de ella (assi en el Consejo Real, como en la Corte é Chancillería de Su Alteza) no se hubiese de guardar el dicho Fuero a los vizcaynos ; é si los juezes de Vizcaya é fuera de ella hubiessen de sentenciar en los pleytos é causas de ella contra el dicho Fuero, é non según el tenor de él, é se hubiessen de guiar en las tales sentencias por otras Leyes del Reyno ó de Derecho común Canonico o Civil o opiniones de Doctores”*. Los redactores del Fuero se plantean la misma cuestión que la Junta de 1506, casi con las mismas palabras y la resuelven de la misma forma, adoptando, por añadidura, duras medidas contra la infracción de lo dispuesto en el acuerdo de dicha Junta.

Porque como consecuencia, el Fuero de 1526 dispuso:

Que ningún Juez que resida en Vizcaya ni en la dicha Corte e Chancillería ni en el Consejo Real de Su alteza ni en otro cualquiera” en los pleytos entre vizcainos “sentencien, determinen ni libren por otras Leyes ni Ordenanzas algunas salvo por las leyes de este Fuero de Vizcaya”

En segundo lugar, y para cubrir las lagunas, el Fuero llama como Derecho supletorio al de Castilla. En los pleitos que, dice el Fuero, por sus propias Leyes *“non se puedan determinar, deter-*

minen por las leyes del Reyno é Pragmáticas de Su alteza: con que las leyes de este Fuero de Vizcaya en la decisión de los pleytos de Vizcaya y Encartaciones siempre se prefieran a las otras Leyes é Pragmáticas del Reyno y del Derecho común.

En tercer lugar se dispone la nulidad de los actos contrarios: *“todo lo que en contrario se sentenciare é determinare o se proveyere, sea en sí ninguno é de ningún valor ni efecto”*

La nulidad se extiende a cualquier sentencia *“aunque venga proveído é mandado de su Alteza por su Cédula é Provisión real, primera, ni segunda ni tercera jussio, é mas, que sea obedecida é non cumplida como cosa desafortada de la tierra*

Por último, la nueva ley establece sanciones: *El Abogado que derechamente abogare contra Ley alguna de este Fuero caya é incurra en pena de seiscientos maravedís por cada vez, é más que pague las costas de la parte por quien alegare é en la sentencia que se diere en aquel pleito se haga la condena- ción contra el Abogado...”*

Me parece interesante destacar la perfecta concordia con la que nuestras instituciones y la representación del Rey o Señor, funcionan al tomar los acuerdos de 1506. Saben las Juntas y sus representantes que quien pide estas aclaraciones es el Corregidor, representante del Rey, y que, por tanto, los acuerdos obligarán al propio monarca, pero en nada se coarta su voluntad de defender el Fuero. Y tampoco se opone a ello el Corregidor dado que en aquel momento histórico está convenido pacíficamente el respeto al régimen foral.

El recurso a la interpretación literal, al pié de la letra, no tiene el mismo sentido que en los revolucionarios franceses, que querían que no quedase huella del antiguo régimen. En Vizcaya, como hemos visto, los letrados están dispuestos a ablandar el sentido de las leyes con criterios de equidad, pero además, mantienen siempre viva la costumbre, que va limitando, a veces, el sentido

literal, otras suavizando la aplicación de las leyes, e incluso en algún caso derogando viejos usos no acomodados a los nuevos tiempos. Los propios textos del Fuero nos dan ejemplos de ello.

Interpretar estas declaraciones como una prohibición de toda interpretación es lo más perjudicial que podía ocurrir al Fuero, y, de hecho, uno de los medios con los que se las ha querido tener anquilosadas.

Aunque después del Fuero de 1526 no se publicaron nuevas normas forales, lo cierto es que la costumbre fue suavizando y aclarando las viejas en numerosos extremos, y al siglo XIX llegó el Fuero con muchos retoques consuetudinarios. Pero la declaración de 1506, como la posterior y similar del Fuero, cuando se interpretaron a la letra, desnaturalizaron su sentido. Y tras la publicación del Código Civil la jurisprudencia no solamente se mostró muy restrictiva con las instituciones forales, sino que en el caso de Vizcaya desnaturalizaba el Derecho foral apartándolo de la costumbre, que entre nosotros fue el origen de todas las leyes. En una cuestión tan importante como la de las prórrogas de los poderes testatorios, introducidas por la costumbre, el Tribunal Supremo acabó con ellas llegando a declarar que el derecho consuetudinario no tiene en Vizcaya “la prevalencia que en otras regiones forales y no podrá ser invocada como texto vivo en que puedan fundarse las resoluciones judiciales” (sent. 19 mayo 1960) Esto equivalía a negar la esencia misma del derecho de Vizcaya que nació de la costumbre. Y es triste tener que anotar que los juristas vizcainos, a partir de la memoria de Lecanda, tuvieron la mirada demasiado fija en el texto literal del Fuero de 1526.

El Fuero, más allá de su propia letra.

Si examinamos con atención nuestra historia foral es fácil de ver que el ordenamiento propio de Bizkaia no se agota en el tenor literal del Fuero. Era imposible que los hombres que lo redactaron, en 1452 como en 1526, pudieran alcanzar a reunir todo el rico contenido de la vida foral, por lo que algunas costumbres se omitieron, pero no por ello dejaron de estar vigentes. Y en

muy diferentes ocasiones los vizcainos denunciaron como contrario la vulneración de usos y costumbres no expresamente contenidos en la ley foral.

Si teníamos alguna duda sobre la voluntad de los redactores del Fuero, los hombres que intentan su reforma en 1506 la desvanecen citando usos forales no integrados en el Fuero de 1452, y un ejemplo notable lo constituye la novena de las disposiciones o acuerdos de 1506. En ella se reconoce que en el dicho condado (Bizkaia) *“hay un estilo é uso, (que no aparece en ninguna ley del Fuero) “que sobre dares é tomares de cualquier maravedís y de bienes muebles é semovientes non haya nin se pueda facer probanza alguna por testigos”* Es una costumbre que puede sorprender, pues está vigente en un tiempo en el que es seguro que habría muchos analfabetos y los documentos escritos serían escasos, y esta norma consuetudinaria no permite aportar testigos, un modo de prueba que hemos de reconocer que se presta más que ninguna otra a falsedades por lo que resulta peligroso que sea el único fundamento decisorio.

Tengo la impresión de que lo que probablemente alarmaba al Corregidor es dejar que la cuestión se resolviese por la declaración del propio deudor, porque la costumbre consistía en que *“el pleito é causa se libre é determine por juramento decisivo de la parte demandada, ó del autor (entiendo actor) “si el reo non quisiere jurar”*.

Llama mucho la atención el enorme respeto del Fuero por la palabra dada, que en el siglo XV obligaba no sólo por normas religiosas sino también por un especial concepto del honor. Esto es lo que ha hecho tradicional el respeto del vasco a su palabra, y es también la razón de que en el Fuero Viejo, en su capítulo CCXVI, después de haber prohibido que el Obispo entre en Bizkaia y sus vicarios y de afirmar que *“todas las personas católicas de la fe cristiana son tenidas de pagar los diezmos a las iglesias”* se establecieron los medios para cobrar dichos diezmos. A quien no paga, aunque no exista autoridad eclesiástica que se lo pueda exigir, se lo puede demandar el patrono ante el alcalde de

fuego, pero todo se subordina a la palabra del diezmero. El patrono lo puede pedir al alcalde de fuego, y éste debe requerir al diezmero que preste juramento sobre la señal de la cruz “*e si jurare que diezmo derechamente sea quito, é si non jurare pague lo que debe, lo que entendiere que non pagó*”. Supongo que a los hombres de aquella época se les hacía muy duro pensar en un juramento en falso.

Algo similar es lo que nos descubre el documento que comento sobre la costumbre procesal en cuanto a dares y tomares. El acuerdo de 1506 afirma que hay muchas cuestiones sobre dicho uso, unos diciendo que “*solamente ha lugar en los prestidos de poca cantidad, é non sobre otros dares é tomares nin sobre cantidad gruesa*” Pero los comisionados “*acordaron declarar la dicha ley é ordenaron que sobre casos de maravedís prestados é depósitos por pequeñas é grandes o de mayor cantidad*” que no haya “*probanza de testigos, salvo se juzgue é determine por juramento del demandado é a defecto de no querer él jurar, que jure el actor é que éste juramento se pase é haya en la iglesia juradera é con hombre común de medio, según que fasta aquí se ha usado é acostumbrado*”

Defensa a ultranza de la libertad.

Ninguno de los derechos humanos ha sido reivindicado con tanta fuerza por los pensadores democráticos como el derecho a la libertad, que tiene un sin fin de manifestaciones, libertad de pensamiento, libertad de prensa, libertad de comunicación, etc. pero la primera de las libertades, la que con más frecuencia y más gravemente ha sido vulnerada a través de la historia es la libertad física, el derecho que protege a una persona contra la arbitraria voluntad de otras y sobre todo de los órganos de poder para evitar que pueda ser arbitrariamente detenido, encarcelado y juzgado.

No sorprende que muchos juristas consideren como el primer antecedente de la democracia y las libertades modernas, la Carta Magna inglesa de Juan I que en su disposición 37 decía que “Ningún hombre libre podrá ser detenido, ni preso, ni desposeído

de sus bienes, ni declarado fuera de la ley ni desterrado, ni perjudicado en cualquier otra forma, ni procederemos, ni ordenaremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares o por la ley del país”. Para valorar esta declaración hay que tener en cuenta su fecha, 1215, en plena Edad Media, con una clara presencia de la clase servil a la que se excluye de este derecho, reservado a los hombres libres, y en un ambiente en el que la voluntad del soberano no admitía ninguna limitación. Muchos años después la ley de Habeas Corpus en 1679 contribuyó en Inglaterra a una mejor protección de la libertad, aunque no evitó algunos abusos, pues la prisión por deudas se mantuvo hasta bien entrado el siglo XIX

En el resto de Europa, para que la libertad personal quedara asegurada fue necesario esperar a que cayeran las Monarquías absolutas, lo que ocurre a partir de la Revolución francesa. En la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 Agosto de 1789) se prohíbe la detención o acusación arbitraria en su artículo séptimo, aunque no se establece un procedimiento para garantizar este derecho, que es esencial en la democracia moderna.

De aquí que resulte muy llamativo comprobar cómo en el Fuero de Bizkaia desde 1452 (capítulo LII y siguientes)³ se establece que el Juez no pueda prender a los malhechores “*sin que primeramente sean llamados según Fuero de Vizcaya é sean los treinta días de los llamamientos*”. Es seguramente esta norma foral la más importante entre las que nos permiten hablar de una democracia vizcaina. Ningún vizcaino puede ser preso sin que primeramente se le encarte y se publiquen los llamamientos so el árbol de Guernica, con una copia en la anteiglesia de su vecindad, y además hay que esperar treinta días a partir de dicho llamamiento antes de poder acordar la prisión. Es un plazo en el que podrá buscar sus descargos, y también huir, pero esto último no se valoraba tanto como para justificar una detención arbitraria. El capítu-

³ Las citas del Fuero Viejo las hago con referencia a la división en capítulos que aparece en la edición de Astuy, Bilbao 1909

lo LII del Fuero Viejo no imponía el llamamiento cuando se tratare de pequeños delitos de hurto o robo, siempre que no procediera la pena de muerte.

No hay que sorprenderse de las objeciones que hace el Corregidor a la aplicación de semejante norma alegando que la ley del Fuero *“saca é salva a los ladrones, los cuales sin que sean llamados ni acotados pueden ser presos é tomados, que más razón é causa de prender hay, a los que matan é hieren a otros a traición é alevosamente”*... *“que non a los tales ladrones é robadores”*.

Pero la reacción de los comisionados es sorprendente y muestra lo arraigada que esta norma de libertad estaba en Vizcaya. Después de afirmar que *“dicha ley es la mayor é más privilegiada que hay en el Fuero”*, añaden luego en un pintoresco lenguaje medieval que la dicha ley *“pone freno a los jueces apitonados, soberbios, malenconiosos é acelerados, los cuales, con la ira o malenconía é teniendo a los malhechores en su poder que por aventura sin templanza excederían de la orden é forma del derecho”*.

Y el acuerdo de la Junta es terminante:

“Acordaban é acordaron que la dicha ley se guardare en todos o cualquier delitos, casos é causas criminales, pequeñas o grandes de cualquier cualidad ó condición que sean, sin le dar otra limitación nin declaración alguna”

El pronunciamiento de la Junta es clarísimo y a favor de la libertad.

No obstante, después de estas terminantes declaraciones, se establece una excepción muy similar a la del Fuero Viejo en el tercer acuerdo de aquella reunión de reforma del año 1506. Se ordena que *“ninguno fuere llamado personalmente sino por casos o delitos pequeños ó livianos ó cuando non hobiere bastante probanza”*.

Esta excepción es recogida en el Fuero de 1526 casi en los propios términos en los que se expresa la reforma de 1506. Sin embargo, la ley V del título noveno del Fuero nuevo amplía los casos en que se puede proceder sin llamamiento: vuelve al texto del Fuero Viejo, y permite proceder sin llamamientos en los delitos de robo ó hurto, y además *“si el malhechor fuere tomado con cuero é carne (es a saber) infragante delito que es dentro de las veinte é cuatro horas después de hecho el maleficio”*. Y asimismo cuando se trata de extranjeros *“porque se presume que se ausentarán”*. Además, y esta es una novedad achacable a la presencia de la Inquisición, *“contra los hechizeros é brujos é contra quien llevare Mujer por fuerza, é assí llevada la tuviere en su poder por fuerza, pero no por la desflorar por halagos y suasionés y engaños, salvo quando por fuerza publica la desfloraré”*

Problemas procesales.

No va a ser tan sencillo hacer el análisis de los restantes normas de la reforma de 1506 que se refieren a problemas procesales difíciles de entender por un hombre de hoy, sobre todo en el ámbito penal en el que se aplica en esta época un procedimiento puramente acusatorio.

No puede sorprender que estando reunido el Corregidor con los regidores y diputados de Bizkaia, en su mayor parte letrados, se plantearan en esta Junta numerosos problemas procesales, sobre todo de carácter penal. Son cuestiones difíciles de entender para un jurista de hoy, asentado en el moderno procedimiento judicial contradictorio y que se inicia de oficio.

Me fijaré primero en una cuestión que la reforma resuelve con una norma única para los procesos civiles y criminales:

Suspensión del proceso.

La disposición 4^a es, a mi juicio, común a los procesos civiles y criminales. Trata de su suspensión a petición de las partes, sobre lo que, al parecer había opiniones encontradas en los Tribunales.

Se refiere a “pleitos y causas criminales” y, por lo tanto a la suspensión de los pleitos civiles y causas criminales. Como es habitual en los procesos de ayer y de hoy, las partes pedían la suspensión por múltiples razones y se dudaba si el juez debía o no acceder a suspender la tramitación

Los reunidos acordaron establecer una norma nueva y es que “cuando por ambas las partes é a su pedimento” se pida la suspensión, el juez “sea tenido a lo acordar, conceder é otorgar”... “con tanto que la dicha suspensión dure no más de sesenta días”, “é una vez é non más en cada pleito”

Según este texto, la suspensión ha de ser solicitada por las dos partes para que resulte vinculante para el Juez.

Las restantes disposiciones se refieren a las causas criminales y trataré de resumirlas.

La disposición 5ª se refiere al procedimiento de oficio. Según el Fuero el Juez no puede proceder de oficio, y los comisionados parecen ver una colisión de esta regla con la norma que regula el perdón y según la cual en cualquier momento en que la parte perdona al reo, aunque sea después de condenado, el juez no pueda hacer “ejecutar ni hacer justicia del dicho malhechor”. En el sistema acusatorio, si se retira la acusación no puede haber pleito ni condena, pero, al parecer había cuestiones en los tribunales sobre este tema.

Y los reunidos acordaron que el perdón termine con el pleito, con algunas excepciones: “que si por dicho delito por do el reo fue condenado pareciere é se probare el delito de haber fecho con saeta é traición, o alevosamente é sobre asechanza é non en su defensión...” que, pese al perdón, “el juez pueda hacer dicha ejecución si quisiere”. En los demás casos “perdonando la otra parte cese é non se pueda hacer nin haya ejecución”

La regla tercera se refiere a los casos en que se puede detener al reo sin llamamientos. El Fuero exige que para acordar la prisión de un vizcaino es indispensable dar primero los llamamientos

so el árbol de Guenica, pero se exceptuaban los casos de delitos pequeños é livianos sancionados con penas leves. Y los comisionados constatan que algunos jueces procedían a la detención por delitos livianos y luego por otras acusaciones los prenden e ingresan en la cárcel del condado.

En consecuencia establecieron el medio de evitar este contrafuero disponiendo una vez más que ninguno sea preso en la cárcel del condado ni en ninguna otra sin que primeramente sea llamado y acotado. Y el que es detenido por delitos livianos no puede ser preso si presenta fiadores de “lo traer é presentar a dicho juez”

La disposición undecima recuerda que las acusaciones o querellas han de formularse sin dar el nombre del acusado. Dice el Fuero que las acusaciones y querellas criminales se han de formular “generalmente” sin declarar los nombres de los “acusados o malfechores” y si se formulan de alguna otra manera ordena que sea “en sí ninguna o de ningún valor y efecto”. Confieso que nunca he entendido bien esta ley. ¿Cómo se puede acusar sin dar el nombre del acusado?. Quiero entender que la acusación debe limitarse al relato de los hechos sin atribuirlos personalmente a nadie. Supongo que alguien puede decir que denuncia que su vecino ha sido asesinado, incluso que encontró a dos metros de la víctima a una vecino con un puñal en la mano, pero librándose mucho de afirmar que ese vecino mató a nadie.

Lo cierto es que en esta comisión de reforma se acuerda cumplir puntualmente la ley del Fuero. Y se ordenó que “non se pudiera dar ni se diere ante los Corregidores de Vizcaya é sus tenientes acusación nin querella criminal... nombrando a los acusados é malfechores especificadamente, antes se dieren é formaren é intentaren generalmente sin nombrar nin especificar al acusador ó acusado”. Luego dicen lo que se puede declarar “logar é tiempo é mes é año é las otras circunstançias del derecho”

Formulada de otra manera, los jueces no deben recibir las acusaciones y si a pesar de todo lo hicieren, que todo lo actuado “sea ninguno é de ningún valor é efecto”

La séptima se refiere a las condenas por indicios. La comisión constata que una ley de la Hermandad dice que los indicios que bastan para dar tormento a quien no es hidalgo son bastantes para condenar a quien es hidalgo. Las leyes de la Hermandad, afirma la comisión, que unas veces se usan y otras no, y sobre todo en el caso de ésta que es “algo rigurosa en condenarles por indicios é haberles por confesos en los dichos delitos sin haberlos confesado”.

Pero, añadieron, “porque los malfechores sean castigados é non se esfuercen á facer é cometer los dichos delitos con esperanza de no ser atormentados”, dijeron y acordaron “que puesto que por los tales indicios é presunciones el malfechor acusado acudiere non pudiera ser condenado en la pena ordinaria... con que tal pena non pueda ser de muerte ni de cortamiento de miembro, nin derramamiento de sangre, nin otra alguna que sea corporal, nin de perdimiento de bienes, nin pena de destierro que pase de tres años...”

La 10 trata del valor de las pruebas realizadas antes del llamamiento. Se manifestó en la comisión que era uso y costumbre que las probanzas y sumaria información que el juez recibe antes de acordar el llamamiento so el árbol, sean bastantes para dictar sentencia definitiva. Y sobre este particular decidieron que este uso había que establecerlo por ley “é ordenaban y ordenaron que la probanza é pedimento de acusador o de parte ó por el juez tomada, ó recibida de su oficio” siendo dada por “bastada o cerrada antes del llamamiento”, haya entera fe é prueba é se pueda por ella juzgar é sentenciar en el negocio principal.

“Pero que sobre otros artículos nuevos que al caso convengan, que puedan articular lo que al derecho de las partes o bien del negocio tocare é compliere...”

Pienso que esta disposición se refiere a los casos en que el llamado no comparece al llamamiento, porque si lo hace, el fuero le garantiza la entrega de todo lo actuado y la posibilidad de formular pruebas de descargo.

