

BOLETIN

DE LA

REAL SOCIEDAD BASCONGADA

DE LOS AMIGOS DEL PAIS

AÑO XLV

CUADERNOS 1 - 2

Redacción, Secretaría y Administración: Ramón M.^a Lili, 6 - 4.^o. 20002 San Sebastián

LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS CIVILES EN GUIPUZCOA PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Por A. NAVAJAS LAPORTE

1. Idea general

La Provincia de Guipúzcoa se encuentra enmarcada por tres territorios, Navarra, Vizcaya y Alava, en donde rige el Derecho Civil Foral. Mientras que en todo el territorio Navarro está vigente el Amejoramiento Civil, en los otros dos territorios rige derecho civil foral precisamente en aquellas zonas que limitan con Guipúzcoa. Su composición humana, social y económica es idéntica. Es más, en Guipúzcoa es donde de manera más clara se han conservado la lengua y los medios de vida tradicionales vascos. Sin embargo, en Guipúzcoa ha regido de manera oficial, hasta la entrada en vigor del Código Civil, la legislación civil castellana y al entrar en vigor el Código Civil, rigió éste. Alonso Martínez, en las discusiones preparatorias a la redacción del Código Civil, y para justificar que realmente la legislación civil castellana en materia de sucesiones no suponía ningún quebranto para la indivisión de la propiedad agraria, decía: «en Guipúzcoa, por ejemplo, rige la legislación castellana con sus legítimas y mejoras; en Navarra, hay, por el contrario, libertad de testar; en Aragón, el padre tiene la facultad de distribuir como le plazca su fortuna entre los hijos; en Cataluña, es

legítima de éstos la cuarta parte del caudal paterno y de los tres restantes dispone el padre a su albedrío. Difícilmente se podrán imaginar cuatro organismos jurídicos más desemejantes y sin embargo, en Guipúzcoa, Aragón, Navarra y Cataluña, se conserva y perpetúa del mismo modo y por idénticos procedimientos las familias y con ella la unidad agrícola, la cual no se disgrega ni fracciona a pesar de las legítimas y de las particiones que tanto preocupan, y tal espanto perturba el ánimo de los jurisconsultos forales»¹.

¿Pero realmente en Guipúzcoa ha regido la legislación castellana a lo largo de la historia de la Provincia?

Una mirada superficial pudiera darnos una respuesta afirmativa. Si confundimos el derecho con la ley, no tendríamos duda de que efectivamente en Guipúzcoa, el territorio en el que de manera más viva se ha mantenido el sentimiento de lo vasco, ha regido desde su incorporación a Castilla el Derecho Civil Castellano. Sin embargo la realidad es bien otra. ¿Cuál es pues la respuesta?

Desde luego, aquí sí que puede decirse que la realidad normativa no ha podido estar más alejada de la realidad social porque efectivamente es cierto que en Guipúzcoa ha estado presente desde el punto de vista material, en unos casos, y, formal en otros, la legislación oficial. Pero la realidad es mucho más compleja, y el afirmar como hacía Alonso Martínez, que en Guipúzcoa ha regido desde siempre la legislación civil castellana, en materia de sucesiones, es una verdad a medias; verdad, en cuanto que oficialmente y en época avanzada, los tribunales aplicaban el derecho civil castellano; afirmación errónea en cuanto que en un principio en todo el territorio se aplicaba el derecho propio, no castellano, para luego aplicarse en la realidad dos diferentes ordenamientos, eso sí, bajo el manto oficial de uno. Los juristas en nuestro método de simplificar las cosas, como dice Larenz², transformamos la realidad, la traducimos a nuestro lenguaje, creamos y plasmamos una realidad distinta. Sin embargo, al profundizar en el tejido social, podemos darnos cuenta que en nuestra construcción, sin perjuicio de existir algo de artificial, hacemos una labor de transformación, de variación de lo real. Cambiamos la realidad. Creamos una realidad nueva, la adaptamos a nuestro lenguaje y la sometemos a nuestros conceptos.

¹ ALONSO MARTINEZ, Manuel: *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Biblioteca Jurídica. Madrid, 1884 y Ed. Plus Ultra, Madrid, 1847.

² LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel. Barcelona, 1980, págs. 272 y 273.

En suma, simplificamos y con esa simplificación, no sólo nos cautiva, sino que nos lleva a crear un modelo de las relaciones sociales envasado en nuestros conceptos.