Por último, la disposición 6ª dicta una norma durísima. Afirman los comisionados que la ley foral dispone que “quien fuere acotado ó encartado, seyendo antes por sus plazos é términos, que el prestamero o merino le pueda justamente matar sin que más sea oído”. Dicen que dicha ley ha sido guardada y es justa “como corriente”

Más adelante afirman que dicha ley habla “muy generalmente y parece algo rigurosa”. En consecuencia acordaron que “si el malfechor fuere acotado ó encartado por muerte de algún que hobiese hecho con saeta ó traición ó alevosamente ó sobre asechanzas ó sobre treguas y seguros, que en tal caso si él de su grado non se presentare para purgar su inocencia... que non pueda ser oído sobre la dicha muerte é delito é que sin embargo de cualquier alegación o apelación se ejecute la dicha sentencia” En los demás casos se establece que el reo no sea ajusticiado hasta que sea oído é por justicia ó derecho vencido.

Adrián Celaya

LA FAMILIA EN BIZKAIA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

1.- CUESTIONES GENERALES

El régimen jurídico de la familia en Bizkaia se encuentra regulado por la Ley 3/1992 del Parlamento vasco de 1 de julio. El hecho de que haya sido aprobado mediante ley autonómica –tras un silencio de cuatro siglos del órgano foral- incide en gran medida en las líneas seguidas por la ley así como en la proyección de futuro de la regulación de la materia. Por todo ello, inicio este comentario con ésta y otras cuestiones generales:

1.1 El derecho civil vizcaíno aprobado mediante ley autonómica, tras un silencio de cuatro siglos

Como ya hemos apuntado el Derecho civil vasco está regulado en norma autonómica aprobada por el Parlamento vasco, Ley 3/1992 de Derecho civil foral del País Vasco, que dedica el libro I a Bizkaia.

Bizkaia, al igual que los restantes territorios forales, poseyó en todo tiempo órganos legislativos propios que legislaron en materia civil -el Fuero Viejo de Vizcaya¹ y el Nuevo, de 1452 y 1526 respectivamente, aprobados para todo el territorio por la

¹ Se respeta la grafía del texto.

Juntas Generales de Gernika-. La capacidad legislativa de dichos órganos quedó debilitada con la entrada en España de la dinastía Borbónica y el proceso de decadencia foral en el País Vasco fue agudizándose hasta desembocar en la supresión de los órganos forales al término de la tercera guerra carlista, mediante la ley unificadora sancionada el 21 de julio de 1876 por Alfonso XII. A partir de este momento toda la actividad legislativa quedó centralizada en las Cortes de la Nación².

Fue la reivindicación de los foralistas durante la etapa de la codificación civil española la que mantuvo vigente el Derecho civil foral y a partir del año 1959 propició que se recogiera en textos legales compilados, aprobados por las Cortes españolas, órgano legislativo -único existente en el momento-.

El Derecho vizcaíno quedó regulado en la Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava de 1959 con criterios fuertemente restrictivos, lo que determinó la minimización de nuestro Derecho. Hay que tener presente que la Compilación se aprobó en plena dictadura, bajo un fuerte centralismo en todos los campos y que en el ámbito del Derecho civil admitió -como excepción- se compilaran aquellas instituciones forales que, por estar muy enraizadas localmente, no era prudente su supresión³. A esta causa se une la escasa doctrina foral, la falta de conocimiento del Derecho propio y el exceso de influencia de las categorías jurídicas del Derecho codificado en la formación de los juristas. El conjunto de tales circunstancias dieron como resultado un texto compilado raquíptico y apegado a la letra del Fuero, sin adentrar en su espíritu. Por tanto, la Compilación implica un claro reduccionismo del sistema foral respecto a los antiguos

² TOMÁS Y VALIENTE, T., *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, 1980, 488.

³ Según LECANDA, M. ("Memoria sobre las instituciones civiles de aquel País", *Legislación Foral de España, Derecho civil de Vizcaya*, Madrid, 1888, 7) al elaborar la Memoria de las instituciones civiles que convenía conservar en Vizcaya suprimió algunas que no estaban vigentes y prescindió de otras al no considerarlas de vital importancia, siguiendo al hacerlo los designios del Gobierno de S. M.

Fueros y al Derecho consuetudinario desarrollado hasta el momento⁴.

La Constitución de 1978 abre una nueva etapa histórica para los Derecho forales abandonando el objetivo unificador del Derecho civil. De tal manera que en su art. 149.1.8º atribuye competencia legislativa en materia civil a aquellas comunidades autónomas en que exista Derecho foral, competencia que asume el Estatuto de Autonomía del País Vasco en 1979, art. 10.5, no sólo para conservar y modificar el derecho propio sino para desarrollarlo.

Es decir, a partir de 1978 el Parlamento vasco recuperó la competencia legislativa en materia civil, actividad que quedó interrumpida en 1526⁵, es decir, cuatro siglos antes; circunstancia que determinó el estancamiento del Derecho de corte legal y el nacimiento de unas costumbres, a través de las cuales, el sistema foral fue actualizándose.

El Parlamento vasco ha ejercitado la competencia al aprobar la Ley 6/1988, de 18 de marzo de modificación parcial del Derecho Civil Foral, que reformó dos artículos de la Compilación, la Ley 3/1992, de 6 de junio de Derecho Civil Foral del País Vasco, objeto de examen y la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa.

El espíritu que animó al legislador al elaborar la ley 3/1992 queda reflejado en la Exposición de Motivos⁶: no pretendió abordar la reforma de fondo del sistema, tarea que pospuso a una etapa ulterior, sino que tomó como base a la hora de su redacción la Compilación –con el reduccionismo que ello implica- contrarrestada, en alguna medida, por la ventaja de ser el texto hasta enton-

⁴ Recoge VICARIO DE LA PEÑA, N. (*Derecho consuetudinario de Vizcaya*, Madrid, 1901) las costumbres existentes en Bizkaia a comienzos del siglo XX.

⁵ No se tiene constancia de que el órgano foral legislara en materia civil en el período que media entre 1526 y 1876 en que se suprimió.

ces vigente. Por tanto, la reforma de fondo está aún pendiente a la espera de que la investigación que se está desarrollando en las Universidades del País vasco dé fruto, permita alcanzar un conocimiento riguroso de las instituciones, y a su vez, descubra los principios, rasgos e instituciones comunes del Derecho civil vasco. Será entonces el momento de abordar con rigor técnico y oportunidad su reforma, hasta el logro de un Derecho civil moderno y socialmente avanzado.

1. 2 Reduccionismo del Derecho de familia en comparación con el Derecho histórico

El hecho de que el legislador tomara la Compilación de 1959 como elemento de trabajo a la hora de redactar la ley de 1992 implica un claro reduccionismo del Derecho de familia, respecto a su ámbito material de instituciones en el Derecho histórico, ciertamente constatable si lo comparamos con las instituciones que recogen los Fueros escritos territoriales, Fuero Viejo y Nuevo de Vizcaya de 1452 y 1526 respectivamente, o con las instituciones gestadas más tarde vía consuetudinaria. A mi enten-

⁶ Exposición de Motivos: *“El Parlamento vasco tiene la tarea de dar forma nueva, adaptar al mundo de hoy, el viejo Derecho Foral. Es una labor delicada y debe desarrollarse con el mayor respecto a la sociedad vasca actual. El Parlamento Vasco, conforme el art. 10.5 del Estatuto, tiene libertad para señalar el ámbito de aplicación de las instituciones forales, no puede hacerlo arbitrariamente, y aunque en el futuro –según los estudios lo aconsejen y la sociedad lo reclame-, podrá hacer modificaciones y seguramente deberá hacerlas, en esta primera elaboración de nuestro Derecho, a la que se llega tras profunda meditación de la ley, se limita a hacer la necesaria adaptación del Derecho a nuestros tiempos, eliminando algunos anacronismos que la Compilación de 1959 aún mantenía y restaurando instituciones muy arraigadas de las que prescindía.*

Todo ello sin perjuicio de que se fomenten los estudios que felizmente se han iniciado con nuestras Universidades y que permitirán en un futuro próximo nuevas reformas y modificaciones legales hasta lograr un Derecho Civil moderno y socialmente avanzado. Los rasgos comunes del Derecho civil vasco que debemos descubrir e irán perfilándose mejor a medida que se profundice en su conocimiento y análisis, sin que, de momento, pueda evitarse la predominante referencia a los sistemas formulados por escrito y a sus ámbitos concretos de aplicación”.

der fue oportuno el que así lo hiciera, y en aquel momento se limitara a integrar en el Ordenamiento autonómico la Compilación, introduciendo reformas puntuales de algunas instituciones y posponiendo a un futuro la reforma de fondo del Derecho civil foral.

Sin ánimo de exhaustividad voy a referirme a las instituciones omitidas pertenecientes al Fuero escrito. Del mismo modo a las pertenecientes al Derecho consuetudinario gestado a lo largo de los siglos XVII-XIX, instituciones que han sido sacadas del olvido mediante el examen de documentos.

En primer lugar, citaré las instituciones del ámbito de persona y familia –algunas de actualidad como son las relativas a los menores de edad- que figuran reguladas en los Fueros y no han sido recogidas en la Ley de 1992:

El Fuero Nuevo dedica un título a la minoría de edad e instituciones de guarda mientras que el Fuero Viejo se ocupa de ello en varios capítulos⁷. Pongo de relieve que ambos Fueros dispensan a los menores un trato más favorable que el Derecho castellano, y a partir de los 14 años les reconocen capacidad para elegir curador entre los parientes⁸, y desde los 18 años para solicitar la emancipación judicial⁹. Fijan el orden de delación de la tutela y

⁷ *Bizkaiko Foru Legeria. Legislación Foral de Bizkaia*, I Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao 1991 contiene una recopilación de Fueros de Bizkaia y Álava. El Fuero Nuevo (en lo sucesivo F. N.) dedica el Tit. 22, 1-3 “*Los menores, y de sus bienes, y gobierno*”. F. N. 34, 12 tratándose de menores de edad aminora la responsabilidad civil. El Fuero Viejo (en lo sucesivo F. V.) les dedica los capítulos 131-136. asimismo el F. V. 179, 181 y 194 atenúa la sanción legal tratándose de menores de edad.

⁸ F. N. 22, 1: “*Pero siendo los menores salidos de edad pupilar, y de poder nombrar curador, espire la tutela y administración de la Madre: Con que dando cuenta de la administración que tuvo con pago á sus hijos, y si ellos la nombraren por curadora, lo pueda ser.*” F. V. 133 “*que el mayor de catorce años escoja curador*”.

⁹ F. N. 22, 2: “*Que si el menor fuere para administrar sus bienes, se le entreguen siendo de edad de 18 años*”. F. V. 135: “*El menor llegando a los diez é ocho años, pueda salir de curadores*”.

curatela de los menores y de los huérfanos y establecen el régimen jurídico de dichas instituciones de guarda¹⁰. Del mismo modo fijan las condiciones a que se sujeta el pacto de alimentos entre parientes y las consecuencias que se derivan de la falta o defecto en su cumplimiento¹¹. En alguna medida el usufructo entre parientes queda regulado en los Fueros, presentando algunas peculiaridades inherentes a su carácter familiar¹² y por último las arras es una curiosa institución, no estudiada suficientemente y sin embargo con un régimen detallado en el Fuero Viejo, a través de la cual se llevan a cabo diversos tipos de donación esponsalicia¹³.

¹⁰ F. N. 22, 1: *“Fallecidos marido ó muger, y quedando hijos, ó descendientes de ellos; el padre ó madre, que vivo quedare, sea legitimo Tutor, y Administrador de los tales hijos: con que en el término de la Ley, haga inventario, y solemnidad, y con la caución, y fianza, que la Ley manda al Tutor extraño (...)*

Y si caeciere, que el tal padre quisiere renunciar al tal usufructo por se exonerar de los alimentar; que en tal caso, no pueda ser tutor, ni administrador de los tales Hijos, y sean proveidos por el Juez de tutores, y administradores idóneos y de los parientes mas cercanos, uno de parte del Padre, y otro de parte de la Madre (...) Y todo lo suso dicho haya lugar, en caso que el padre no hay proveido en su testamento á sus hijos de tutor, ca en tal caso aquellos asi proveidos se prefieran a la madre, y a todos los otros parientes, ó profinco”.

F. V. 131: *“que cuando algun home ó mujer en su testamento dejare tutores testamentarios ó guardadores, á sus fijos ó herederos que fuesen de menor edad de catorce años (...) pero el marido á la mujer nin la mujer al marido non pueda poner por tutor testamentario de su hijos (...) e si los tales testamentarios, dentro de los treinta días non parecieren nin ficieren la dicha solemnidad (...) dende en adelante los parientes mas cercanos de los tales menores, uno de parte del padre é otro de parte de la madre sean tutores ó administradores si los tales testamentarios”.*

¹¹ F. N. 23, 1 y 2 reza *“De los alimentos y mantenimiento de los padres y abuelos”*; F. V. 137 reza: *“Como los padres que dieren su hacienda á los fijos, con que los mantuvieren, muertos los fijos han de pedir su mandamiento”.*

¹² F. N. 17, 9 reza: *“Quales robles se pueden rozar por los padres usufructuarios, y quales no”* y 22, 1 *“el padre goze y lleve el tal usufructo de los bienes de sus hijos todo el tiempo, que él, o sus hijos, o qualquiera de ellos estuviere sin casar (...) la madre no goze ni lleve tal usufructo, ni sea tenida de alimentar á los hijos”*; F. V. 113: *“Pero el padre ó la madre que ansi ficiere la donación aunque se tomen si non aprovechare del usufructo de su vida é dar á cual de sus herederos quisieren”.*

¹³ F. N. 21, 7; F. V. 96-104.

En segundo lugar voy a referirme al Derecho consuetudinario gestado en los siglos XVII-XIX. Derecho que en unos casos actualiza las instituciones del Fuero escrito y en otros innova.

No podía ser de otra manera –dado que el Fuero Nuevo fue el texto legal que se mantuvo vigente desde su aprobación en 1526 hasta 1959-. De modo que durante estos cuatro siglos el sistema evolucionó a través de la costumbre atenta a las necesidades cambiantes. Dicha costumbre queda recogida en los documentos jurídicos, básicamente documentos notariales y judiciales que constituyen la fuente de conocimiento del Derecho histórico. Estos documentos se encuentran en los Archivos históricos¹⁴, siendo el Archivo Provincial de Protocolos Notariales de Bizkaia y el Archivo Foral de Bizkaia, Sección Histórico Judicial quizá los más importantes en materiales de interés para el estudio del Derecho civil vizcaíno.

A la luz de los documentos judiciales y notariales de los siglos XVII-XIX veamos que instituciones civiles familiares están vigentes¹⁵.

Los tribunales de Bizkaia hasta la aprobación del Código civil en 1889¹⁶ llevan a cabo el discernimientos de los tutores acogiendo al Fuero de Vizcaya. A lo largo de estos tres siglos la tutela experimentó una evolución a través de la costumbre en los aspectos siguientes:

¹⁴ ALDAY GARAY, A., “La investigación en archivos en Derecho civil foral vasco”, *Jornadas Internacionales sobre Instituciones Civiles Vascas*, Bilbao, 1991, 365-375, recoge un censo de los Archivos existentes de interés para la investigación del Derecho vizcaíno.

¹⁵ El año 1998 un equipo de cinco investigadores trabajamos en el Archivos Foral de Bizkaia, Sección Histórico Judicial, en la recogida y transcripción de materiales judiciales, relativos al ámbito del Derecho de la persona y de la familia. Estos procesos judiciales han dado origen a la *Colección de Jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX)*.

¹⁶ *Colección de Jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX)*, Gobierno y Bienes de los Menores en los procesos civiles ante los Tribunales Históricos de Bizkaia (1642-1902), *Jurisdicción voluntaria*, T. II, 1, Vitoria-Gasteiz, 2004, figuran transcritos 29 expedientes de discernimiento judicial de tutor o curador.

1º La designación de la tutela testamentaria que en el Fuero Nuevo era privativa del costumbre en contrario¹⁷ experimenta una apertura, dando entrada a la madre quien designa los tutores testamentarios de sus hijos en un 50% de los documentos examinados¹⁸; tratándose de madres viudas lo hacen en su testamento, mientras que la mujer casada es frecuente que designe en el testamento mancomunado otorgado conjuntamente con el marido¹⁹. En un caso concreto se da la circunstancia de que la madre sobreviviéndole el padre no le designó tutor²⁰ y en otro, le designó de forma colectiva junto a otros tutores²¹. Estos datos objetivos son indicativos: a) de que en los siglos XVII-XIX el sistema evoluciona hacia un mayor igualdad de derechos entre marido y mujer, haciéndose presente en materia de tutela el principio de igualdad. b) que dado el carácter preferente de la tutela testamentaria respecto a la legal, el padre puede quedar privado de la tutela de los hijos, o en su caso, puede verse obligado a compartirla con otros tutores.

2º La delación y discernimiento de los tutores legítimos tiene lugar por muerte del padre o de la madre o bien por las segundas nupcias del supérstite. Tenemos expedientes de discernimiento de tutores legítimos hasta la entrada en vigor de Código civil. A partir de esta fecha los jueces disciernen al defensor judicial²² a fin de que represente a los menores de edad en la testamentaria de su padre o madre difunto. Es decir, a partir de 1889 deja de aplicarse el Fuero y desaparece por tanto la tutela legítima de origen foral.

¹⁷ Que en alguna media retoma la disposición del F.V. 131: “cuando algun home o muger en su testamento dejare tutores testamentarios o guardas, a sus hijos o herederos que fuesen menores de catorce años (...)”.

¹⁸ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit., docs.nº 12, 13, 19, 21, 34, 36 y 39.

¹⁹ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit., docs. nº 21, 36 y 61 donde encontrarán el testamento mancomunado de los padres.

²⁰ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit., doc. nº 19.

²¹ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit., doc. nº 12.

²² *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit., doc. nº 66 y 67.

En los documentos de los siglos XVII-XIX se sigue el orden de llamamiento establecido en el Fuero Nuevo²³. En primer lugar se atribuye al padre viudo la tutela de los hijos menores, siendo discernido judicialmente en el cargo prestando las garantías legales, es decir, inventario de bienes, fianza y juramento, al igual que si se tratara de un tutor extraño²⁴; del mismo modo se lleva a cabo tratándose del discernimiento tutelar de la madre viuda²⁵. Sin duda los expedientes más numerosos son lo que recogen el discernimiento como tutores de los ascendientes por ambas líneas, línea paterna y materna²⁶; en defecto o incapacidad de éstos son llamados como tutores los parientes²⁷. Se da la circunstancia de que en muchos expedientes los abuelos reclaman la tutela de los nietos y la entrega de sus bienes a raíz de las segundas nupcias del padre o madre viudo, nupcias que por disposición del Fuero dan origen a la extinción de la tutela paterna o materna.

No me cabe duda que les producirá extrañeza el saber que en Bizkaia, antes de la entrada en vigor del Código civil, el padre o madre viudo, que asumía la custodia, crianza y educación de los hijos menores, por el contrario, no ostentaba la representación y administración de sus bienes por el simple hecho de la paternidad biológica, sino que era necesario su discernimiento como tutor o tutora. La lectura de estos expedientes de discernimiento, y de forma específica el escrito de solicitud del discernimiento presentado por el padre o madre viudo, así como el propio discernimiento judicial, ofrecen base suficiente para hacer esta afirmación²⁸. De forma añadida, el hecho de que la comunicación de bienes haya operado –por disolución del matrimonio con hijos- y haya nacido

²³ Véase la nota 10 de este trabajo donde se recoge la transcripción de varias leyes del Fuero Nuevo y Viejo de

²⁴ *Colección Juris (...)* (XVII-XIX), T. II-1, ob. cit., doc. n.º 1 y 5.

²⁵ *Colección Juris (...)* (XVII-XIX), T. II-1, ob. cit., doc. n.º 23, 56 y 57.

²⁶ *Colección Juris (...)* (XVII-XIX), T. II-1, ob. cit., docs. n.º 2, 4, 9, 10, 15.

²⁷ *Colección Jurisp. (...)* (XVII-XIX), T. II, 1, ob. cit., docs. n.º 3, 4, 49, 51, 52 y 55.

²⁸ Donde alega que necesita representar al menor en la reclamación, en la petición de la división de los bienes, para llevar a cabo la administración de los bienes del hijo etc.

una comunidad de bienes sucesoria entre el progenitor supérstite y los hijos, a mi entender justifica que la representación del menor requiera las garantías que ofrecía la tutela.

El hecho de que el padre viudo no tenga la representación del hijo pone de relieve que en Bizkaia no ha existido una *patria potestad* de inspiración romana, como se dio en Castilla y paso más tarde al Código civil, en la que el padre ostentaba con carácter absoluto la crianza, representación y administración de los bienes de los hijos, hasta la mayoría de edad de los mismos. Sin embargo, pese a la antigüedad de la categoría, el poderío paterno en Bizkaia e igualmente la autoridad familiar en Aragón, se inspiran en unos principios, que en alguna medida, guardan correspondencia con el concepto actual de *patria potestad* tras la reforma del 13 de mayo de 1981. El poderío paternal –así lo denominaban los textos legales y los documentos- tiene en cuenta el interés del menor, protegiéndolo con carácter preferente, al tiempo que establece un control judicial sobre el patrimonio del menor, a fin de que no experimente merma o deterioro durante su minoría. Volveré sobre esta idea más adelante.

Otras instituciones relativas a los menores de edad ponen de relieve el reconocimiento dentro del sistema de la iniciativa y la capacidad de obrar de éstos.

3º El menor puede designar curador a partir de los 12²⁹ o 14 años³⁰, respectivamente en función de que sea mujer o hombre, siendo abundantes los documentos en los que la madre es designada curadora por sus hijos³¹. No así el padre a quien por ley se le atribuye la curatela de los hijos menores mientras se mantenga viudo³²; sin

²⁹ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit., docs. nº 5 y 44 donde figura la designación de la madre como curadora.

³⁰ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit., docs nº 45 y 57 asimismo figura la designación de la madre como curadora,

Designa a la madre como curadora

³¹ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1 ob. cit., docs. nº 5, 44, 45 y 57.

³² *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit., docs. nº 5, 6, 20, 24, 25, 26, 29, 30, 32, 37, 41, 45, 47, 50, 54, 63, 64 y 68.

embargo he encontrado un documento curioso donde el padre, tras haber contraído segundas nupcias, es elegido curador por sus hijos y es discernido judicialmente. Circunstancia que pone de relieve que la voluntad del menor se antepone a lo dispuesto legalmente, evidenciando con ello el personalismo y sentido de la libertad del sistema foral.

4º La habilitación o emancipación judicial de los menores es una institución que se aplicó en Bizkaia a lo largo de los siglos citados³³. A la luz de nuestros documentos hasta el año 1895, fecha en la que sujetándose a Fuero fue concedida por el Juez de Primera Instancia de Bilbao³⁴ a un vizcaíno infanzón. Por tanto, esta institución se aplicó después de la aprobación del Código Civil.

Los expedientes de emancipación se iniciaban a instancia del menor, no siendo necesario el que se acrediten causas o se justifiquen razones que hacían difícil la permanencia bajo la curatela paterna o del curador, sino que el juez se limitaba a comprobar si el menor había cumplido los 18 años y si quedaba probada su capacidad natural. De los 18 expedientes de habilitación manejados tan solo en una ocasión fue denegada y en tal caso fue debido a no haberse practicado la información testifical, que diera testimonio de la capacidad natural del menor³⁵. Hago una mención especial a dos documentos sobre emancipación del hijo –por salida del poderío paterno- recogidos en esta Colección³⁶. En ambos casos el juez concede la emancipación y salida del poderío paterno, recibe la rendición de cuentas prestada por padre y atiende la petición de entrega de los bienes de la herencia materna al emancipado³⁷.

Destaco que mediante la emancipación y a petición del hijo menor de edad se obtiene la salida del poderío paterno. Este dato constituye un argumento adicional que viene a corroborar que en

³³ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit. docs. nº 7, 20, 24, 25, 26, 29, 30, 32, 35, 41, 45, 47, 50, 54, 62, 65, 68.

³⁴ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit., doc. nº 68.

³⁵ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit. doc. nº 63.

³⁶ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-I, ob. cit., doc. nº 5 y 6.

³⁷ *Colección Jurisp. (...) (XVII-XIX)*, T. II-1, ob. cit. doc. nº 5 la emancipación fue concedida el año 1667.

Bizkaia no ha existido una *patria potestad* de corte romano, puesto que el menor con capacidad natural podía obtener la salida de ella a partir de los 18 años.

5º La obligación de alimentos entre parientes es una institución que no fue regulada en los Fueros de Vizcaya, sin embargo, por aplicación de una costumbre universal ha sido admitida por los jueces en los siglos XVII-XIX. Hemos constatado la frecuencia con la que los hijos reclamaban los alimentos de sus padres³⁸, tratándose en muchos casos de demandas formuladas por madres solteras que reclaman al padre los alimentos del hijo³⁹. No obstante pueden encontrar en el volumen 2 del T. II de la Colección una muestra de documentos en los que figuran como alimentista los ascendientes, en concreto la madre viuda⁴⁰, varios que se sustancian entre parientes⁴¹ o entre cónyuges que acordaron un divorcio voluntario⁴². Siendo curiosas dos reclamaciones en las que figura el sucesor en bienes bien como alimentista⁴³ o como obligado a prestar los alimentos⁴⁴. Se alega el Derecho natural, el positivo y la costumbre a la hora de fundamentar la pretensión y asimismo el fallo.

El régimen a que se sujeta la tutela y curatela foral, en alguna medida, se hace presente a través de varios contenciosos sustanciados en los siglos XVII-XIX, documentos que figuran transcritos en nuestra Colección. Así tenemos varias reclamaciones pre-

³⁸ *Colección de Jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), Gobierno y Bienes de los Menores en los procesos civiles ante los Tribunales Históricos de Bizkaia (1750-1887), Jurisdicción contenciosa*, T. II, 2, Docs. nº 8, 15, 19, 20, 22 y 25.

³⁹ *Colección Jurisp (...) (XVII-XIX), Jurisdicción contenciosa*, T. II- 2, docs. nº 8, 15, 19 y 20.

⁴⁰ *Colección Jurisp (...) (XVII-XIX) Jurisdicción contenciosa*, T. II- 2, docs. nº 3, 6 y 14.

⁴¹ *Colección Jurisp (...) (XVII-XIX), Jurisdicción contenciosa*, T. II- 2, docs. nº 9 y 18.

⁴² *Colección Jurisp (...) (XVII-XIX), Jurisdicción contenciosa*, T. II-2, docs. nº 11, 21 y 29.

⁴³ *Colección Jurisp (...) (XVII-XIX), Jurisdicción contenciosa*, T. II-2, doc. nº 18.

⁴⁴ *Colección Jurisp (...) (XVII-XIX), Jurisdicción contenciosa*, T. II -2, doc. nº 6.

sentadas por madres-curadoras en representación de sus hijos⁴⁵; expedientes de información de utilidad solicitando licencia judicial para vender bienes de los menores, previa ofreciendo información testifical sobre la necesidad de hacerlo y justificación de la utilidad que esta venta reportare a los menores⁴⁶; reclamaciones de la rendición de cuentas por parte del tutor o curador⁴⁷; peticiones de exoneración del cargo de tutor curador⁴⁸ y petición de remoción de uno de los tutores⁴⁹.

7.La adopción o prohijamiento está presente en las escrituras pertenecientes a los siglos XVIII y XIX y se regula en distintos reglamentos que fueron aprobados por la Diputación Foral de Bizkaia. Y por último, entre los documentos notariales, me referiré a los contratos matrimoniales, cuyo contenido íntegro ha sido calificado como verdadero Estatuto de la familia. Me ocuparé del análisis de las instituciones que figuran en los contratos matrimoniales en los apartados 2.2 y 3.3 de este trabajo.

Ciertamente todo este análisis retrospectivo no constituye un estudio de arqueología jurídica con fines de conservadurismo apegado a la tradición, nada está más lejos de mi ánimo. Considero, por el contrario, que desde una doble perspectiva –académica y de política legislativa⁵⁰-, es útil el que quede delimitado –mejor dimensionado- el ámbito real de nuestro Derecho civil histórico, descubriendo todas sus instituciones tanto las de corte legal olvidadas como las de origen consuetudinario desconocidas para nosotros.

⁴⁵ *Colección Jurisp (...)* (XVII-XIX), *Jurisdicción contenciosa*, T. II, 2, doc. nº 12 y 16.

⁴⁶ *Colección Jurisp (...)* (XVII-XIX), *Jurisdicción contenciosa*, T. II, 2, doc. nº 27 y 24.

⁴⁷ *Colección Jurisp (...)* (XVII-XIX), *Jurisdicción contenciosa*, T. II, 2, docs. nº 9, 17 y 30.

⁴⁸ *Colección Jurisp (...)* (XVII-XIX), *Jurisdicción contenciosa*, T. II, 2, docs. nº 9, 17 y 30.

⁴⁹ *Colección Jurisp (...)* (XVII-XIX), *Jurisdicción contenciosa*, T. II, 2, ob. cit., doc. nº 10, 13, 3 y 26.

⁵⁰ *Colección Jurisp (...)* (XVII-XIX), *Jurisdicción contenciosa*, T. II, 2, ob. cit., doc. nº 39.

Esta línea de investigación amplía notoriamente el ámbito material de instituciones que conocemos, y adicionalmente, nos permite adquirir un conocimiento más riguroso de todas ellas. Insisto en que a través de los documentos se descubren instituciones de origen consuetudinario, y en otros casos, nos sirven para observar la evolución histórica hasta el momento presente de las instituciones que figuran en los Fueros escritos, permitiéndonos apreciar sus mutaciones en el tiempo; que en unos casos determinarán el desuso de su régimen legal, en otros la actualización de su contenido ajustándolo a nuevas necesidades o finalmente la innovación de los mismos mediante nuevas figuras de origen consuetudinario. En todos ellos el conocimiento adquirido con el análisis de los documentos nos permitirá adentrarnos en la filosofía foral y en los principios jurídicos que inspiran sus instituciones, que responden a nuestro modo de ser y sentir como pueblo y a la manera de organizarnos socialmente. Tales principios, llegado el caso, han de ser sometidos a prueba por el legislador y valorada su posible vigencia actual.

1.3. Caracteres del Derecho de familia en Bizkaia: mayor extensión y libertad de pacto

El Derecho de familia de Bizkaia, respecto al recogido en el Código civil o en algunos derechos autonómicos, se caracteriza por una mayor extensión y libertad de pacto a la hora de establecerlo.

Debe considerarse que la protección de los intereses familiares en Bizkaia trasciende desde el ámbito estrictamente matrimonial al Derecho de las cosas y al ámbito sucesorio, circunstancia que se debe a una diferente concepción de la familia así como de la propiedad.

En general en los Derecho Forales existe una concepción de la familia como ente colectivo, como algo superior y trascendente a los sujetos individuales que la componen. Esta familia tiene como referente la casa, institución a la que los foralistas reconocen una suerte de individualidad. El modelo familiar se corresponde con la familia extensa, es decir, la compuesta, que muchas

veces abarca hasta tres generaciones y que en el País Vasco conocemos por “familia troncal”. Su estructura y funcionalidad ha sido estudiada por los antropólogos vascos.

Nuestro Derecho familiar está condicionado por una particular concepción del Derecho de propiedad. La propiedad de los bienes raíces es familiar y tal carácter queda institucionalizado jurídicamente en la troncalidad. La troncalidad en Bizkaia se encuentra fortalecida, si la comparamos con los sistemas de corte pirenaico, por el hecho de aplicarse a las tres líneas de parentesco y a todo tipo de actos. Podemos considerar que la troncalidad actúa como pieza vertebradora de todo el sistema vizcaíno (aspecto que trato en el apartado 3.1 de este trabajo).

Es decir, la propiedad de los bienes raíces se encuentra vinculada a la familia troncal. En los Comentarios a la ley 3/1992 el Prof. Celaya afirma al respecto que: “*la propiedad en Bizkaia es familiar y no individualista*”, destacando que esta peculiaridad es la más trascendental de la foralidad vizcaína⁵¹. En virtud de la troncalidad la familia y el patrimonio han de estar unidos, de tal modo que aquél no pueda salir de ésta. La limitación que entraña la troncalidad es absoluta, comprende tanto los actos de disposición *inter vivos* como los *mortis causa*, las disposiciones a título oneroso como gratuito tratándose de bienes troncales, puesto que en todo caso han de respetarse los derechos de los parientes tronqueros.

Por contraste con todo lo expuesto, el Código civil y los sistemas de Derecho positivo, que tienen como modelo el Código de Napoleón, están fundados en un espíritu individualista, en la contemplación del hombre abstracto frente a otro ser humano o en

⁵¹ Tribunal Constitucional, S. 88/1993, de 12 de marzo, ha sentado doctrina que ha reiterado en pronunciamientos posteriores S. 156/1993 de 6 de mayo al interpretar el sentido y alcance de los términos “conservación, modificación o desarrollo” del art. 149.1.8 CE, como sigue: “Cabe que las Comunidades Autónomas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de éstas según los principios informadores peculiares del Derecho foral”.

relación con las cosas y bienes. Así, en tales sistemas las relaciones familiares se entienden establecidas entre marido y mujer, padre e hijo, pariente y pariente; siempre entre individuos aislados y en situación de alteridad y por ello se aplican muchas veces impropriamente los principios, que informan los llamados derechos personales o de obligaciones y reales o de cosas, a las relaciones familiares. Esto explica por qué los Códigos del siglo XIX no tienen una parte o un tratado dedicado a la familia. De hecho en el Código civil español no existe una rúbrica “Derecho de familia”, ni tan siquiera se define qué se entiende por tal.

En síntesis, cuando se habla de familia en el Derecho moderno se hace referencia a la familia nuclear, compuesta por marido, mujer e hijos y, salvo escasos preceptos, no se contempla la familia extensa. Así, cuando el art. 39 de la Constitución española habla de protección jurídica y económica de la familia, está haciendo referencia a la familia nuclear. De un examen comparativo de los arts. 39 y 32 de la Constitución queda claro que no contempla relaciones jurídicamente organizadas, y por tanto jurídicamente protegidas, más allá de la pareja y de los hijos. Siendo la regulación de las relaciones entre los cónyuges y las paterno filiales las que constituyen la base del Derecho de familia codificado.

2.- LA FAMILIA TRONCAL COMO REALIDAD FAMILIAR QUE REGULA EL DERECHO VIZCAÍNO

El legislador no crea la familia sino que se limita a tenerla en cuenta al regularla. La familia o los diversos tipos de familias surgen en la realidad de una concreta comunidad, respondiendo a diversas concepciones ideológicas, culturales o económicas a la hora de organizarse socialmente.

La contextualización simbólica de la familia troncal de la mano de Barandiarán y Caro Baroja nos permitirá enmarcar una reflexión jurídica ulterior.

2. 1. La familia troncal vista por Barandiarán y Caro Baroja

Refiere Caro Baroja un proverbio vasco-francés, recogido ya en el siglo XVII, que dice: “*Herriek bere legue, exek bere astura*”⁵², “cada país su propia ley, cada casa su costumbre”. Este proverbio indica muy bien el particularismo legalista y ritualista de los vascos. Pero ante todo revela algo sobre lo que deseo insistir: el hecho de que para ellos la idea de la “casa” es mucho más expresiva que cualquier otra, como unidad social elemental.

Para Barandiarán la concepción tradicional que aún perdura en el pueblo vasco se halla ligada a un etxe. “*El etxe es tierra y albergue, templo y cementerio, soporte material, símbolo y centro común de los miembros vivos y difuntos de una familia*”⁵³. Es también la comunidad formada por sus actuales moradores y por sus antepasados. Por tanto, el mundo conceptual del vasco histórico gira alrededor del etxe. Añade el autor, “*La casa tradicional vasca es una institución de carácter económico, social y religioso integrado por una familia que son los moradores actuales en comunión con las almas de los antepasados, portadora de una tradición y encargada de funciones religiosas irrenunciables*”⁵⁴.

Según Caro Baroja, la casa con sus habitantes y pertenencias es ante todo una especie de “unidad de trabajo”. Las personas, los animales y los aperos forman un complejo económico. La familia está encajada de modo particular como tal dentro de esta “unidad”⁵⁵.

Para ambos autores la familia elemental vasca de labradores no es conocida casi nunca por el apellido del padre, como en diversas partes de Europa, sino por el “nombre de la casa” en que

⁵² CELAYA IBARRA, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco*, t. XXVI, Edersa, 1997, 112.

⁵³ CARO BAROJA, J., *Nosotros los vascos*, Lur, 1995, 49.

⁵⁴ BARANDIARÁN, J.M., *Obras completas. Diccionario Ilustrado de Mitología vasca*, t. I, Bilbao, 1972, 84.

⁵⁵ BARANDIARÁN, ob. cit., 86.

vive, nombre que en muchas ocasiones data de hace 100, 200, 300 y aún 400 años; que fue puesto en la época de su fundador o reconstructor.

Esta casa que da nombre a la familia puede ser propiedad de los que viven en ella y cultivan sus tierras. Pero no es la idea de propiedad tampoco esencial para los que la habitan, puesto que con frecuencia éstos son simples inquilinos o colonos, colonos que, en efecto, pueden estar vinculados a ella desde hace muchas generaciones.

Sean la casa y la tierra propias sean arrendadas, uno de los principios fundamentales para la familia de labradores es el de que la unidad que representa no se quiebre, no se fragmente, no se divida y esto ha modelado el etxe de suerte que haya sido considerado como inviolable, que haya gozado de derecho de asilo, que haya sido inalienable y deba ser transmitido íntegro o indiviso dentro de la familia⁵⁶.

La familia troncal, que en ella habita, se compone de un matrimonio de edad madura, los abuelos; un matrimonio joven, los padres y unas personas solteras, hijos del segundo matrimonio; tal vez algún pariente soltero, hijo del primer matrimonio y hermanos de uno de los que forman el segundo y por último, los criados –no más de uno mayor y uno chico-. Dentro de una explotación agrícola-pastoril muy variada, pese a la pequeñez, se percibe con bastante claridad cierta división del trabajo familiar, trabajo que se lleva a cabo auxiliado de una maquinaria variada.

Refiere Caro Baroja las costumbres más frecuentes en al forma de heredar en la dirección de los trabajos caseros:

Una es la expresada por la ley de la estricta primogenitura, sin distinción de sexos, que se encontraba sobre todo en el país de Soule, algo también en Labourd y menos en otras zonas.

⁵⁶ CARO BAROJA, *ob. cit.* 49.

Otras es la de libre elección de herederos, que se halla en casi toda la zona vasco-española y en muchos pueblos de la vasco-francesa.

Hay que insistir, refiere este autor, sobre los resultados económicos y sociales que pueden producir estas dos leyes, frente a los que han hablado de carácter patriarcal de la sociedad vasca, y también frente a los que destacan el matrimonialismo general antiguo. Del mismo modo, cabe destacar que se hallan en contra de las legislaciones centralistas francesa y española de carácter igualitario, conforme a las que todos los hijos deben heredar en la misma proporción.

En los casos en que los labradores son meros inquilinos o colonos, el conflicto con las leyes generales no es muy grande puesto que en realidad lo que ocurre es que uno de los herederos sucede a sus padres como tal colono; tanto entre propietarios como entre inquilinos resulta evidente el predominio de los principios de la indivisibilidad de la explotación agrícola y de la mansión, así como el de la integridad del trabajo casero⁵⁷.

2.2. La asociación familiar en los contratos matrimoniales históricos

Este modelo de familia troncal o compuesta, que nos han presentado los antropólogos vascos, no figura regulada en los Fueros ni en la Ley de 1992 sino que tiene origen consuetudinario. Tenemos que acudir a los contratos matrimoniales históricos donde figura el pacto de comunidad entre ambos matrimonios, pacto que se concierta con motivo de la designación de sucesor por pacto sucesorio.

En Bizkaia la designación de sucesor en el patrimonio familiar tiene lugar en vida de los padres y se celebra frecuentemente con motivo del matrimonio del hijo más apto para la casa. La casa

⁵⁷ CARO BAROJA, *ibidem*; BARANDIARÁN, *ob. cit.*, 86.

y con ella la soberanía doméstica se transmite íntegra al sucesor mediante pacto sucesorio. Debemos tener presente que el pacto sucesorio histórico se ha formalizado a través de diferentes instrumentos jurídicos⁵⁸, si bien en todas las épocas era frecuente que se recogiera en la escritura de capitulaciones o contratos matrimoniales.