El paso de la idea al concepto, de la potencia al acto, en suma, el movimiento que supone la interpretación de la realidad para adaptarla a la norma es precisamente la labor que durante siglos viene haciendo el jurista. El paradigma jurídico trata de asumir la realidad social y no sólo explicarla, sino regularla, pero la «anomalía» obliga, en el desarrollo de la revolución científica, a revisar el paradigma originario dando origen a otro paradigma, y así sucesivamente. Si en la historia de la filosofía de la ciencia, esta dinámica se ha expresado de manera clara, lo mismo puede decirse de la historia de las revoluciones jurídicas³. Es, por tanto, necesario el pararse a examinar con frialdad la historia para poder llegar a una conclusión, aunque ésta siempre deba ser provisional.

Un análisis de la historia de la aplicación del derecho en Guipúzcoa nos mostrará cómo, en la realidad, aquella afirmación de Alonso Martínez era parcialmente errónea, y cómo, ciertamente, en Guipúzcoa hasta nuestros días han estado vivos dos ordenamientos, dos formas de entender la regulación de las relaciones civiles entre los guipuzcoanos.

Sin perjuicio de lo que en su día demostré en mi tesis doctoral sobre el particular, recientemente nuestro Tribunal Supremo ha venido a reafirmar aquella afirmación mía realizada en casi seiscientas páginas. La Sala 1 del Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de julio de 1984, declara la existencia y validez en Guipúzcoa del «pacto sucesorio» por encima de los postulados y prohibiciones del párrafo 2 del artículo 1.271 del Código Civil. De ello se han hecho eco, por su importancia, una parte de la doctrina científica, García Cantero y Arechederra⁴.

Nuestra tesis es que en Guipúzcoa han estado, a lo largo de la historia «vigentes», primero tres y luego dos ordenamientos civiles, el

³ KUHN Th.: *La estructura de las revoluciones científicas*. México, 1937.

ZULUETA PUCEIRO, Enrique: *Paradigma dogmático y ciencia del Derecho*. Editorial de Revista de Derecho Privado. Madrid, 1981.

⁴ GARCIA CANTERO, Gabriel: *Más sobre el Derecho Consuetudinario Guipuzcoano*. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984). Jornadas de Estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos. Universidad del País Vasco. San Sebastián, julio 1985, págs. 367 y ss.

ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: *Testar a la Navarra. Derecho Consuetudinario Guipuzcoano o Descodificación*. (Aportación con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984). Revista Jurídica de Navarra. Gobierno de Navarra. Pamplona, 1986, núm. 1, págs. 87 y ss.

Castellano y el originario Vasco. Si bien en apariencia, sólo está «vigente» uno, el común de la nación, la realidad es otra y ello requiere una explicación que sólo la vemos en la historia, pero no en la historia de las instituciones, sino en la historia de la formación de la provincia.

2. Desde los orígenes hasta el ordenamiento de Alcalá de 1348

En los albores del siglo XI la documentación conocida, aunque escasa, permite ver con claridad la aparición de la «tierra» de Guipúzcoa ocupando un espacio que por el oeste llega hasta el río Deva, primero integrada en el Reino de Navarra, para pasar, no sin algunas fluctuaciones, a integrarse de manera definitiva, en el siglo XIII, en el Reino de Castilla⁵.

Lo cierto es que entre los siglos XII y XIII aparecen claramente configurados en Guipúzcoa tres diferentes ordenamientos, el que corresponde a la regulación del Fuero de San Sebastián, el correspondiente al Fuero de Logroño y Vitoria y el de la Tierra Llana.

Cuando todavía en la Alta Edad Media la «tierra» de Guipúzcoa fluctuaba entre la influencia política de los Reyes navarros y castellanos, un Rey de Navarra, Sancho el Sabio, va a dar, en 1180 a San Sebastián, el Fuero de su mismo nombre⁶, que supone el instrumento de creación de la villa. Ello tiene importantes consecuencias en el plano jurídico, en el político y en el social. En el jurídico en cuanto que los habitantes de San Sebastián, van a tener un instrumento concreto normativo que permita referenciar la regulación de sus relaciones, en el plano político, en cuanto que en aquella época un instrumento de esa naturaleza no tenía sólo un carácter privado que permitiera solamente la regulación de las relaciones civiles entre los habitantes sino que también establecía el carácter o naturaleza de relación con la Corona, suponía una nueva forma de regulación, la supresión del vasallaje en el sentido feudal, tanto con la Corona como con los «terrentes» o «domini» o señores feudales, y en el plano social y económico suponía la obtención de la franqueza, porque efectivamente, el Fuero de San Sebastián, era un Fuero característico de francos, que respondía a una concreta política

⁵ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La ordenación consuetudinaria del Caserío en Guipúzcoa*. Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones. Colección Estudios, núm. 3. San Sebastián, 1975, págs. 33 y ss. y la bibliografía que se cita.