La designación de sucesor mediante pacto sucesorio se ha considerado como uno de los acontecimientos más importantes de la familia y momento oportuno para que se prevean las necesidades de todos y cada uno de sus miembros y se formalicen jurídicamente el modo de atenderlas. Para ello se le imponían al sucesor una serie de cargas y condiciones a favor de los padres y de los restantes miembros de la familia. El conjunto de todas estas cláusulas constituyen el régimen jurídico al que se sujeta la familia y justifica el que esta escritura haya sido considerada como un verdadero Estatuto familiar.

Entre las cláusulas que acompañaban al pacto sucesorio era la asociación familiar de ambos matrimonios la más importante y de mayor frecuencia.

En virtud del pacto de asociación familiar las dos parejas se comprometían a vivir y trabajar en común en el futuro. Con tal motivo establecían las normas de funcionamiento de esta comunidad, sociedad o hermandad –de los tres modos se denominaba– y recogían en la escritura pública el régimen jurídico al que se sujetaban sus miembros. Por tanto, el pacto de comunidad de vida que figura en estas escrituras da forma y cobertura jurídica a la familia troncal y su contenido global configura, desde un punto de vista jurídico, la familia troncal vizcaína.

La comunidad familiar nace en base a la libertad de pacto en el ámbito familiar y su formulación jurídica responde al arte de los notarios, quienes asumen el cometido de dar forma jurídica a los usos.

⁵⁸ CARO BAROJA, *ob. cit.*, 50.

Ahora bien, nótese que la comunidad familiar está propiciada, aunque no impuesta, por el sistema legal vizcaíno tanto histórico como vigente.

La comunidad de ambos matrimonios puede ser una comunidad de vida común, bajo el mismo techo y en una misma mesa, o una comunidad de vida y trabajo en la que además de compartir la casa se comprometen a aunar sus esfuerzos en la explotación del patrimonio familiar. Ciertamente lo frecuente es que se constituya la comunidad de vida y trabajo. Cuando se acuerda la comunidad familiar los recién casados pasan a vivir en la casa de los padres y a trabajar en la industria que en ella se desarrolla.

Al tratarse de una sociedad se regulan:

- miembros de la comunidad;
- patrimonio social;
- derechos y obligaciones de los socios:
- ingresos y deudas de la comunidad;
- gobierno de la comunidad:
- participación en las ganancias o en las pérdidas y momento en que han de evaluarse;
- causas de disolución de la comunidad y sus consecuencias;
 - porque no congeniaren los caracteres;
 - por muerte de ambos instituyentes;
 - por premoriencia del sucesor o su cónyuge sin descendencia;
- derechos del padre o madre instituyente viudo⁵⁹.

⁵⁹ En la etapa de los Fueros se formalizaba a través de la donación, siendo las donaciones universales con carga de alimentos y las donaciones *propter nuptias* las figuras más utilizadas –ambos tipos de donación se encuentran detalladamente regulados en los Fueros Viejo y Nuevo-. A partir del siglo XVIII, a la vista de los contratos matrimoniales de la época, el pacto sucesorio se formalizaba acudiendo al empleo del título sucesorio y de forma adicional mediante la donación de los bienes presente. En la actualidad puede formalizarse mediante el empleo de los instrumentos recogidos en el art. 74 de la ley, es decir mediante escritura, capitulaciones matrimoniales o escritura de donación.

A continuación, iré desarrollando brevemente cada uno de los aspectos enumerados tomando el contenido de los documentos notariales.

Cabe destacar que los miembros natos de esta comunidad son cada uno de los matrimonios. Puede convenirse que los hermanos solteros formen parte de la misma mientras permanezcan en la casa.

El patrimonio dispuesto por pacto sucesorio constituye el patrimonio social inicial, siendo excepcional que la dote que aporta quien contrae matrimonio con un sucesor pase a formar parte del mismo. En muchas escrituras lo constituye la casa en arrendamiento.

Los socios tienen derecho a recibir alimentos y asistencia médica ordinaria con cargo a la comunidad y la obligación de contribuir con su trabajo a la adecuada explotación del patrimonio de la misma, cada uno deberá hacerlo “en la medida de sus fuerzas”.

Se consideran ingresos de la comunidad los que se generan mediante la explotación de su patrimonio. A la vista de los documentos no puede establecerse una regla general sobre si constituyen ingresos de la comunidad los generados por el trabajo de sus miembros fuera de ella. Entiendo que en cada caso habrá que sujetarse a lo pactado y en defecto no entran estos ingresos, a no ser que hayan sido generados con merma de su dedicación a la explotación del patrimonio social.

Son gastos de la comunidad los generados por la explotación y los correspondientes a los alimentos y asistencia médica de sus miembros. La dotación de los hermanos del sucesor cuando así se ha acordado.

El gobierno de la comunidad se lleva de forma conjunta por ambos matrimonios. Excepcionalmente lo asume el matrimonio joven tratándose de comunidades de vida con padres ancianos.

Se calculan anualmente las ganancias o pérdidas generadas en el ejercicio y los socios participan en las mismas “a medias e

iguales partes". Se pacta si han de adjudicarse las ganancias anualmente o si se acumulan al patrimonio social. El cálculo y pago, en su caso, se lleva a cabo el día 1 de noviembre.

La comunidad familiar puede disolverse por tres causas: porque no congenian los caracteres, por muerte de ambos instituyentes o por premoriencia del sucesor o su cónyuge sin descendencia.

Si la causa fue el que no congeniaren los caracteres da lugar a la disolución de la comunidad, determinando el reparto de los bienes por mitades para su disfrute independiente.

Si la causa fue la muerte de ambos padres la disolución de la comunidad determina la apertura de la sucesión. En este momento el pacto sucesorio al que acompaña el pacto de asociación produce sus efectos.

Por último, si la causa se deriva de la premoriencia del designado sucesor o de su cónyuge sin que dejare descendencia opera la reversión de los bienes, es decir, los bienes del cónyuge difunto revierten a su familia, en tanto que el viudo saca de la comunidad los bienes que aportó más la mitad de los gananciales y las arras.

La muerte de uno u otro cónyuge del matrimonio de los padres no determina la disolución de la comunidad sino que la misma se mantiene y el viudo conserva íntegros los derechos que hasta entonces ostentare la pareja.

Vicario, profundo conocedor del Derecho consuetudinario, consideró a la asociación familiar como la cuarta institución del sistema que no excluye a las demás instituciones genuinamente forales, al contrario, surge como consecuencia de ellas siendo su aplicación práctica y su término⁶⁰.

⁶⁰ El pacto de comunidad familiar puede completarse en mi Tesis doctoral publicada bajo: *Los Pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, Bilbao, 1994, cap. 17, pp. 397 a 460.

El marco teórico en el que cabe encuadrarse la asociación, comunidad o hermandad familiar es la sociedad general de ganancias, regulada en el Derecho antiguo en las Partidas⁶¹ y actualmente en el art. 1675 del Cc dedicado a la sociedad universal de ganancias⁶².

3.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FAMILIA EN LA LEY 3/1992 DEL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO

El Derecho de familia en Bizkaia no se circunscribe al ámbito de las relaciones de carácter conyugal o parternofamiliar sino que abarca las relaciones entre parientes, adentra en el Derecho de bienes y da lugar a un régimen sucesorio específico.

3.1 Parentesco troncal – patrimonio troncal

Familia y patrimonio son dos instituciones que en Bizkaia se mantienen unidas en virtud del principio de troncalidad. El con-

⁶¹ Según VICARIO DE LA PEÑA, N. (*ob. cit.*, 60) “no bastaban esas tres instituciones –Libertad de testar, troncalidad y comunicación foral- hacía falta una cuarta que viniera en auxilio de las mismas a robustecer el patrimonio de la familia trayendo a él nuevos elementos de riqueza y de trabajo, un amor sin límites a la casa paterna, y un continuador, en fin, del sagrado fuego de la familia y de sus tradiciones.

Esa cuarta institución de carácter consuetudinario es la asociación matrimonial merced a la cual cuando el casero vizcaíno ya a la madurez de su edad tiene un hijo o una hija casaderos, a quienes considera suficientemente aptos para sostener y fomentar el cultivo de la casería, y dotados de las condiciones morales necesarias, para tener la seguridad (en cuanto cabe en la previsión humana) de que cumplirán religiosamente con las cargas que lleva consigo la designación de heredero ...”

⁶² P. 5, 10, 7: “Simplemente faziendo algunos omes compañía diziendo assi: seamos compañeros, non nombrando, ni señalando que la fiziessen sobre todas sus cosas, segun diximos en la Ley ante desta, entonces se entiende, que deuen partir entre si igualmente todas las cosas, que ganaren, de aquel menester, o de aquella mercaderia que usaren”. Según PAZ ARES, J. C. (“La casa en el Derecho foral de Galicia”, RDN: Año XIV, Núm. XLVII. Enero-Marzo 1965, 235) se trata de una sociedad general de ganancias que abarca las que se generen con los bienes de la sociedad.

cepto de troncalidad en Bizkaia no responde al restringido, aplicable a la sucesión intestada de quien muere sin descendientes, sino que tiene un sentido más amplio. La doctrina clásica la definió como “*ligadura entre la propiedad raíz y la familia que la posee para que nunca salga de ella*”⁶³ y la ley vigente añade: “*a través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio. En virtud de la troncalidad el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros*” (art. 17 LDCF).

El texto legal transcrito introduce la novedad de fijar la función que desempeña la troncalidad, que consiste en la protección del carácter familiar del patrimonio. Obviamente, no quiere decir con ello que se atribuya a la familia una suerte de titularidad sobre estos bienes –la familia no goza de personalidad jurídica– sino que incide en la existencia de una serie de derechos que se les reconocen a los parientes tronqueros en relación a esos bienes y por contrapartida pone de relieve que el propietario troncal no goza del mismo haz de facultades que la ley atribuye a la propiedad individual. Como hemos indicado, el Prof. Celaya al comentar este artículo entiende que la propiedad en Bizkaia es familiar y no individualista⁶⁴.

Debe tenerse presente que no puede hablarse de troncalidad por la simple existencia de una relación de parentesco, es decir, que no hay parientes tronqueros sin bienes troncales, por tanto para que se aplique la troncalidad se requiere que existan parientes tronqueros y haya bienes troncales, sabiendo que se es pariente tronquero en relación a unos bienes concretos y que los bienes tienen la condición de troncales respecto a unos parientes concretos. Cuando el binomino no se cumple por falta de uno y otro elemento los bienes pierden la consideración de troncales.

⁶³ Según PAZ ARES, C. (*Comentarios Del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 1390) comprende: 1.º Los recursos obtenidos como consecuencia de la industrias. 2.º Se extiende al usufructo de los bienes propios que cada socio posea al tiempo de la celebración del contrato. CAPILLA, F., *Comentarios al Código civil*, Edersa, XXI-1, 96.

⁶⁴ CHALBAUD Y ERRAZQUIN, L., *La troncalidad en el Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1898, 40.

El parentesco troncal queda regulado en la ley y abarca las tres líneas: la línea descendente sin limitación de grado⁶⁵, la línea ascendente, que termina en el ascendiente que primero poseyó la raíz y la línea colateral hasta los parientes comprendidos en el cuarto grado inclusive⁶⁶. En las tres líneas ha de tratarse de parientes de la línea de donde proviene el bien troncal, y por imperativo legal sólo corresponden los derechos y obligaciones derivadas de la troncalidad a quienes ostenten la vecindad civil en Bizkaia⁶⁷.

La ley detalla qué bienes se consideran troncales (art. 18 LDCF) y establece que el parentesco troncal se determine con relación a un bien raíz sito en el Infanzonado o Tierra Llana (art. 20 LDCF).

Voy a limitarme a enunciar –sin ánimo de ser exhaustiva en la referencia- los derechos que se les reconocen a los parientes tronqueros y su protección. Por contrapartida, qué obligaciones o limitaciones conlleva la troncalidad en el titular de los bienes:

1.º Se prohíbe disponer a título gratuito *inter-vivos* o *mortis causa* a favor de quien no sea pariente tronquero de la línea preferente, y los actos en que se infrinja esta prohibición se declaran nulos de pleno derecho (art. 24 LDCF).

2.º Tratándose de un acto de disposición a título oneroso los parientes tronqueros, siguiendo la línea y grado preferente, tienen un derecho preferente de adquisición (art. 112 LDCF).

3.º En la liquidación del régimen de comunicación foral se le deberán adjudicar al viudo en pago de su haber –en primer lugar- los bienes troncales de su procedencia (art. 108 LDCF).

⁶⁵ CELAYA IBARRA, A. *ob. cit.*, 112.

⁶⁶ Según CELAYA IBARRA, A. (*ob. cit.*, 113) el Fuero Nuevo extendió la troncalidad a la línea descendente, lo que no sucede en ninguna legislación foral.

⁶⁷ Tratan del parentesco troncal e interpretan el art. 20 LDCF: CELAYA IBARRA, A. (*ob. cit.*, 122 a 128) y URRUTIA BADIOLA, A. “Ámbito territorial y personal de aplicación del Fuero”, *El Derecho Foral vasco tras la reforma de 1992*, Aranzadi, 1994, 52.

4.º Se impone una reserva al cónyuge viudo en relación a los bienes troncales comunicados cuando contraiga ulterior matrimonio, esta reserva opera a favor de los parientes tronqueros (art. 86 LDCF).

5.º Determina la imputación de los bienes troncales de forma prioritaria al pago de la legítima dispuesta (art. 62. 2.º LLDCF).

6.º En la sucesión intestada, tratándose de bienes troncales, se llamará a los parientes de las tres líneas siguiendo el orden de preferencia: descendente, ascendente y colateral (arts. 67 y 68 LDCF).

La protección de los derechos de los parientes tronqueros queda establecida legalmente en estos términos: *“que los actos de disposición que vulneren los derechos de los parientes tronqueros podrán ser impugnados en la forma y con los efectos que se establecen en el presente Fuero civil”* (art. 17. 3 LDCF).

3.2. Familia troncal – sucesión troncal

Ahondando en lo ya expuesto por los antropólogos vascos, diremos que Barrera considera que *“rasgo definitorio de los sistemas troncales de familia es la existencia de una línea genealógica compuesta por sucesivas parejas conyugales –una de cada nivel generacional- unidas entre sí por vínculos paternofiliales. Todos los vástagos de cada una de las sucesivas parejas pertenecen a la casa. Sin embargo, solamente uno de ellos será elegido en cada escalón generacional para permanecer en la casa paterna, atrayendo a la misma a su cónyuge”*⁶⁸. Por tanto, considera que es una estructura familiar asociada a la casa, relacionada con la aplicación del sistema de herencia puesto que es el

⁶⁸ Según CELAYA IBARRA, A., (“La troncalidad en Vizcaya” en *Derecho Civil Foral*, Vitoria, 1995, 142) se requiere que el titular de los mismos sea vizcaíno y la pérdida de la vecindad vizcaína no determina el que se rompa la relación troncal.

heredero de cada generación el que se queda a vivir con sus progenitores.

Este modelo familiar, ateniéndonos a la definición citada, puede existir en ausencia de la regla de la troncalidad dado que su origen se debe a la libertad de testar. Sin embargo, añade Delgado Echeverría, lo específico del Derecho vizcaíno es el haber extendido los principios de la sucesión troncal a los descendientes, estableciendo así un lazo de unión entre la familia troncal y la sucesión troncal⁶⁹. En Bizkaia en la constitución de la familia troncal interviene la libertad de testar y –necesariamente– las reglas de la troncalidad. De ahí que en Bizkaia la denominación “familia troncal” tenga un significado adicional que responde al sentido estricto de los términos. Esta realidad puede apreciarse en los contratos matrimoniales históricos donde se recoge la designación de sucesor tronquero en la persona de hijo elegido.

Veremos a continuación cuáles son las características de la sucesión en los bienes troncales.

Los derechos que la ley reconoce a los parientes tronqueros inciden en la libertad testamentaria y en general en todo el ámbito sucesorio, es decir, tanto en la sucesión testada, en la pactada y en la intestada. Tratándose de bienes troncales determina un régimen jurídico sucesorio específico, caracterizado por las siguientes reglas:

1.º Se trata de la sucesión en una masa hereditaria. En Bizkaia la sucesión es en los bienes⁷⁰ y no en la persona.

2.º La sucesión en los bienes troncales ha de recaer en los parientes tronqueros, siguiendo el orden de líneas preferentes y grado –con matizaciones– que hemos expuesto al tratar del parentesco troncal (art. 2 LDCF). En Bizkaia los hijos y descendientes

⁶⁹ BARRERA GONZÁLEZ, A., *Casa, herencia y familia en Cataluña rural*, Madrid, 1990, 19, 21 ss.

⁷⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Propiedad troncal y Patrimonio familiar”, *Jornadas Internacionales sobre Instituciones Civiles Vascas*, Bilbao, 1991, 51.

son considerados tronqueros en relación a la raíz heredada como de la comprada⁷¹, circunstancia que constituye una particularidad del sistema, si lo comparamos con los demás Derecho forales. Por tanto, habiendo descendencia, en los bienes troncales sucederán los hijos, en quienes concurre la doble condición de tronqueros y legitimarios” (Art. 54 LDCF).

3.º En la sucesión rige el principio de libertad a la hora de la elección (art. 54 LDCF), libertad en el modo de delación sucesoria (art. 27 LDCF) y libertad para poder delegar en otro, confiéndole poder testatorio (art. 32 LDCF).

4.º El sistema posibilita la elección de un sucesor único puesto que establece una legítima colectiva a favor de los herederos forzosos y faculta el apartamiento de los que no resulten elegidos (arts. 54, 55 y ss. LDCF).

5.º De la presencia del conjunto de instituciones citadas –troncalidad fortalecida, legítima colectiva, apartamiento, libertad de elección, poder testatorio, pacto sucesorio, etc.- se desprende que los principios en los que se inspira el régimen sucesorio son: conservación de los bienes troncales en la familia, optimización de la explotación del patrimonio troncal, disfrute compartido de los mismos. De este modo queda articulado el régimen sucesorio con el fin de atender a la necesidad primigenia en derredor de la cual gira todo el sistema⁷², necesidad que mirando de forma retrospectiva puede formularse en estos términos: *-que el etxe quede perpetuado de generación en generación y con él la familia, la estirpe de quien lo erigió.*

⁷¹ Art. 24 LDCF.

⁷² A partir del Fuero Nuevo, F. N, 20, 16: “*Que la raíz comparada sea de la misma condición que ha heredado. Otrosí dijeron: Que había por Fuero y establecían por Ley, que toda raíz que hombre o mujer compraren o hayan comprado en su vida, que lo tal no sea habido ni contado por mueble para lo enajenar ni disponer a voluntad: antes sea habido y contado por raíz, como si lo hubiese habido de patrimonio y abolengo, y no pueda ser dado ni mandado a extraño, salvo al heredero y profinco que de derecho conforme a este fuero lo debe heredar, según los otros bienes raíces que hubiere.*”

3.3. Regímenes económicos: conyugal de comunicación de bienes y de comunidad familiar.

En el ámbito del Derecho de familia –conforme a la delimitación actual de la materia- la institución central es la comunicación foral de bienes, ubicada en el título IV que dice: “Régimen de bienes en el matrimonio y de la comunicación foral”, institución a la que dedica los arts. 93 a 111 LDCF.

Esta institución ha sido tratada por el Prof. Martín Osante, especialista en la materia⁷³, razón por la que me limitaré a apuntar dos aspectos. En primer lugar, el sistema vigente establece la libertad de elección del régimen económico del matrimonio, por tanto, el régimen de comunicación es subsidiario y solamente se aplica a falta de pacto expreso entre los cónyuges, en el que se establezca un régimen distinto (art. 94 LDCF)⁷⁴. En segundo lugar, se trata de un régimen de comunidad en virtud del cual se harán comunes todos los bienes (art. 95 LDCF)⁷⁵. Dicho régimen de comunicación foral nace con el matrimonio, y se consolida en el momento de su disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges con hijos o descendientes comunes (art. 96 LDCF). Constante matrimonio determina que la administración de los bienes “comunicables” sea conjunta (art. 99 LDCF)⁷⁶.

El régimen pactado de comunidad familiar, que recogen los contratos matrimoniales históricos, figura citado en el art. 82

⁷³ Hago notar que de aquí parten todas las instituciones expuestas, este es el principio inspirador de las instituciones nucleares del sistema vizcaíno, es decir de la troncalidad, libertad de testar, la legítima colectiva, el apartamiento el pacto sucesorio, etc.

⁷⁴ MARTÍN OSANTE, L. C., *EL régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno, la comunicación foral de bienes*, Madrid, 1996.

⁷⁵ Art. 93 LDCF: “El régimen económico del matrimonio será el que libremente pacten los cónyuges en escritura pública, antes o después de su celebración”.

⁷⁶ Art. 96 LDCF: “En virtud de la comunicación foral se harán comunes por mitad entre marido y mujer, todos los bienes muebles o raíces, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno y otra, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen”.

LDCF, sin que la ley lo regule. Laguna que deberá colmarse acudiendo al Derecho histórico. Es decir, la ley vigente presenta dos regímenes económicos propios de Bizkaia: el legal de comunicación de bienes y el pactado de comunidad familiar, de éste último nos hemos ocupado en el apartado 2.2. Ambos regímenes podrían ubicarse en una futura reforma bajo el título “Régimen patrimonial de la familia”.

Las capitulaciones matrimoniales, según el art. 1315 y 1325 del Cc, las otorgan quienes van a contraer matrimonio para regular las condiciones de la sociedad conyugal relativas a los bienes, es decir, para establecer el régimen económico de bienes del matrimonio. Sin embargo, en Bizkaia las capitulaciones o contratos matrimoniales históricos tienen un contenido más amplio, que abarca tanto aspectos económico-familiares como sucesorios.

Los contratos matrimoniales de Bizkaia se otorgan por los padres de ambos contrayentes acompañados de éstos. En dicha comparencia recogen en escritura pública una serie de acuerdos, previamente convenidos entre ambas familias –las del novio y de la novia-, tras una larga negociación.

En los contratos matrimoniales históricos se deja constancia de los bienes que aportan al matrimonio cada uno de los contrayentes, bienes que reciben de sus padres en el mismo acto notarial. Siendo frecuente que el novio o la novia fuera designado sucesor mediante pacto sucesorio, mientras que los padres del otro contrayente le favorecían con la disposición de una dote en dinero.

Las instituciones familiares que se recogen en las distintas cláusulas de los contratos matrimoniales históricos son las siguientes⁷⁷:

1.º La dote en dinero que aportaba –indistintamente el novio o la novia- que contraía matrimonio con un sucesor. Esta

⁷⁷ Art. 99 LDCF: “En la comunicación foral, los actos de disposición de bienes requerirán del consentimiento de ambos cónyuges

dote se entregaba al padre instituyente, indicando su destino al efectuar la entrega. Frecuentemente con la dote se atendía la dotación de los restantes hijos, el pago de las deudas del instituyente o el pago de mejoras en el patrimonio dispuesto.

2.º En muchos casos se pactaba la constitución de una comunidad entre el matrimonio de los padres instituyentes y el matrimonio del hijo/a sucesor, pacto que he tratado en el apartado 2.2.

3.º Los padres establecían la reserva de la mitad del usufructo de los bienes dispuestos, siendo frecuente esta reserva tratándose de la designación de sucesor acompañada de la donación de los bienes presentes.

4.º La carga de la dotación de los restantes hermanos se impone al sucesor en aquellas escrituras en las que el padre instituyente no asumía esta obligación. Estas dotes en dinero son proporcionales a los haberes de la casa y debían entregarse al hermano en el momento de su acomodo en la vida. La carga de los alimentos del donante es usual en los contratos matrimoniales más antiguos o tratándose de padres ancianos o enfermos.

5.º Las arras consistían en una donación esponsalicia que los contrayentes se conferían recíprocamente. La finalidad de las arras era reforzar los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, en el caso de que se disolviese el matrimonio sin descendencia.

6.º El pacto de reversión de los bienes, pacto que suscriben tanto los contrayentes como sus respectivos padres, en previsión de que el matrimonio que se va a contraer se disuelva sin hijos, que habiendo hijos fallezcan sin haber alcanzado la edad de testar o habiendo alcanzado fallezcan sin haber testado, en los tres supuestos los bienes que cada contrayente aporta al matrimonio revertían al tronco de procedencia.

7.º El poder testatorio que recíprocamente se confieren los contrayentes.

Dado el carácter urgente de la reforma de 1992, la ley no reguló la dote, la comunidad familiar, el usufructo familiar, las arras, la reversión de bienes, etc., instituciones familiares que presentan un perfil propio, diferenciándolas de figuras que bajo idéntica denominación regula o reguló del Código Civil. Siendo por tanto necesaria su investigación y conceptualización futura.

Como cierre a este trabajo tomo las palabras escuchadas al Prof. Celaya: A medida que vayan desarrollándose los estudios que felizmente se están llevando a cabo en las Universidades del País vasco se llevarán a cabo nuevas reformas y modificaciones legales hasta lograr un Derecho Civil moderno y socialmente avanzado.

Itziar Monasterio

BIZKAIKO FORU-ZUZENBIDE ZIBILA ETA SABINO ARANA AHALDUNA (1899)

1.- XIX. MENDE-HONDARRA: BIZKAIKO FORU-ZUZENBIDE ZIBILA

1876. urtean indargabetu ziren Araban, Bizkaian eta Gipuzkoan bizirik zirauten azken foru-hondarrak. Handik aurrera, kontzertu ekonomikoen erregimen berriaren eraginpean bizi ziren hiru euskal herrialde horiek.

Ezagunak dira, eta alderdi askotatik aztertuak, bestalde, erregimen horrek ekarri zituenak, gorago aipatu hiru herrialdeontzat. Besteak beste, gune administratibo berezi baten oinarriak eta erroak, gerora ere baliagarri izan zitzaizkienak hiruroi, autonomia zabalago baten esperantzan.

Bazen, hala ere, XIX. mende horretan indarrean zetorren bestelako gune juridiko bereizia, hain zuzen ere, euskal foru-zuzenbide pribatuarena. Desberdinak ziren, zernahi gisaz, hiru herrialdeen egoerak esparru horretan. Araban, bateko, Laudio eta Aramaioko udal mugarteetan Bizkaiko foru-zuzenbide pribatua zen aginduzkoa, beste horrenbeste jazotzen zela Aiarako eskualdean, bertako foru propio baten bidez. Bizkaian, aldiz, indarrean zegoen 1526. urte-ko Foru Berria, hainbat erakunde (oinordetza, senar-emazteen arteko foru-komunikazioa eta tronkalitatea) zirela aplikagarri elizateen lurral-

dean. Hirietan, bestalde, bitarikoa zen foru-zuzenbide pribatua, Gaztelakoa eta forukoa lurraldez aldamenekoak baitziren. Gipuzkoan, azkenez, ohiturazko sistema juridikoa zen nagusi, idatzizkoak zuzenbide pribatuaren edukia ez zuela ageriko erakusten.

Horiek horrela, 1876. urteko foru-ezabaketak ito larrian utzi zuen euskal sistema juridiko pribatua, bi-bitako eraginak baitzituen horrek gain-gainean: lehena, foru-sistema pribatua bera eraberritzeko iturrien agortzea, ez baitzen beste erakunde legegilerik foru-herrialdeetan, Batzar Nagusiak indarrez desagertu eta gero; bigarrena, aspalditik zetorren bestelako ardatz indartsua, Espainia osorako zuzenbide pribatu eta bakarra nahi zuena.

Hartara, lehen urratsak emanak zituen Espainiako Konstituzioak 1812. urtean, lege-testu hartan ezin argiago aldarrikatu baitzen Espainiako Kode Zibil baterako gogoia eta nahia:

Art. 258: El Código Civil y Criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes.

Helburuak helburu, alabaina, mende osoan zehar iraun zuen sistema bakar baten gogo eta nahi hurak. Gorabeheratsu eta aldikatsu gertatu zela ere ezin uka. Batez beste, proiektuak eta saioak zerrenda luzean barruratu beharko lirateke 1888. urtea arte. Izan ere, orduantxe gertatu zen Espainiako Kode Zibil baten formulazio eraberetu eta moldatua.

Kode horrek, nolana ere, ezin izan zuen herrialdez herrialde bizi ziren sistema juridiko pribatuen indarra deuseztatu. Lehen-lehenak, kronologiaren ikuspegitik, Kataluniako, Balear Uharteetako eta Aragoiko sistemak. Orobat Nafarroakoa. Orain, Araba eta Bizkaia zetozen bide beretik, Galizia bera bazter utzi gabe.

Arazoa, beraz, bidean zen. Zer egin foru-zuzenbide pribatu horiekin, Kode Zibila aldarrikatu eta gero? Kontu zaharra zen hori, Espainiako kodegintza bezain zaharra. Jokaerak ere, sarri-sarri, kontrajarriak eta kontrakarrekoak. Katalunia eta Aragoi, esan legez, buru eta aitzindari izan ziren irtenbideen bilaketan.

Azken buruan, Kode Zibila egiteko Oinarri Legean ere (1888) nabarmen zen filosofia:

6. Kodeen Batzordeari entzun eta gero, Gobernuak Gorteei aurkeztuko dizkie, lege-proiektu bakarrean edo anitzetan, Kode Zibilaren eranskinak. Eranskin horietara bilduko dira probintzia edo lurralde desberdinetan irautarazi beharreko foru-erakundeak, gaur egun halakorik izatekotan.¹

Kodeak berak ere, bide beretik, esamolde zabalak erabili zituen halako arazoei aurre egiteko tenorean. Egundaino irautarazi horiek, edo edo molde desberdinetan, Kode Zibilaren atariko tituluan. Egun ere, eite bereko testua dator indarreko Kode Zibilean:

13. artikulua.

1. Espainian aplikazio orokor eta zuzeneko izango dute atariko titulu honen xedapenek, legeen ondoreak eta legeen aplikaziorako erregela orokorrak zehazten dituzten neurrian, bai eta 1. liburuaren IV. tituluko xedapenek ere, azken titulu horretan ezkontzaren ondasun-erantzari buruzkoak direnek izan ezik.

2. Gainerakoan, eta probintzietan nahiz lurraldeetan indarrean dauden zuzenbide bereziak edo foru-zuzenbideak oso-osorik errespetatuz, Kode Zibila ordezkot zuzenbide moduan aplikatuko da, baldin eta ez badago probintzia nahiz lurralde horietako arau berezien arabera aplikatu beharreko ordezkot zuzenbiderik.²

Bazen, beraz, foru-zuzenbide zibil horiek idazteko premia, eta euren erakundeak eta arauak hara bildu beharra, Kode Zibilaren inguruko eta mendeko eranskin batzuen bidez. Prozesuaren bizkortzaile izan zen, zalantzarik gabe, Manuel Duran y Bas jurista eta

¹ Urrutia, A. eta Urrutia, E. (2004): *Kode Zibila/Código Civil*. Deustuko Unibertsitatea/IVAP-HAEE. Bilbo. 70. or.

² *Ibidem*, 141. or.

politiko katalana³, bere buruarengan bildu baitziren une hartan beharrezkoen ziren bi tasunak: bateko, foruzaletasun sutsua, eta, besteko, Madrileko Grazia eta Justizia ministro izatea.

Bere horretara bi horiek bildu, eta bera izan zen bultzatzailer nagusia, behingo batez, herrialde desberdinetako foru-zuzenbide pribatu historikoak Kode Zibilaren eranskinetara bil zitezten, bilketa horren bitartean haietatik zer zen aginduzko eta zer indargabeko, egoki zertuta.

Esan gabe doa bide horretan Araba, Bizkaia eta Gipuzkoa herrialdeotako foru-zuzenbide pribatua ere barneraturik zegoela. Berehala ezabatu zen Gipuzkoako foru-zuzenbide pribatu ohiturakoa, Arabakoa eta Bizkaikoa geratu zirela eranskin-hartzaile bakar.

Kontua, dena den, ez zetorren bare eta jabal. Zuzenbidea bera sortzeko eta eraberritzeko iturri berezkoak, hots, Batzar Nagusiak, jada desagertuak ziren. Zein erakundek, ordea, eraberritze horretarako ahalmena? Madrileko Gorteek? Bizkaiko Foru Aldundiak? Horra orduko gakoa, Bizkaia buruz gordin azalarazi zena, eranskin hori egiteko batzordea osatzeko orduan. Eztabaida horretan izan zen partaide Sabino Arana Goiri, eta hark eutsitako irizpidea argigarri izan daiteke ehun urte geroago, egoki erakutsi baitzuen berak Bizkaiko ahalmenen artean bazela foru-zuzenbide zibilari buruzkoa ere.

2.- SABINO ARANA GOIRI, BIZKAIKO FORU ALDUNDIAREN AHALDUNA (1898-1902)

Sabino Arana Goiriren biografiak eta nonzeberriak ugari dira euskal liburugintzan. Sarri-sarri plazaratzen dira halakoak, eta

³ Durán y Bas, M.: «Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña», *Projecte d'apèndix i materials precompileris del dret civil de Catalunya*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona: 1995. 1.etik 525.erako orr. Ikus, orobat, Herrero gutierrez, R. y Vallejo Ubeda, M. A. (arg.): *El Código Civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*. Senatua. Madril: 1989. 2 liburuki.

haren ideiak behin eta berriro izaten dira eztabaidagai, besteak beste, euskal gizartean eragin handia duen abertzaletasunaren sus-traiak direlako.

Zernahi gisaz, oraingo honetan gaia Aranaren iritzietan sartzen den osterantzeko arloro etorriko litzateke, hain zuzen ere, foru-zuzenbide pribatura.

Baliagarri izan daiteke horretarako, laburpen gisa, Larronde ikertzailearen aburua, Aranak euskal zuzenbideari buruz zuen ustea ezagutarazteko. Haren esanetan, forua eta zuzenbidea berezkoak zituen Bizkaiak, inolako kanpo eraginik gabekoak eta euskal nazioaren eustazpi sendoak:

Le gouvernement et les lois.- Pour Sabino, les lois bizka-yennes n'ont souffert d'aucune influence extérieure. Le Fuero de Bizkaye -ensemble de lois écrites et de coutumes- était un véritable Code National, édicté par les Assemblées Générales de Gernika, qui étaient investies d'un pouvoir législatif souverain.⁴

Kode horren barruan, alabaina, zer-nolako zeregina zuen zuzenbide pribatuak? Horixe da galde daitekeena gaur egun, kon-tuan harturik Aranak, neurri handi batean, zuzenbide publikoaren ildotik lan egin zuela. Hari kezkarri zitzaion Bizkaiarentzat, eta, oro har, Euskal Herriarentzat, burujabetzaren eremua irekitzea eta berreskuratzea, formulazio zabal baten bidez.

Bazuen horretarako jakituria nahikoa, Aranak lege- eta zuzenbide-ikasketak egin zituelako Bartzelonan. Familia ere hara bertaratu zen, ama eta seme-alabak, eta Kataluniako hiriburuan bizi ziren 1883. urtetik 1888. urtea arte, gazteenek ikasketak burutu bitartean.

Aldikada horretako bizimodua ere, Jemeinek azaldu digu:

⁴ Larronde, J.-CL.: *Sabino Arana Goiri (1865-1903), fondateur du nationalisme basque centenaire de sa disparition*. Bulletin du Musée Basque. 2e semestre 2004, 164. zkia. 18.or.

En este año pasó con su madre y hermano Luis a Barcelona, comenzando con el curso 1883-84 sus estudios en las facultades de Derecho y Filosofía y Letras... Los estudios fueron interrumpidos en 1888, por la muerte de su virtuosa madre doña Pascuala (G.b.), acaecida el día 11 de Febrero.⁵

Gorostartzu dabil, berebat, garai horren adierazle, eta honetara dio:

Según Paulina allí “Sabino seguía estudiando la carrera de leyes pero sin afán; poco tiempo antes de exámenes es cuando se disponía a ello y siempre salía bien”.⁶

Jakinbide horren erakusgarri izan daiteke hark bultzaturiko *LAGI BIZKAITARRA ASTERTZEKO BAZKINTZEA* edo *CENTRO JURIDICO PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO VIZCAINO*. Erakunde berri horren araudian jarraikoak ziren irakurgarri:

Art. 1º.- Los fines del “Centro Jurídico” son:

Llevar al ánimo de las gentes la persuasión de que la nación bizkaína ha mantenido incólume en todo tiempo hasta nuestros últimos padres, su originaria libertad.

Ilustrar la Historia General de Bizkaya y, más singularmente, la particular de sus Instituciones.

Y últimamente, hacer una recopilación lo más completa posible de sus Leyes Tradicionales escritas y no escritas a fin de que en su día sirvan de base para reedificar el alcazar jurídico, dentro del que ha de gobernarse Bizkaya, nuevamente declarada independiente.

Aurrekoaren esanak, bistan denez, nahitaez ekarri behar zituen ondorioa eta ondorengoa, eta horixe zen, hain justu ere, arloz arlo Bizkaiko foru-zuzenbidearen sail guztiak aztertzea, egitu-

⁵ JEMEIN Y LANBARRI, C. DE (1935): *Biografía de Arana-Goiri'tar Sabino e Historia Gráfica del nacionalismo*. Editorial Vasca, S.A. Bilbo. 207. or.

⁶ ASKOREN ARTEAN (1988): *Sabino Arana diputado*. Fundación Sabino Arana-Sabino Arana Kultur Elkargoa. Bilbo.

ra jakin baten arabera. Egitura horretan lege zibilak ere baziren; are zehatzago, honetara banatzen ziren aztergaiak zuzenbide zibilaren ikuspegitik:

Artículo 13º.- Dentro de la división de Leyes civiles se dará en primer lugar la noción de: a).-Leyes, b).-Fueros, c).-Cuadernos, d).-Usos y Costumbres, e).-Libertades y Franquezas, i).-Privilegio, j).-Mercedes, k).-Tierras, l).-Lanzas, m).-Acostamientos en la Edad Media y a virtud de la Pragmática de 20 de marzo de 1498 (que es la ley 7ª, libro 10 de la Recopilación española) y de la Cédula de 13 de abril de 1790.

Seguidamente se estudiará la disposición que previene que las Leyes bizkainas no pueden interpretarse sino que deben observarse a la letra.

Luego serán preferidas las que tratan a).-del derecho de los parientes a pedir para sí los bienes raíces que se venden, estableciendo las formalidades de que han de ir prendidas las ventas, b).-de la comunicación de bienes entre marido y mujer, disolviéndose el matrimonio con hijos, c).-del derecho de la vuda cuando el matrimonio se acaba sin prole y el viudo en igual caso, a gozar durante año y día los bienes raíces del conyuge premuerto, y que continúe disfrutándolos hasta la devoción de lo que aportó al consorcio, d).-derecho de los hijos de un matrimonio a que se les reserven íntegros los bienes que para aquel matrimonio fueron dotados o donados por el conyuge sobreviviente que pasa a segundas o ulteriores nupcias.

El derecho de troncalidad: a).-si constante matrimonio se compran raíces que vienen del tronco de uno de los consortes o se edifica en ellos y se hacen mejoras, lo hereden los parientes tronqueros, b).-necesidad del concurso de los dos conyuges para vender toda clase de bienes, salvo los gananciales, c).-la raíz comprada sean tenidos como de patrimonio o abolengo, d).-no se dé ni mande a extraño bienes y muebles habiendo parientes del tronco dentro del cuarto grado. De la libertad absoluta de testar: a).-todo varón o mujer con descendencia legítima puede dar o dejar a uno de los hijos legítimos o a nieto o descendiente de hijo o hija legítimo que haya falle-

*cido todos sus bienes y esto mismo se observe con los hijos naturales no habiendo hijos o descendientes legítimos, b).—en el poder para testar se puede dar facultad para la elección de heredero.*⁷

Horra hor, beraz, Bizkaiko foru-zuzenbidearen gairik pisuzkoenak, abertzaletasunak molde bereziarekin emanak eta azalduak. Badira hurrenkera horretan oinordetzari dagozkion autuak, hala alkar-poderosoa eta oinordekoa izendatzeko askatasuna, nola tronkalitatearen arazoak, xehe-xehe bertaratzen direnak. Ezin alboan utzi, bestalde, senar-emazteen arteko zinak eta minak, ondasunak direla eta.

Zernahi gisaz, bazen ordu hartan, eta gerora ere bada, Bizkaiko foru-zuzenbidean, erro-erroan dagoen arazo sakona, alegia, aplikazio-esparruarena. Hiriak, bateko, eta elizateak, besteko, bi lege desberdinetan bizi dira, historiari esker eta zuzenbide pribatuaren alorrean.