⁶ LACARRA, J. M.: *Fueros de Navarra I*. Fueros derivados de Jaca 1. Estella-San Sebastián. Pamplona, 1969.

demográfica y económica de la época. Está, todavía por estudiar si realmente con esta fundación el Rey Navarro, quiso establecer una nueva política en zona fronteriza con Castilla, para obtener el apoyo de la población, frenar el imparable avance del pujante Reino castellano cuya infraestructura jurídico política estaba basada en el reconocimiento de la libertad de los habitantes de las tierras que componían el Reino y que por ello iba obteniendo de manera paulatina el apoyo popular frente al rígido derecho feudal propio de una época que fenecía. Se trataba, en suma, de la instauración de un orden nuevo. Lo expresa de manera clara Maurice Druon, cuando pone en boca de uno de sus personajes, Carlos de Valois, estas frases: «¡Por todos los Santos! ¡Cosas extrañas acaecen en el Reino y bajo el mismo techo del Rey! La caballería se extingue, señor y hermano mío y con ella todo honor... Los legistas, «nacidos de la nada», intentaban no sé qué nuevo derecho sacado de las instituciones romanas, para reemplazar el bueno y antiguo derecho feudal: el resultado no se ha podido esperar»⁷.

Pertenece el Fuero de San Sebastián a la familia del Fuero de Estella, contiene los artículos del Fuero de Jaca que pasaron al de Estella, mezclándose con los de derecho marítimo, propio y original de la nueva población⁸. Ricardo Izaguirre y José Luis Banús han precisado con exactitud el ámbito territorial que abarcaba dicho Fuero. Era de gran amplitud y alcanzaba más de la cuarta parte de lo que hoy es Guipúzcoa⁹. Entrado el siglo XIII, el Fuero se va a extender a otros puntos de la costa por concesión de los Reyes Castellanos. En 1203, a Oyarzun y Fuenterrabía, 1209 a Guetaria y Motrico; 1237 a Zarauz; 1320 a Rentería; 1347 a Zumaya; 1371 a Usurbil; 1379 a Orio¹⁰.

A los efectos de nuestro estudio destacaremos de este Fuero tres características. La primera, que tiene pocas referencias a instituciones de

⁷ DRUON, Maurice: *El Rey de hierro; En los reyes malditos*. Javier Vergara Editores. Buenos Aires.

⁸ LACARRA, J. M.: Obra citada.

⁹ BANUS AGUIRRE J. L.: *El Fuero de San Sebastián*. 1963. El límite oriental de San Sebastián y el Puerto de Pasajes, en Homenaje a don Julio Urquijo. N. extraordinario del Bol. RSBAP III, San Sebastián, 1951, págs. 303 y ss.

IZAGUIRRE, R. de: *Historia y toponimia donostiarras*. El primer grupo de documentos referentes a San Sebastián de Hernani, en Homenaje a don Julio Urquijo. N. extraordinario del Bol. RSBAP III, San Sebastián, 1951, págs. 335 y ss.

¹⁰ GOROSABEL, Pablo de: *Diccionario histórico-geográfico descriptivo de los Pueblos, Valles, Partidos, Alcaldías y Uniones de Guipúzcoa*. Con un apéndice de las Cartas Pueblas y otros documentos importantes (Tolosa, 1862).

Derecho Privado¹¹. La segunda, su extensión territorial que, como se ha dicho en un principio, alcanzaba más de la cuarta parte de lo que es hoy Guipúzcoa, extensión que se va a ampliar de manera importante a medida que se va a ir concediendo a otras poblaciones, todas ellas de la costa o próximas a ella, lo que va a suponer la extensión de una clase o tipo de ordenamiento jurídico que, además, va a tener la característica de permitir, dado el sistema de creación del derecho que consagra, propio de la época, la autorregulación y su expansión jurídica y, en relación a esto, cabe destacar la tercera característica, que consiste en la facultad que se reconoce a los habitantes de San Sebastián de controlar, en cuanto a ellos pueda afectarles, a través del Concilium local, las actividades del Merino del Rey, cuando, siguiendo el texto de Banús, art. II, 7¹², se hace expresa mención al marco y a la recaudación de las multas: «El Merino del Reino no tiene calaña de ningún hombre de San Sebastián, sino por acuerdo de doce buenos vecinos». Nos dirá Gautier Dalche¹³ que se encuentra aquí una especie de control de las actividades de Palacio, que es rara al norte del Duero.