Bi-biok hurreratzeko ahaleginak aspaldikoak izanik, erpina izan zuten horiek bi multzoen arteko hitzarmenean, 1630. urtean. Testu horretan ezarri zen hiriek foru-zuzenbidea aukeratzeko abagunea, noizean behin erabili zutena, batik bat XVIII eta XIX. mendeetan.

Hartara, erakunde berriak ere aztergai izan behar zituen bi multzo horien arteko tirabirak:

Artículo 15º.- Como quiera que la legislación de la tierra llana o infanzonado, de Bizcaya, se diversificaba esencialmente de aquella otra que regulaba los actos sociales de los vecinos de las Villas y Ciudad de Orduña, se anotarán de ordinario las conordancias a la vez que las diferentes características de unas y otras sin deber omitir en modo alguno la causa de semejante dualidad de derechos.

⁷ CORCUERA. J. DE ETA ORIBE, Y. (1991): *Historia del nacionalismo vasco en sus documentos*. II. Liburukia. Eguzki argitaldaria. Bilbo. 260-268. orr.

*Tampoco debe callarse la tan importante circunstancia de que a las Villas y Ciudad se concediera el año de 1630 la facultad de aceptar las Leyes generales del país con expresión de que villas, en qué épocas y sobre qué materias jurídicas hicieron uso de aquella facultad.*⁸

Aurreko testua Gernikan da sinatua, 1896. urteko uztailaren 15ean. Testuaren sinatzaileak bi dira, Aranaren hurbilekoak eta Arana hil ondoko abertzaletasunean garrantzi handiko pertsonaiak: lehendakaria, Zabala eta Ozamiz'tar Aingeru, eta idazkaria, Pertika eta Matzu'tar Jose Mari.

Natorren, alabaina, bestelako harira, eta bidenabar esan dezadan laster izango zuela abertzaletasunak eta Aranak berak halakoak egiaztatzeko aukera, bi urte geroago, 1898. urtean, Aranak Bizkaiko Foru Aldundiaren ahalduntzea lortu baitzuen. Lehendabizikoz, abertzaletasunaren ahotsa entzungarri izan zen Bizkaiko gobernu-erakundean.

Haren zeregina, artez laburbildu du Larronde historialariak:

*A la Députation de Bizkaye, de 1898 à 1902, Sabino se retrouva bien seul et dut faire face bien souvent à une Assemblé franchement hostile ; ses principales interventions ont trait à la défense des Bizkayens d'origine, à la protection de la culture basque et à la solidarité des provinces basques.*⁹

Kontrakarreko giroa eta ingurumariak izan zituela ezin uka. Hala ere, Aranak aurre egin zion horri, haren biografoek erakusten dutenez:

*Cuando yo, en el desempeño de ese cargo, estaba perdiendo en silencio salud y vida...*¹⁰

⁸ Ibidem, 264. or.

⁹ LARRONDE, J.-CL.: *Sabino Arana Goiri (1865-1903), fondateur du nationalisme basque cetenaire de sa disparition*. Bulletin du Musée Basque. 2e semestre 2004, 164. zk. 24.or.

¹⁰ MARCOS DE URRUTIA (1954): *Arana-Goiri'tar Sabin en la historia de Euzkadi*. Ediciones Sabindiar-Batza. Baiona. 117. or.

Pero fue entonces cuando comenzó para el Maestro la época mas dolorosa de su vida... Oigamos también a este respecto lo que cuenta su hermana Doña Paulina: « En la Diputación tuvo mucho que sufrir de sus enemigos políticos, y cuando quería hablar, Aresti, que entonces fue presidente, agitaba la campanilla para imponerle silencio. Una vez fue procesado por algunos diputados, por hacerles echado en cara que todos allí no estaban por medios lícitos.¹¹

Esandakoa gorabehera, Aranak eta abertzaletasunak bazituzten arrazoi indartsuak Foru Aldundian parte hartzeko:

Dentro de aquella corporación, no se podía lograr el verdadero bien de Bizkaia. Indudable. Pero debió pensar, aunque tal no fuera posible, procurar un relativo bien... Otra conveniencia de entrar en la Diputación era la de disputar sus puestos a aquellas gentes que, adictas al poder central, su actuación administrativa no redundaba sino en consolidación de aquel mismo espíritu y poder al que servían... Arana-Goiri y sus amigos luchan con entusiasmo e inteligentemente. Y el pueblo de Bilbao y sus pueblos adjuntos responden. La batalla electoral arroja la cifra de 4.545 votos por Arana-Goiri.¹²

Hauteskundeen ondoren, 1899. urteko maiatzaren lehenean, Plaza Barriko eraikinean osatzen da Bizkaiko Foru Aldundi berria. Garai hartako Aldizkari Ofizialak ematen du horren albiste:

En la I. villa de Bilbao y Salón de Sesiones de la Excma. Diputación Provincial se constituyó ésta el día primero de Abril de mil ochocientos noventa y nueve, bajo la presidencia del Sr. D. Santos Ortega y Frías, Gobernador civil de la provincia y asistencia de los Sres. D. Enrique Aresti, Presidente de la Corporación, D. Fernando de Carranza, D. Aureliano de

¹¹ JEMEIN Y LANBARRI, C. DE (1935): *Biografía de Arana-Goiri'tar Sabin e Historia Gráfica del nacionalismo*. Editorial Vasca, S.A. Bilbo. 269. or.

¹² ASKOREN ARTEAN (1988): *Sabino Arana diputado*. Fundación Sabino Arana-Sabino Arana Kultur Elkargoa. Bilbo. 53-54. orr.

*Galarza, Vicepresidentes respectivamente de la Diputación y Comisión Provincial, D. Alfredo de Urquizu, D. Antonino de la Bárcenas, D. Gustavo de Cobreros, D. Emilio Vallejo, D. Isisoro León, D. Victoriano de Olalde, D. Ildefonso de Arrola, D. Antonio de Allende, D. Sabino de Arana y los suscritos Diputados Secretarios D. Nicasio de Veristain y D. José Cruceño, éste en funciones...*¹³

Berehala etorriko ziren erakunde osatu berrira Bizkaiko foru-zuzenbidea moldatzeko kezka eta arrangura, Madrileko ministerioak bultzatuta. Horretan ere, partaide sutsua, beste batzuekin batera, Sabino Arana Goiri ahaldun berria.

4.- BIZKAIKO FORU-ZUZENBIDE ZIBILAREN ERANSKINA EGITEKO BATZORDEA: SABINO ARANAREN EKARRIA (1899)

Bizkaiko Foru Aldundiak batzarra egin zuen 1899. urteko maiatzaren bostean. Eguneko gai zerrendaren arabera, lehen-leheneko puntua zen Bizkaiko foru-zuzenbide zibilaren erakundeetatik zeintzuk aukeratu, gerora ere gorde eta indarrean egon zitezten, aurrerago esan bezalaxe, Kode Zibilaren aldamenean.

Aldundiaren lehendakariak, hortaz, lan hori gauzatu behar zuen batzordearen osaketa eztabaidatzeri ekin zion, Madrileko aginduaren arabera, letradu batzuen izendatzea baitzegokion Aldundiari.

Galarza ahaldun foruzaleak¹⁴ bere horretan azaldu zuen kontua:

Desgraciadamente no se halla Vizcaya en condiciones de poder ejercer el derecho de modificar las leyes de carácter político, porque habremos de atenernos a la situación legal que

¹³ BOPV-HAAA,1899-05-06, 1050.

¹⁴ Biografia-xehetasunak, in ETXEGARAI, J.: *Historias de Munguía*. Bizkaiko gaiak/Temas vizcaínos. BBK. Bilbo: 2003. 74 eta 75. orr.

*se nos ha impuesto por el Gobierno de España: pero de todos modos, existen circunstancias especialísimas que no debemos olvidar y que debemos tener siempre presentes dentro del mismo Derecho civil foral...*¹⁵

Haren jarduera, nolanahi ere, 1630. urtean Bizkaiko hirien eta elizateen arteko hitzarmenaz doa, testu horretan arautu baitzen arestian esandako hura, hots, hiriek Bizkaiko foruz-zuzenbidearen aldeko egitea. Aukera hori nork egin behar zuen argitu nahian zebilen Galarza:

*Y en definitiva, ¿quién ha de apreciar la conveniencia de la modificación? El mismo Gobierno. ¿Quién aplicará el Capítulo segundo de la Concordia? Nadie lo sabe, porque las Juntas Generales han desaparecido...*¹⁶

Horri irtenbidea emateko proposamena luzatu zuen Galarzak, batzordeak baino, Aldundiak berak egin zezan batzorde horren lana:

*Que se gestione cerca del Ministro de Gracia y Justicia, que sea la Diputación Provincial la que informe, en lugar de la Comisión especial á que se refiere ese Real decreto*¹⁷.

Sabino Arana askoz tinkoago ari da, legeak aldarazteko ahalmena nori dagokion argi-argi ikusten baitu:

... todos sabemos que el antiguo estado de Derecho se ha perdido y hoy sólo decide de todas nuestras cosas el Gobierno de Madrid, con los cuerpos Colegisladores de España...De suerte, que, á mi juicio, no es la Diputación Provincial la llamada á proponer al Gobierno las modificaciones que deben introducirse en el Derecho civil foral, sino la Comisión que el Gobierno designa en ese Real decreto, porque

¹⁵ BOPV-HAAA, 1899-05-23, 1102.

¹⁶ Ibidem, 1102.

¹⁷ Ibidem, 1102.

*venimos obligados á acatar aquello que el Gobierno mande, aquellas leyes que en Madrid establezcan para nosotros.*¹⁸

Puntu horretara iritsita, Aranak gordin azalarazten du non dagoen une hartan legeak egiteko iturria eta boterea, hain justu ere, Madrileko Gorteetan. Eurak dira, bakar-bakarrik, Bizkaiko foruz-zuzenbide zibila aldaraz dezaketen legegileak.

Egia esan, eztabaida hau betidanik agertu da zerbait labur eta esangura txikikoa balitz legez, Aranaren gintzan¹⁹. Aitzitik, berak dakar, nire ustez, Sabino Aranak foru-zuzenbideari buruz zuen ideiarekin adierazlea eta erakusgarria.

Eztabaida, zernahi gisaz, ez da horretan agortzen. Cruceño ahaldun konstituzionale eta liberalak ez du inolako oztoporik batzorde horren partaideak izendatzeko, bereizketa egiten zuelako lege politikoen eta zuzenbide zibilekoen artean:

*... Entiendo, por lo tanto, que sin peligro ninguno, puesto que no se trata de discutir que instituciones forales de carácter político han de subsistir, porque desgraciadamente es indudable que el Gobierno no nos pregunta acerca de eso, sino acerca de las instituciones del Derecho civil que deben conservarse y de las modificaciones que en el mismo se imponen. Para esto, los mismo sirve la Comisión, que la Diputación Provincial...*²⁰

Galarzak bere horretan jarraitu arren, Arana, beste behin ere, bide beretik dator:

... á lo que me opongo es á que pueda entenderse que las Diputaciones actuales representan y sustituyen á las anti-

¹⁸ Ibidem, 1103.

¹⁹ Aipamen soilak in: ARANA-GOIRI, SABINO DE (1965): *Obras completas*. Editorial Sabindiar-Batza. Buenos Aires. 2379-2380. orr. ASKOREN ARTEAN (1988): *Sabino Arana diputado*. Fundación Sabino Arana-Sabino Arana Kultur Elkargoa. Bilbo. 61-62. orr.

²⁰ Ibidem, 1103.

*guas Juntas generales del país...Para mí, reviste la cuestión una mayor importancia, porque entiendo, que dadas las corrientes que se supone existen en el Gobierno, en favor de las regiones, la Comisión o la Diputación que intervenga con el carácter de informante, puede y debe extender su dictamen á los otros órdenes, al judicial, al administrativo, al económico, etc.; y en tal sentido, propongo que la Comisión, además de oír á la Diputación en pleno, debe consultar á todos los Abogados y Notarios que hayan hecho estudios especiales de estas materias, admitiendo asimismo los proyectos ó proposiciones que en forma aceptable se le presenten por cualquier hijo de Vizcaya, y publicando, por último, no sólo los acuerdos y las actas de las sesiones que celebren, sino los trabajos que lo merezcan para que la opinión se ilustre y el Gobierno se informe con las mayores garantías de acierto.*²¹

Cruceñok, berriz ere, bereari eusten dio, zuzenbide zibilaren eta politikoen esparruak bereiziz:

*Por lo tanto, la Comisión que se designe tendrá que limitarse á las instituciones de Derecho privado, y si otro fuera el carácter que se la diese y se creyera que también debía ocuparse del Derecho político ó del Derecho administrativo, yo sería el primero en oponerme á que Letrados extraños a la Corporación estudiaran estos asuntos, porque seremos, efectivamente, muy poco, comparándonos con lo que fueron las Juntas generales, pero algo somos todavía, y si de reorganizar la provincia y de resucitar las antiguas instituciones se tratara, la Excelentísima Diputación Provincial sería la única que rendirá ante el Gobierno y trataría con él tête á tête, de potencia á potencia, hasta conseguir lo que creyera conveniente. Insisto, por tanto, en que la Comisión, con las atribuciones que le concede el Real decreto, debe nombrarse cuanto antes, oponiéndose á que sea la Excm. Diputación Provincial la que evacue el informe.*²²

²¹ Ibidem, 1103-1104.

²² Ibidem, 1104.

Bozketa egin eta Galarzaren proposamena ez zen onartu, Galarza bera eta Arana izan baitziren horren eusle bakarrak. Aranaren proposamena ere tartean zen, eta Galarzak beren beregi eskatu zion bertan behera uztea. Aranak etsi ez arren, aurrera-biderik ez zuen izan Aranaren proposamenak, Arana, Galarza eta Urquizuren botoak bildu baitzituen, soil-soilean.

Horiek horrela, azken erabakia bestetik zetorren, eta, batzordearen kideak hautatzeko orduan, Aranak ahots ozenez egitea eskatu zuen. Lehendakariak berehala onartu zion, eta Galarza, Bolivar eta Veristain ahaldun izendatu ziren.

Hiru horiek izan ziren batzordekide, Bizkaiko Foru Aldundiaren izenean, eta beste erakunde batzuen ordezkariekin batera. Hartara, Bilboko Abokatuen Elkargoak eta Burgosko Notarioen Elkargoak euren ordezkariak izan zituzten foru-zuzenbidearen eranskina egiteko batzordean.

Baina horrek, jakina denez, beste historia baten hariak dakartza. Badu horretan irakurleak osterantzeko iturrietara jotzeko aukera aparta, berrikitan argitaratu baititu Zuzenbidearen Euskal Akademiak batzorde horren lanak: *Actas de las Sesiones celebradas por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya (1899-1900)*. Bigarren argitaldaria (2004) faksimil erara egin da, lerro hauen egileak moldatua.

Gera bedi, hortaz, honako hau, Sabino Aranak behinola Bizkaiko foru-zuzenbidearen bilakaeran izan zuen partaidetzaren lekuko.

5. BIBLIOGRAFIA

Actas de las Sesiones celebradas por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya (1899-1900). Bigarren argitaldaria (2004) faksimil erara, Andres Urrutiak moldatua. Academia de Derecho Vasca/ Zuzenbidearen Euskal Akademia. Bilbo.

Arana-Goiri, Sabino de (1965): *Obras completas*. Editorial Sabindiar-Batza. Buenos Aires.

Askoren artean (1984): *Arana-Goiri'tar Sabin/Ome Arana naldia*. Idatz Ekintza S.A. Bilbo.

Askoren artean (1988): *Sabino Arana diputado*. Fundación Sabino Arana-Sabino Arana Kultur Elkargoa. Bilbo.

Corcuera, J. de eta Oribe, Y. (1991): *Historia del nacionalismo vasco en sus documentos*. II. liburukia. Eguzki argitaldaria. Bilbo.

Etxegarai, J. (2003): *Historias de Munguía (1883-1900)*. Bizkaiko gaiak/Temas vizcaínos. Bilbao Bizkaia Kutxa. Bilbo.

Jemein y Lanbarri, C. de (1935): *Biografía de Arana-Goiri'tar Sabin e Historia Gráfica del nacionalismo*. Editorial Vasca, S.A. Bilbo.

Larronde, J.-CL.: *Sabino Arana Goiri (1865-1903), fondateur du nationalisme basque centenaire de sa disparition*. Bulletin du Musée Basque. 2e semestre 2004, 164. zki. 9-28. orr.

Marcos de Urrutia (1954): *Arana-Goiri'tar Sabin en la historia de Euzkadi*. Ediciones Sabindiar-Batza. Baiona.

Urrutia, A. eta Urrutia, E. (2004): *Kode Zibila/Código Civil*. Deustuko Unibertsitatea-IVAP. Bilbo.

Andrés Urrutia

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO DE 7 DE ENERO DE 2005

Casación Foral: Interpretación del artículo 54.3 LDCF, no se refiere sólo a herederos, sino también a legatarios; legados que forman parte de la legítima: cabe derecho de representación.

Interpretación del testamento: prevalece el criterio del Juzgador sobre el privativo de la parte, salvo manifiesta equivocación o error.

No considero que sea de interés reflejar los hechos a que se refiere esta sentencia, pues la conclusión jurídica a que llega, en las dos cuestiones que trata, no precisa de dicho conocimiento.

El Juzgado de Primera Instancia de Amurrio dictó sentencia estimatoria en el Juicio Voluntario de Testamentaria promovido por D. J.M.C.O., que fue revocada parcialmente por sentencia de la Audiencia Provincial de Alava, de fecha 13 de abril de 2004, en el sentido de estimar eficaces los legados dispuestos en el testamento, procediendo su atribución a la herencia yacente.

Las cuestiones que aborda la sentencia de la Sala de lo Civil, en función de las impugnaciones efectuadas, son dos: inter-

pretación del artículo 54.3 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, para llegar a la conclusión de que dicho precepto no sólo se refiere a los herederos, sino también a los legatarios. En el caso examinado, como la legítima se había pagado, parcialmente, en legados, concluye la sentencia que cabe el derecho de representación; alcance de la impugnación respecto de la interpretación de los testamentos. La Sala recuerda la doctrina

1.- LA PRIMERA DE DICHAS CUESTIONES SE RESUELVE EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

Recurso de D. J.M.C.O.

Se fundamenta “en la interpretación que hace la Sala y que se opone a la doctrina jurisprudencial en cuanto a la interpretación que hace del artículo 54.3º de la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco en relación con el artículo 888 del Código Civil, equiparando la institución de heredero con la de legatario y considerando aplicable a los legatarios el derecho de representación de los herederos descendientes de otro descendiente no apartado, en la sucesión del ascendiente”.

La discusión se suscita en relación con los legados dispuestos en el testamento otorgado por D.^a S. O. O. a favor de su hija D.^a M. A. C. O., fallecida con posterioridad a la fecha del otorgamiento del testamento, pero en momento anterior a la fecha de la muerte de su madre.

La sentencia de la Audiencia considera eficaces los legados en cuestión de conformidad con lo establecido por el artículo 54 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (en adelante LDCF) al establecer en su párrafo tercero que: “Los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente”. Estimando orientada en el mismo sentido la normativa contenida en el Código Civil (en adelante CC), al entender, siguiendo el criterio de reputados tratadistas, que el artículo 888 comprende, entre los supuestos de excepción a la regla general de refundición del legado en la

masa de la herencia, junto a los casos de sustitución y acrecimiento, y aparte del que resulta de la aplicación a los legados del artículo 1001, también el derecho de representación.

La parte recurrente, en sintonía con el contador partidario dirimente y la sentencia de primera instancia, considera, por el contrario, que los legados dispuestos carecen de eficacia, al disponer el artículo 888 CC -norma que considera de aplicación al caso ante el silencio de la LDCF- que cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los supuestos de sustitución y del derecho de acrecer. Acusando en el recurso a la sentencia impugnada de confundir los conceptos de heredero y legatario y de formular, más que argumentos, elucubraciones, que no cabe aplicar al caso de autos. Por un lado, porque el artículo 54.3º LDCF “no se refiere a los legatarios, sino a los derechos de los herederos, porque el legatario como tal no es heredero y no puede ser ni dejar de ser apartado, ni tampoco puede ser preterido, por ser la preterición la omisión en el testamento de un heredero forzoso (Art. 814 del C.C.)”. Y, por otro lado, porque el derecho de representación es exclusivo de los herederos, no habiendo considerado la Sala que “el artículo 888 se concreta y refiere única y exclusivamente a los legatarios, y que éstos tienen los derechos de sustitución, cuando el testador les nombra un sustituto (Arts. 774 y 789 C.C.) y el de acrecer, cuando varios han sido llamados a una misma cosa (Art. 987 C.C.) y siempre que el testador no haya prohibido ese derecho por haber nombrado sustituto vulgar al legatario. No hay más excepciones legales para no refundir el legado en la masa de la herencia”.

El argumento de corte conceptualista que utiliza la parte recurrente no tiene mucho valor en este caso. Es cierto que el artículo 54 LDCF no se refiere a los legatarios. Pero también lo es, si nos atenemos a la terminología, que tampoco se refiere a los herederos. El precepto el término que utiliza es el de “sucesores” en su párrafo primero, el de “sucesores forzosos” en su párrafo segundo, y el de “sucesor” en su párrafo ter-

ceros. Y lo verdaderamente destacable no es la terminología, a la que puede resultar inconveniente atribuir un significado conceptual y técnicamente preciso, atendida su carencia en los precedentes legislativos, sino la circunstancia, ésta sí relevante y ciertamente significativa, de no exigir la norma de referencia, ni ninguna otra de las de la LDCF, que la atribución de los bienes o la elección del sucesor haya de hacerse necesariamente a título de heredero. Es más, del artículo 74 LDCF resulta con toda claridad como la disposición en la sucesión de los bienes puede ser hecha a título universal o particular, refiriéndose a continuación la ley a la “designación de sucesor” en el artículo 75 o la “designación sucesoria” en el 77, en el 78, en el 80 y en el 83. Y es que, como destaca la mejor doctrina, la función de designar sucesor o sucesores no la realiza el derecho vizcaíno con normas imperativas, sino con la libertad de testar circunscrita dentro de cada grupo familiar, y confiando en el buen criterio del padre o madre de familia, rectamente formado por costumbres sanamente vividas y tradiciones familiares inmemoriales. No existiendo inconveniente, dada esa libertad de testar, básica en el derecho foral, para que el causante distribuya en legados toda la legítima foral o una parte de ella. A lo que aún se añade, desde la perspectiva del derecho común, la posibilidad, dado lo establecido por el artículo 815 CC al hacer uso de la expresión “por cualquier título”, de atribuir la legítima a título de legado. Lo que, por otro lado, ha sido reconocido por reiterada y pacífica jurisprudencia (por todas STS de 17 de julio de 1996, que hace cita a su vez de las de 21 de febrero de 1900, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932).

No cabe pues, por lo tanto, restringir la aplicación del artículo 54.3º LDCF a los herederos. El precepto es aplicable a los sucesores forzosos, cuya designación lo mismo se ha podido producir, por lo que se deja dicho, en concepto de heredero, que en concepto de legatario.

En nuestro caso, en ningún momento ha cuestionado la parte recurrente que los legados dispuestos en el testamento

formen parte de la legítima material individual o concreta que, en ejercicio de la facultad de libre disposición distributiva, fue atribuida por D.^a S. O. O. a su hija, D.^a M. A. C. O. Y ninguna duda puede ofrecer, así las cosas, y dados los términos en que se expresa el primer inciso, del apartado tercero, del artículo 54 LDCF -"Los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente"-, que sobre dicha legítima opera el derecho de representación al que se refiere la norma, pues habiendo premuerto a la testadora la legitimaria designada sucesora, sus descendientes conservan un derecho de representación sobre su cuota legitimaria.

Y tampoco cabe aceptar las críticas de la parte recurrente a las consideraciones que la sentencia efectúa en relación con el artículo 888 CC, pues si, como hemos dicho, el artículo 815 CC abre la posibilidad de atribuir la legítima a título de legado, forzoso será reconocer, cuando tal atribución se produzca, que entre los supuestos de excepción a la regla general de refundición en la masa de la herencia del artículo 888 CC ha de tener cabida, por más que no aparezca incluido expresamente, el derecho de representación a que se refiere el párrafo tercero del artículo 814 CC.

El recurso se desestima.

2.- LA SEGUNDA DE LAS CUESTIONES CITADAS, SE RESUELVE EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

Recurso de D. C, D. M. y D.^a M. A. L. C.

Denuncia la infracción del párrafo primero del artículo 675 CC al haber ordenado la sentencia recurrida la refundición en la masa de la herencia de la lonja "C", excluyéndola de los legados efectuados en los testamentos a favor de D.^a M.A.C.O., lo que juzga contrario a la intención de los testadores, cuya voluntad en el caso que nos ocupa era, según señala, dejar al hijo, D. J. M., la explotación de los dos negocios de..., y a la hija, D.^a M. A., las lonjas existentes en el caudal.

No desconoce quien recurre que, según reiterada jurisprudencia, en la interpretación de los testamentos debe prevalecer el criterio del Juzgador sobre el privativo del recurrente a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equivocado o erróneo por contradecir la voluntad del testador, debiendo en suma excluirse únicamente lo arbitrario, lo desorbitado y los casos de patente y manifiesto error, preponderando, en otro caso, la interpretación de la instancia (STS de 6 de octubre de 1994 y todas las que en ésta se citan).

Pues bien, en el presente caso no cabe considerar tergiversada la voluntad de la testadora por la interpretación de la Sala de apelación, cuya argumentación no puede ser tildada de manifiestamente errónea, absurda o arbitraria. La sentencia de la Audiencia estima probado que los testadores consideraban la lonja "C" parte integrante de la casa núm., de la c/., por lo que lo desajustado a su voluntad, atendido ese conocimiento, sería considerarla comprendida en el legado de las lonjas situadas en la casa núm. de la c/., a la que, por lo que se deja dicho, no consideraban los testadores, perteneciera la lonja "C". No pudiendo considerarse tampoco, en los términos determinantes que proclama la parte recurrente, para hacer valer la imputación del manifiesto error que denuncia, que la voluntad de los testadores fuese la de disponer los negocios de explotación del a favor de su hijo, D. J. M., y todas las lonjas incluidas en el caudal hereditario a favor de su hija, D.^a M. A., pues, como también significa la sentencia de la Audiencia, se admite que la lonja sita en la c/. núm. (anterior núm.) tiene el uso de local comercial, no obstante formar parte de lo legado a D. J. M., amén de que no todos los bienes inmuebles, como asimismo declara la sentencia, fueron objeto de legado.

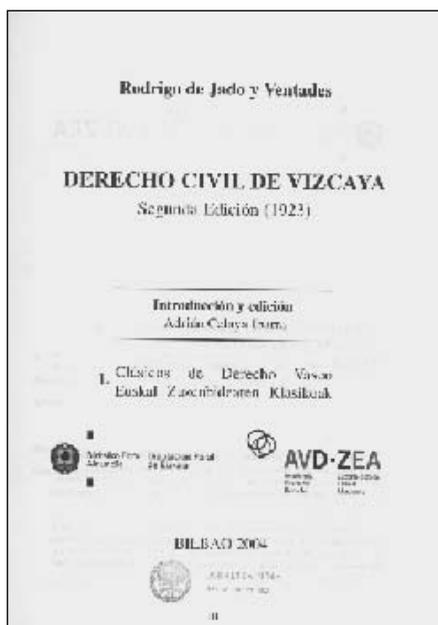
El recurso se desestima.

Fernando Ruiz Piñero

RODRIGO DE JADO Y VENTADES

Derecho Civil de Vizcaya,

2ª edición, 1923



La Academia Vasca de Derecho decidió iniciar la colección de “Textos clásicos de Derecho Vasco”, con esta obra de Rodrigo de Jado, que es un auténtico hito en nuestros estudios jurídicos civiles. Don Rodrigo de Jado fue abogado en ejercicio e incluso llegó a ser Decano del Colegio de Abogados de Bilbao.

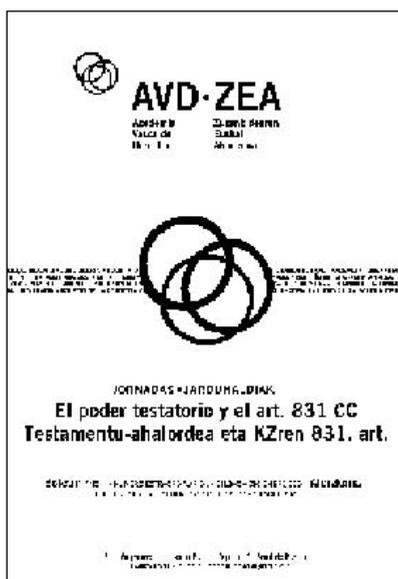
El Código Civil de 1888, que rompió con el criterio uniformista del proyecto de 1851 y respetó en su artículo 13 “los derechos especiales o forales de las provincias en que están vigentes” estimuló los estudios de Derecho Civil en Vizcaya, y dio lugar a la aparición de numerosos estudios sobre el Derecho de Vizcaya como los de Hormaeché, Angulo Laguna, Solano, Chalbaud, Balparda, etc. Entre todos ellos destacan las dos ediciones de la obra “Derecho civil de Vizcaya” que publicó Rodrigo Jado, porque la obra de Jado es muy amplia, además de clara y profunda y comprende todo el Derecho civil de Vizcaya, y no en particular de unas instituciones determinadas. La primera edición, se publicó en el año 1900, mientras se redactaba el proyecto de apéndice foral y la mayor parte de su contenido se recoge en la segunda.

Jado, que era un jurista práctico, siguió añadiendo nuevas observaciones, sentencias, y reflexiones de su propia experiencia. Su obra se transformó en un compendio amplio, claro y bien razonado de todo el Derecho civil de Vizcaya.

Don Rodrigo Jado murió el 19 de mayo de 1922 y apareció entre sus cosas el manuscrito preparado para la segunda edición, que en realidad es una obra nueva. Su hermano Laureano, un gran benefactor bilbaino, recogió el manuscrito y lo hizo imprimir. Esta obra magna del Derecho civil de Vizcaya, hace mucho agotada, la ponemos hoy a disposición de quien quiera conocer nuestro Derecho civil.

Redacción

EL PODER TESTATORIO Y EL ART. 831 DEL CÓDIGO CIVIL



La colaboración entre la Academia y el Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao, permitió organizar una Jornada de mañana y tarde para analizar entre todos los efectos de la ley 41/2003 que con el pretexto de regular la situación de los discapacitados introdujo profundas reformas que afectan a todo el Derecho de sucesiones y en especial al Derecho civil de Vizcaya en una materia central en el sistema como es el poder testatorio.

El boletín recoge, en 220 páginas las deliberaciones de esta Jornada empezando por la que, a modo de ponencia base, se distribuyó con antelación a los interesados, redactada por el letrado don José Manuel Fernández Hierro bajo el título de “La reforma del Derecho de sucesiones por la ley 41/2004”

A continuación se reúnen las subponencias de los notarios don Juan Ramón Manzano Malaxecheverria y don Andres Urrutia Badiola sobre “El nuevo art. 831 del Código Civil y su repercusión en Bizkaia” que presentaron también modelos de testamento. A continuación don Alberto Atxabal disertó sobre “La fiscalidad y la reforma del Código Civil por la ley 41/2003 de 18 de Noviembre”.

En sesión de tarde moderada por don Javier Muguruza, los abogados Tatiana González San Sebastián y don Carlos Martínez Llamazares desarrollaron el tema “La práctica actual del poder testatorio” y, a continuación, don Julián Arzanegui Sarricolea presentó “Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio”. Siguió la comunicación de doña Lourdes Zubero Olaechea, jefe del impuesto sobre sucesiones de la Diputación foral de Bizkaia sobre “Fiscalidad del poder testatorio”; otra de don Javier Oleaga Echeverria sobre “El usufructo del cónyuge viudo y el art. 831 del Código Civil”, otra de don José Miguel Gorostiza sobre “El poder testatorio: un instrumento eficaz para la ordenación del patrimonio familiar” y una última de don Xabier Aurrekoetxea sobre “Las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma del País Vasco, ante el poder testatorio y la nueva regulación del art.831 del Código Civil”

La Academia agradece al Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao la colaboración prestada que promete nuevas tareas conjuntas en el futuro.

Redacción

COLECCIÓN DE JURISPRUDENCIA CIVIL FORAL (XVII-XIX)

PROCESOS CIVILES TOMADOS DEL ARCHIVO FORAL DE BIZKAIA, SECCIÓN HISTÓRICO-JUDICIAL

La Colección de Jurisprudencia Civil Foral recogerá doscientos treinta y nueve procesos civiles sustanciados ante los Tribunales Civiles de Bizkaia en los siglos XVII a XIX. Su objeto es dar a conocer la evolución del Sistema Civil Foral y recuperar el Derecho consuetudinario existente en el periodo comprendido entre el año 1526 en que se aprobó el Fuero Nuevo de Bizkaia y el año 1959, fecha de aprobación por las Cortes españolas de la Compilación de Bizkaia y Araba. La Colección nos ilustra no sólo sobre aspectos estructurales de la Administración de Justicia, sino también sobre aspectos sustantivos y procedimentales de la actuación de la Justicia Foral.

La Colección recogerá las resoluciones judiciales referentes al Derecho de la persona y la familia. Inicialmente constará de siete volúmenes distribuidos en cuatro tomos; cada tomo, excepto el primero, se compone de dos volúmenes. Hasta el momento han sido publicados los dos primeros tomos, de los que nos disponemos a dar noticia en este artículo. El tercero se encuentra en fase de publicación y el cuarto está siendo elaborado en la actualidad.

El tema principal de cada uno de estos tomos es el siguiente:

Tomo I: Selección de procesos civiles sobre diversas materias resueltos por los Tribunales Forales de Bizkaia (1635-1834). Se trata de resoluciones sobre vecindad, tutela, régimen económico familiar, etc.

Tomo II: Gobierno y bienes de los menores de edad (1642-1902). El volumen primero está dedicado a la jurisdicción voluntaria y el volumen segundo a la contenciosa.

Tomo III: Contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio, dote y pacto sucesorio (1641-1857). Se refiere a la jurisdicción contenciosa.

Tomo IV: Comunicación foral de bienes. Se dedica también a la jurisdicción contenciosa.

Para la elaboración de esta Colección se ha acudido a documentos judiciales, esto es, a fuentes materiales de aplicación del Derecho. Resulta útil esta línea de trabajo a la hora de realizar una investigación sobre el Derecho Civil de Bizkaia por los siguientes motivos:

Carecemos de una bibliografía civil histórica en la que se comenten nuestros Fueros o en la que se recopile la costumbre, de modo que los documentos judiciales nos permitan suplir esta carencia.

A través de ellos podemos conocer la evolución del sistema civil durante los siglos XVI a XX, siglos en los que se produjo un silencio legal.

Posibilitan una política legislativa expansiva por parte del Parlamento Vasco.

Debemos tener presente que, conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución española, los Parlamentos autonómicos forales

tienen competencia para desarrollar el Derecho civil. La doctrina entiende que este desarrollo no puede darse sobre cualquier objeto pero que tampoco debe quedar limitado al contenido de las Compilaciones, sino que cabe la regulación de instituciones que guarden una conexión con otras ya existentes. Esta fórmula ha sido recogida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 88/1993 de 12 de marzo (relativa a la ley aragonesa sobre equiparación de los hijos adoptivos), así como en la sentencia 156/1993 de 6 de mayo (dictada con motivo de la ley balear sobre testigos en los testamentos).

De este modo, las investigaciones sobre el Derecho histórico que saquen del olvido algunas instituciones civiles pueden lograr que éstas sirvan como instituciones conexas que legitimen al Parlamento Vasco a legislar sobre materias relacionadas, directa o indirectamente, con ellas.

Los materiales fueron tomados del Archivo Foral de Bizkaia, Sección Histórico-Judicial, Fondos del Corregimiento y Tenencia de Busturia. Cada documento fue identificado archivísticamente. En el índice de documentos seleccionados que encontrarán en cada volumen de la Colección consta el Archivo de donde se tomó, Sección, Fondo al que pertenece y signatura asignada por el Archivo.

Los documentos fueron seleccionados teniendo en cuenta la calidad de sus contenidos, así como su pertenencia a diferentes fechas y lugares.

Durante el año 1998, un equipo de investigadores transcribió estos documentos siguiendo las *Normas comunes para la publicación de textos y documentos* publicadas por el C.S.I.C. Escuela de Estudios Medievales (Madrid, 1949). Finalizada la labor de transcripción, se analizaron los documentos y se optó por solicitar al Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco la publicación íntegra de todos los procesos transcritos en colaboración con la Universidad de Deusto. De este modo, el 29 de diciembre de 2000 ambos organismos concertaron un Convenio de colaboración para llevar a cabo la tarea.

Los procesos fueron foliados respetando la foliación del documento original, al objeto de agilizar al lector el manejo de los seis índices que hemos incorporado a cada volumen:

1. Índice de documentos seleccionados con indicación de Archivo, Sección, Fondo y Signatura.
2. Índice cronológico con indicación de la materia.
3. Índice analítico.
4. Índice de normas jurídicas.
5. Índice de documentos jurídicos incluidos en los procesos.
6. Índice cronológico con indicación de las instancias judiciales intervinientes).

La iniciativa de esta investigación, la selección final de documentos y la dirección del trabajo ha sido a cargo de la Dra. Itziar Monasterio Aspiri, Profesora de la Universidad de Deusto. En la tarea de búsqueda y transcripción de documentos participaron muy activamente los doctorandos Tatiana González San Sebastián y Xavier Aurrekoetxea Aurrekoetxea.

TOMO I DE LA COLECCIÓN: SELECCIÓN DE PROCESOS CIVILES

El Tomo I de la Colección, bajo el título “Selección de Procesos Civiles ante los Tribunales Forales de Bizkaia (1635-1834)”, recoge veinticinco procesos que versan sobre materias diversas, tales como la vecindad, tutela, emancipación, contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio (dote y pacto sucesorio), régimen económico familiar o alimentos. Todos ellos tienen como denominador común el que fueron resueltos por los Tribunales Forales de Bizkaia.

La falta de unidad política del Pueblo Vasco incidió en que cada territorio estructurara sus propios Tribunales Forales, no existiendo Tribunales únicos con jurisdicción en las tres antiguas provincias. A la vista de los documentos transcritos, resulta evidente que en primera instancia era muy frecuente que las causas se sus-tanciaran ante el Alcalde del Fuero, Alcalde de la Tierra, Alcalde



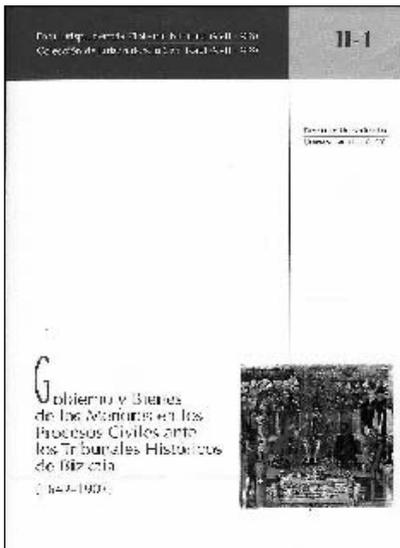
de los Concejos o Teniente de la Encartación. Asimismo, el Teniente del Corregidor o los Alcaldes de Villa fallaban en primera instancia; en grado de apelación, el Corregidor era el órgano por excelencia y el Tribunal formado por los Diputados Generales y el Corregidor adquirió una gran importancia a partir del Fuero Nuevo. En una última instancia figura el Juez Mayor de Bizkaia en la Real Chancillería de Valladolid.

El 26 de septiembre de 1835 se publicó el Reglamento provisional para la Administración de Justicia, donde se fija para toda España una organización basada en Jueces profesionales, Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo, dando comienzo con ello a la decadencia foral. Pero fue el Decreto de 29 de octubre de 1841 el que equiparó la organización judicial de las Provincias Vascongadas a la del resto de la Nación, suprimiéndose los Tribunales Forales de Bizkaia, unificando de este modo la Administración de Justicia en España. A partir de esta fecha (verdadero hito histórico en Bizkaia), los fallos fueron emitidos por los Juzgados de Primera Instancia, la Audiencia Territorial de Burgos y el Tribunal Supremo.