Lo cierto es que el Fuero de San Sebastián, estaba dirigido a regular la vida de una población exótica, proveniente de Francia, Gascones. Sus disposiciones, como hemos visto, se remiten a Estella y a Jaca; es decir, que el Fuero no es producto de la formación de la costumbre de la tierra, sino que representa un elemento nuevo que, naturalmente no regulaba todas las situaciones jurídicas que la vida social planteaba, y estas situaciones quedaban reguladas por la costumbre local y territorial que se expresarán a través de las resoluciones que dicten los tribunales que cada Fuero prevé o regula, como veremos más adelante, y que tendrán una importancia decisiva para la formación del Derecho Territorial.

Por lo tanto, en las villas acogidas al Fuero de San Sebastián, y en todo el término de su jurisdicción, el Concilium local aplicará como norma de primer rango el Fuero de fundación, es decir, el Fuero de San Sebastián, y a falta de norma escrita será la costumbre la que regulará

¹¹ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La Ordenación...* Obra citada y la bibliografía que se cita.

¹² BANUS AGUIRRE, J. Luis: *El Fuero...* Obra citada.

NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *El concepto del Derecho en el Fuero de San Sebastián*. En el Congreso: El Fuero de San Sebastián y su época. Donostiako Forua eta Bere Garaia. Eusko Ikaskuntza. Sociedad de Estudios Vascos. San Sebastián, 1982.

¹³ GAUTIER DALCHE, Jean: *Historia Urbana de León y Castilla en la Edad Media*. Siglos IX-XIII, Siglo XXI S. A., 1979, págs. 255 y ss.

las situaciones jurídicas. En este sentido indica Lalinde¹⁴, que el derecho supletorio de esta zona será el Fuero de Albedrio al producirse la incorporación al Reino, de Castilla la Alta y Rioja, ya que en estos territorios estaban muy afectos al Fuero de Albedrio sistema que insparará su derecho, en principio.

Paralelamente a la instauración del ordenamiento, que implanta en parte de Guipúzcoa el Fuero de San Sebastián, se va a producir la entrada en la escena jurídica guipuzcoana del Fuero de Logroño y Vitoria. En 1092 es repoblada Logroño por García Ordoñez, otorgándole en 1095, Alfonso VI un texto que, en palabras de Martínez Marina, debe reputarse en cierto modo, por cuaderno legislativo de las villas y lugares de la Rioja y Provincias Vascongadas¹⁵. El Fuero de Logroño significa el paso de la villanía a la franqueza, igualándose todos los vecinos en la posesión de las tierras de dominio real. Este fuero pertenece al grupo de los Fueros breves. Contiene algunas materias de derecho privado, pero no contiene disposiciones de derecho sucesorio a diferencia del de San Sebastián.

En 1191 Sancho el Sabio de Navarra repobló Vitoria, dándole por idénticas o parecidas razones que hemos dicho antes, respecto de San Sebastián, un fuero derivado del de Logroño. Señala Lacarra que esta fórmula de Vitoria alcanzó éxito en el siglo XIII, y se va a ir extendiendo a otros lugares y concretamente por la zona interior de Guipúzcoa¹⁶. Tolosa lo recibe el 23 de septiembre de 1256¹⁷; Mondragón en 1260¹⁸; Bergara en 1258¹⁹; Villafranca de Guipúzcoa en 1268²⁰; Deva en 1294²¹; Azpeitia en 1315²²; Elgueta en 1335²³; Villarreal en Guipúzcoa en 1383²⁴; Elgoibar recibirá en 1346 el Fuero de Logroño²⁵.

¹⁴ LALINDE ABADIA, Jesús: *Iniciación histórica al Derecho Español*. Barcelona, 1970, págs. 155 y ss.

¹⁵ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La Ordenación...* Obra citada, pág. 36.

¹⁶ LACARRA, J. M.: *Notas para la formación de la familia de Fueros Navarros* (AHDE, 1933). ECHEGARAY, Bonifacio de: *Eficacia de la Carta Puebla de Tolosa de 13 de septiembre de 1256*, págs. 127-144.

¹⁷ AGUD QUEROL, Manuel: *La Carta Puebla de Mondragón*. Bol. RSBAP XVII-22, 1961, págs. 153-163. MARTINEZ DIEZ, Gonzalo: *Alava, Desarrollo de las villas y fueros municipales*. Siglos XII-XIV AHDE, 1971.

¹⁸ LACARRA, J. M.: *Notas*. Obra citada.