En el Tomo I se publica una serie de procesos sustanciados desde 1635 hasta 1834, motivo por el cual todas las resoluciones que encontramos en él fueron emitidas por Tribunales Forales, que existían desde los orígenes del Señorío. En cambio, en el volumen primero del Tomo II se recogen procesos de los años 1642 a 1902, por lo que los fallos que encontramos en ellos no en todos los casos fueron pronunciados por estos Tribunales, sino también por Tribunales de Bizkaia ya equiparados a los del resto de España; y del mismo modo en el volumen segundo, que abarca procesos fallados entre 1750 y 1887.

TOMO II DE LA COLECCIÓN: GOBIERNO Y BIENES DE LOS MENORES

El Tomo II, que lleva por título “Gobierno y Bienes de los Menores en los Procesos Civiles ante los Tribunales Históricos de Bizkaia”, recoge las instituciones de guarda de los menores de edad y consta de dos volúmenes. El primero recoge los procesos civiles resueltos en jurisdicción voluntaria, mientras que el segundo se ocupa de las resoluciones en jurisdicción contenciosa.



Los Fueros de Bizkaia y Araba (siglos XV y XVI) regulaban instituciones nucleares de la guarda de menores, tales como la tutela, curatela, emancipación, alimentos o poderío paternal, instituciones que se mantuvieron en vigor a lo largo de los siglos XVII, XVIII y XIX, siendo actualizadas mediante la costumbre, como queda demostrado con los procesos civiles resueltos en los tres últimos siglos.

VOLUMEN PRIMERO

Centrándonos en el volumen primero del Tomo II, editado en enero de 2004, recoge sesenta y ocho procesos civiles resueltos en jurisdicción voluntaria en los años 1642 a 1902. Teniendo en cuenta el tema central de estos procesos, dividiremos los expedientes en tres grandes grupos:

1) Designación de tutores y curadores testamentarios. No se encontraron documentos que recogieran la designación testamentaria de tutores a partir del año 1870; entendemos que puede deberse a la entrada en vigor el 15 de junio de 1870 de la Ley de Matrimonio civil que, en defecto de padre, atribuía la *patria potestad* a la madre, con lo que, por ley, se dio solución al problema.

En la mayor parte de los casos, el tutor testamentario era designado en testamento y, excepcionalmente, en poder testatorio, siendo frecuente que el testador designara, en unidad de acto, tutor y curador a la misma persona.

El testador-designante era el padre, la madre o ambos. El Fuero Nuevo no permitía que la madre designara tutores testamentarios, sin embargo, teniendo en cuenta que durante los siglos XVIII y XIX era frecuente que lo hiciera a la luz de nuestros documentos, podemos concluir que esa restricción legal fue eliminada a través de la costumbre.

En los supuestos en que el testador-designante era el padre, designaba a la madre como tutora-curadora única o junto a otros parientes. En cambio, si era la madre la que nombraba

tutor testamentario, no designaba siempre al padre; y, si lo hacía, realizaba una designación colectiva (salvo los casos de designación recíproca entre los padres en testamento mancomunado).

2) Nuestros documentos recogen el discernimiento judicial de los tutores legítimos, tutela que operaba por ministerio de la ley en defecto de la tutela testamentaria. Los Fueros de Bizkaia atribuían el cargo de tutor a aquel pariente más próximo al pupilo que reuniera condiciones para desempeñarlo. Como se acredita mediante los documentos de este volumen, en los Tribunales de Bizkaia era muy común el discernimiento de la tutela legítima acogiéndose al orden de delación dispuesto por el Fuero:

a) La tutela legítima correspondía en primer lugar al padre o madre supérstite. Como podemos observar, existen muy pocos documentos sobre discernimiento de la tutela legítima paterna y, por el contrario, muchos en los que se designa al padre o a la madre como tutor testamentario, lo cual nos inclina a pensar que durante los siglos XVII a XIX cada progenitor designaba al otro como tutor testamentario, probablemente para no tener que prestar la fianza exigida.

b) En los supuestos de fallecimiento de uno de los progenitores o de segundas nupcias del supérstite, operaba la delación de los abuelos por ambas líneas, paterna y materna, fundamentada en el carácter troncal de los bienes. c) A falta de éstos, se producía la delación de otros parientes.

3) Discernimiento judicial de tutores y curadores. Estos documentos nos permiten conocer el momento de la delación y sus causas, las diversas modalidades de tutela y los requisitos requeridos para el discernimiento judicial en el cargo.

El discernimiento implicaba un apoderamiento del Juez para desempeñar el cargo de tutor o curador. El cargo no implicaba sino facultades de administración de los bienes del pupilo. Para la venta o disposición de los bienes por otro último era necesario que se sustanciara ante el Juez el expediente de utilidad y que obtuviera la correspondiente licencia judicial una vez acreditada la necesidad. Con carácter previo al discernimiento, era necesaria la

elaboración de un inventario judicial de los bienes del pupilo y la prestación de una fianza que garantizara el ejercicio del cargo.

4) Expedientes de emancipación y habilitación. Según el Fuero Viejo y el Fuero Nuevo de Vizcaya el menor de edad podía solicitar al Juez su emancipación y éste se la concedería si, teniendo 18 años, consideraba que tenía el discernimiento y voluntad suficientes para regir tanto su persona como sus bienes. A la vista de los veintiún expedientes de emancipación y habilitación transcritos, podemos afirmar que esta institución estuvo vigente hasta comienzos del siglo XX (1902), siendo suprimida formalmente por la Compilación de Vizcaya de 1959.

Llama la atención cómo históricamente no existía en Bizkaia la rigidez impuesta por el Código civil en materia de emancipación, que la reduce a casos muy puntuales y en ningún caso la posibilita por iniciativa del propio menor probando su capacidad natural.

Para cerrar este tema, haremos alusión a dos procesos recogidos en este volumen: una resolución de 1895 y otra de 1902 en las que el Juez habilita a unos menores acogidos al Fuero Nuevo. Téngase en cuenta que esto demuestra la aplicación por los Tribunales del Derecho Civil Foral de Bizkaia tras la entrada en vigor del Código civil.

VOLUMEN SEGUNDO

El segundo volumen del Tomo II fue editado en octubre de 2004 y recoge treinta y nueve procesos contenciosos sustanciados ante los Tribunales Históricos de Bizkaia en el periodo comprendido entre 1750 y 1887. Atendiendo a la materia sobre la que versan, podemos distinguir cinco áreas temáticas:

1) Reclamación de alimentos entre parientes. A pesar de que la mayor parte de los procesos contenidos en este volumen se refieren a reclamaciones de alimentos, los Fueros de Bizkaia no regularon la institución de los alimentos entre parientes, si bien es

cierto que regularon detalladamente el deber de cumplimiento de los alimentos pactados y la inembargabilidad de la mitad comunicada por deudas a fin de atender los alimentos de la familia.

A la vista de los documentos transcritos, podemos afirmar que los hijos reclamaban con frecuencia los alimentos de sus padres y que en otros casos figura el sucesor bien como alimentista o bien como obligado a prestarlos. Por otra parte, para fijar el *quantum* de los alimentos, los tribunales tenían en cuenta tanto el rendimiento de los bienes del demandado como la condición del alimentista.

2) Juicios por reclamaciones al tutor. El escaso número de documentos existentes sobre reclamaciones al tutor pone de relieve que no era frecuente la denuncia de irregularidades producidas en el ejercicio del cargo. No olvidemos que el tutor o el curador prestaban fianza y al finalizar en el cargo rendían cuentas del mismo.

3) Juicios de testamentaría. Hasta el año 1860, la regla general era que si uno de los progenitores fallecía dejando hijos la herencia se mantuviera *pro indiviso* con el padre o madre supérstite, formándose entre éste y los hijos una comunidad sucesoria de bienes sin abrirse la sucesión ni iniciarse la testamentaría; el juicio de testamentaría en esta etapa histórica sería la excepción. Sin embargo, a partir de esa fecha, tras la muerte de uno de los progenitores se abría la sucesión. Este cambio pudo deberse a las modificaciones que introdujo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 en materia de tutela.

4) Juicios por reclamaciones varias en representación de los menores.

5) Juicios sobre rendición de cuentas de la tutela. El tutor solía ser el progenitor supérstite o, en su defecto, los abuelos; en estos supuestos son muy escasos los procesos de rendición de cuentas. Este tipo de juicios se daba al solicitar el menor su emancipación.

Asimismo, este volumen recoge algunos expedientes resueltos en jurisdicción voluntaria que no tuvieron cabida en el volumen primero, expedientes de tres tipos:

- De información de utilidad.
- De remoción o elección entre dos tutores.
- De discernimiento del curador ejemplar y otras tutelas.

A la vista de los documentos contenidos en el Tomo II, nos damos cuenta de que en el Derecho Civil Histórico de Bizkaia se establecían resortes a fin de que los padres, los abuelos y, en general, los tutores actuaran en beneficio del menor. Asimismo, se tenían en cuenta las capacidades y necesidades de éste, protegiendo siempre al más débil.

DESCONOCIMIENTO DE LA DIMENSIÓN REAL DEL DERECHO CIVIL FORAL DE BIZKAIA

Para finalizar, sólo nos queda hacer una llamada de atención al lector sobre el hecho de que la Ley 3/ 1992 de 1 de julio de Derecho Civil Foral del País Vasco, libro de Bizkaia, presenta una laguna legal en el área del Derecho Civil referente a la persona y la familia, por lo que, conforme al artículo 2 de la misma, se aplica el Código Civil como Derecho supletorio. En cambio, Navarra, Aragón y Cataluña, partiendo de las instituciones del Derecho Civil histórico, han regulado mediante leyes autonómicas el Derecho de la persona y la familia. Es decir, existe una enorme diferencia entre estos tres sistemas forales y el vacío legal en Bizkaia, circunstancia que nos lleva a una reflexión final: la legalidad vigente no se corresponde con las instituciones recogidas tanto el Fuero Viejo como en el Fuero Nuevo de Bizkaia y menos aún con las normas consuetudinarias que figuran en los documentos notariales y judiciales desde el siglo XVII hasta el XX, de modo que el Parlamento Vasco podrá recuperar esta parcela del Derecho Civil olvidada, área de particular actualidad, y legislar en un futuro próximo

Saioa Artiach

UNA ACADÉMICA VASCA EN EL XIII CONGRESO ESTATAL DE JÓVENES ABOGADOS

Estando concebida la Academia Vasca del Derecho como foro permanente de debate entre juristas en la tarea común de buscar una correcta aplicación del Derecho, quisiera transmitir algunos apuntes a partir del XIII Congreso Estatal de Jóvenes Abogados, celebrado los pasados días 2 a 4 de diciembre en nuestra vecina ciudad de Donosita -San Sebastián, y al que acudí como joven abogada.

Dos fueron las ponencias a debate en este Congreso. La primera relativa a “la aplicación de las nuevas tecnologías en el ejercicio de la profesión de abogado”, y la segunda sobre “propuestas de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”. En esta ocasión, y en virtud del principio de economía procesal aplicado a la lectura, me centraré en una de las ponencias: la relativa a la relación entre Derecho y Nuevas Tecnologías.

Las innovaciones tecnológicas aplicadas al ejercicio de la abogacía ofrecen indudables ventajas. Hoy en día, la búsqueda de una resolución judicial en un programa informático de jurisprudencia, o bien a través de internet, puede suponer tan sólo unos minutos de nuestro tiempo, mientras que anteriormente a los avances tecnológicos, el mismo resultado se podía obtener tras varios días de trabajo.

Tal revolución tecnológica ha facilitado la creación de una nueva especialización del Derecho: el llamado por algunos “Derecho de las Nuevas Tecnologías”, que parece erróneo pues las nuevas tecnologías al día de hoy no resultan tan novedosas (la primera conexión a internet parece que se estableció entre las Universidades de Los Ángeles y Stanford el 20 de octubre de 1969); por otros se ha denominado “Derecho de las TICs” (Tecnologías de la Información y Comunicaciones), denominación que resulta incompleta; y finalmente el “Derecho Tecnológico”, que parece una denominación más completa y acertada.

Este Derecho Tecnológico presenta una naturaleza jurídica multidisciplinar bebiendo de las fuentes tradicionales del Derecho Civil, Penal, Administrativo e Internacional Privado, y de otra normativa de nueva creación: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, la Ley de Protección de Datos y la Ley que regula la Firma Electrónica, entre otras.

Sentadas las bases de esta nueva especialidad del Derecho, su naturaleza jurídica y sus fuentes, nos preguntamos, no sólo como estudiosos del Derecho, sino como abogados en ejercicio (ya que el Foro de debate era un Congreso de Jóvenes Abogados) cómo nos afecta el nuevo Derecho Tecnológico en nuestro quehacer diario, analizando las tres nuevas leyes antes citadas.

La primera pregunta que se nos plantea es si estamos los abogados incluidos dentro del ámbito de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. El artículo 5 de la misma excluye expresamente del ámbito de aplicación de la Ley los servicios prestados por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio, salvo los anteriores si pudieran quedar incluidos dentro del ámbito de la ley todos aquellos servicios jurídicos prestados por abogados a título oneroso por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

Otro asunto relacionado con las Nuevas Tecnologías y que también preocupa a un abogado en ejercicio es la incorporación de la videocámara en el procedimiento judicial civil y penal.

Recientemente se ha introducido el párrafo 3º al artículo 229 de la LOPJ mediante la Disposición Adicional Única de la LO 12/2003, que prevé la videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurada la posibilidad de contradicción entre partes y la salvaguarda del derecho de defensa. Esta reforma se introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de su artículo 731 bis, para intervinientes en el procedimiento penal –imputados, testigos o peritos-.

La videoconferencia en el proceso civil tendrá cabida a través del artículo 109.4 de la LEC –interrogatorio de parte, testimonial y dictamen de peritos-.

Convinimos en que el uso de la videoconferencia ofrece numerosas utilidades en algunos supuestos, pero su empleo debería quedar limitado a un cumplimiento celoso de todas las garantías procesales que amparan a las partes.

La segunda ley que citaba, la referida a la Protección de Datos de Carácter Personal, mereció un tratamiento específico dentro de la Ponencia. El objeto de la LOPD es garantizar y proteger en cuanto a tratamiento de datos personales (automatizados o no) las libertades públicas, y los derechos fundamentales de las personas físicas, con especial protección al honor e intimidad personal y familiar. El bien jurídico protegido por la LOPD es pues el derecho a la intimidad; pero su objeto es tan amplio, que sobre la base de la Sentencia del Tribunal constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, se ha configurado un nuevo derecho independiente del derecho a la intimidad, y que sería el denominado “derecho a la autodeterminación informativa”, entendiéndose como el derecho que tienen las personas a decidir por sí mismas cuándo y con qué límites procede revelar datos referentes a su propia vida. El fin de tal derecho es garantizar a cualquier persona física el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, el respeto a su derecho a la vida privada, en relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Como abogados en ejercicio surge en relación con la literalidad de la Ley la necesidad de inscripción de ficheros en el Registro de la Agencia de Protección de Datos. En este punto la ponencia planteaba una posible colisión de derechos fundamentales: el derecho a la protección de datos de carácter personal con el derecho-deber al secreto profesional que ampara y obliga a abogados; puesto que el abogado no puede poner en riesgo su libertad e independencia, su lealtad al cliente, ni el secreto profesional.

Una comunicación a la ponencia introducía una reflexión concluyendo con un interrogante: ¿Será posible una interpretación extensa a los abogados de la jurisprudencia ya existente relativa a los ficheros de datos personales confeccionados por los médicos, que son considerados “ficheros domésticos” y, por tanto, no sometidos a la LOPD? El interrogante continúa abierto.

La tercera ley, citada al inicio y referida a este nuevo Derecho Tecnológico, la ley que regula la Firma Electrónica, fue objeto de una pequeña exposición teórica y de una aplicación práctica. En cuanto a la teoría, la firma electrónica permite identificar a las partes (se garantiza que los intervinientes son quienes dicen ser), garantiza que el contenido del mensaje se reciba íntegramente y sin modificaciones (en caso de interceptación no autorizada del mensaje, o intento no consentido de modificación automáticamente sería detectado), garantiza asimismo la confidencialidad (sólo podrá ser leído por su destinatario) y certifica que ha llegado a su destino, registrándose la hora exacta en que ocurrió.

La práctica vino servida de la mano de un joven compañero abogado que hizo una demostración en directo a los reunidos de una utilidad, en cuanto a solicitud de un pase administrativo, rellenando el correspondiente impreso on-line y validándolo con su firma digital reconocida e incorporada a su carné colegial.

De lo anteriormente expuesto, esta joven abogada volvió con unas nociones más claras acerca del novedoso Derecho Tecnológico como nueva especialidad asentada sobre los mismos pilares e inspirada en los principios generales del Derecho, y con una serie de interrogantes planteados dentro de la ponencia, comunicaciones o resultado de los debates; nociones e interroga-

tes que a través de estas líneas he intentado hacer llegar al resto de académicos para propiciar una reflexión conjunta ante los nuevos retos que plantean los avances tecnológicos: nuevas vías de comunicación y de interacción, y que solicitan una adecuada respuesta que habrá de llegar, como no puede ser de otra manera, a través del Derecho.

Ane Martínez

NOTICIAS INTERNAS

AKADEMIAREN ALBISTEAK

En el primer trimestre del año 2005, iniciado y finalizado con fiestas vacacionales, no ha habido lugar para realizar actos generales, y en esa tónica la Junta Rectora se ha reunido en pleno el dos de febrero, sin perjuicio de haber sido frecuentes las relaciones entre los diversos miembros de la misma.

Inicialmente se debe dejar constancia de que a fines del pasado año se publicó, con un éxito inusitado, el Boletín número extraordinario I, en el que se recogieron tanto las Ponencias como las Comunicaciones de las Jornadas organizadas el 24 de Noviembre de 2004 sobre “Derecho sucesorio: El poder testatorio y la nueva regulación del artículo 831 del Código Civil”, boletín que repartido gratuitamente a los Académicos, puede adquirirse por 5 euros/ejemplar.

La Asamblea General de la AVD – ZEA, por la razón expuesta, se celebrará en el mes de abril, acto en el que se presentará el segundo ejemplar “Clásicos de Derecho Vasco – Eukal Zuzenbiaren Klasikoak”, ya reimpresso, titulado “Actas de la sesiones celebradas (en 1900) por la Comisión Especial de Codificación del Derecho de Vizcaya”.

Así mismo, está concertada una reunión con Bizkaiko Foru Aldundia, Exma. Diputación de Bizkaia, para concretar el contenido del Convenio con dicha Entidad, para el año presente.

Están también proyectadas la realización de unas Jornadas por las Secciones de Derecho Público, y de Derecho Financiero y Tributario. La Sección de Derecho Privado prepara su discurso para una actualización del Anteproyecto (de diciembre de 2001) de Ley de Derecho Civil Vasco, en poder del Parlamento Vasco.

Finalmente, en los momentos de imprimir este Boletín, hemos de lamentar el fallecimiento, el día 3 de abril, del Académico don Fernando Zubizarreta, competente Abogado, que con el entusiasmo que le caracterizaba tanto insistía en la fundación de la ADV – ZEA, y a quien hay que reconocerle la plena calificación del concepto jurídico de “hombre bueno” que practicó constantemente.

Javier Oleaga

BOLETIN DE INSCRIPCION

A LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

Don/Doña

Que ejerce la carrera de Derecho como

O, en su caso, es Licenciado o Doctor, no ejerciente,

domiciliado en (población) (código postal)

(calle) nº (piso)

Informado de la naturaleza y fines de la ACADEMIA VASCA DE DERECHO, desea inscribirse como socio activo de dicha Asociación, obligándose al cumplimiento de los deberes sociales y al abono de la Cuota anual de 50 Euros.

Firma

Derecho Público

Derecho Privado

Derecho Financiero y Tributario

..... indicar otra Sección que se considere de interés.

Al Banco / Caja de Ahorros

Muy Srs. Míos, les ruego atiendan al pago de los recibos por cuota anual de inscripción en la ACADEMIA VASCA DE DERECHO, con cargo a mi cuenta (por favor, cumplimentar los 20 dígitos):

CCC _____

Firma

Remitir este Boletín a:

ACADEMIA VASCA DE DERECHO, Alameda Recalde, 8 – 1º dcha.

Teléfono 94 425 57 15 – Fax. 94 424 64 99

e-mail secretaria@avd-zea.com

www.avd-zea.com

48009 BILBAO