¹⁹ LACARRA, J. M.: *Notas*. Obra citada. Gorosabel P. Diccionario.

²⁰ LACARRA, J. M.: *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario. Obra citada.

²¹ LACARRA, J. M.: *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario. Obra citada.

²² LACARRA, J. M.: *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario. Obra citada.

²³ LACARRA, J. M.: *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario. Obra citada.

²⁴ LACARRA, J. M.: *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario. Obra citada.

²⁵ LACARRA, J. M.: *Notas*. Obra citada. Gorosabel. Diccionario. Obra citada.

Dice Lacarra que «los pueblos a quienes se otorgaba el Derecho de Vitoria se entendía que disfrutaban también del de Logroño, ya que aquél no era más que una reducción o variante de éste²⁶.

Al tratarse de un fuero breve, y no contener normas de derecho privado o ser estas insuficientes, se solicitará de la Corona su complemento y Alfonso X el Sabio concederá a los vitorianos, a petición de éstos, como derecho supletorio de su Fuero, el Fuero Real, de tal manera que esta concesión afectará a todas aquellas villas que tenían como fuero el de Vitoria, si bien debe entenderse que esta modificación afectará tan sólo al derecho privado, al penal y al procesal de los lugares a los que se concede, pero no afectará al derecho público de la comarca, según señala García Gallo²⁷.

Por lo tanto a través de la concesión del Derecho de Vitoria en las poblaciones guipuzcoanas, en el siglo XIII y XIV se irá introduciendo el Fuero Real²⁸. Este cuaderno legislativo fue redactado entre 1252 y 1255 desconociéndose su redactor. No se promulgó con carácter general, sino para concederlo como fuero local a aquellas poblaciones que carecen de fuero propio, o tienen uno que no satisface plenamente a las circunstancias del momento, en donde se otorgará con el carácter de supletorio²⁹. Con este último carácter, como se ha dicho, es otorgado a Vitoria y a las villas guipuzcoanas fundadas al Fuero de Vitoria, por lo que, en esta época y para estas villas tendrá el carácter de derecho local y supletorio.

Pero la geografía guipuzcoana a lo largo de los siglos XII a XIV se va poblando con villas, lo que significa que antes de que a las poblaciones se les otorgara el fuero, existía allí un caserío o agrupación humana cuyo status jurídico-político vamos a tratar de examinar brevemente.

Como se ha dicho antes, el año 1180, según Lacarra se produce la fundación de la villa de San Sebastián, y el año 1461, Enrique IV de Castilla da el fuero de la villa donostiarra a Alería, lo que supone un lapso de tiempo de 281 años. Es decir que durante ese tiempo y de manera paulatina se va a ir produciendo el repliegue de la autoridad real, representada por los oficiales del Rey, en favor de las autonomías

²⁶ LACARRA, J. M.: *Notas*. Obra citada.

²⁷ GARCIA GALLO, Alfonso: *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid, 1964.

²⁸ LALINDE ABADIA, Jesús: *Iniciación...* Obra citada, págs. 156 y ss.

²⁹ SANCHEZ ROMAN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*. I. Madrid, 1889, págs. 279 y siguientes.

municipales³⁰. La Tierra Llana que todavía aparece reseñada en el Cuaderno de Hermandad de 1397 va siendo invadida por la jurisdicción de las villas integrándose en éstas, lo que significa que durante ese tiempo conviven en el territorio guipuzcoano tres ordenamientos jurídicos distintos, el de las poblaciones regidas por los oficiales del Rey y por tanto sometidas de manera oficial a la jurisdicción real, afirmación esta que debe hacerse con ciertas matizaciones, en cuanto que no cabe confundir jurisdicción con derecho y el que corresponde a las villas con sus dos diferentes planteamientos, Fuero de San Sebastián y Fuero de Vitoria, pero todos ellos con un derecho supletorio común, el Fuero Real.

En una primera época Guipúzcoa estaba integrada bajo la jurisdicción del Adelantado Mayor de Castilla. Con Alfonso X, en 1243 aparece el primer Adelantado Mayor de Guipúzcoa, Diego López de Salcedo (1253-1265). Más adelante aparecen como Merinos mayores de Guipúzcoa, García López de Ayala, en 1473; Pedro Manrique 1366; Pedro López de Ayala 1389; 1437, 1454, Fernán Pérez de Ayala 1411.

Hasta 1272 no se tienen noticias de los oficiales que dirigen la Administración Territorial de Guipúzcoa, ni tampoco se sabe en esa fecha si el Merino u oficial del Rey era privativo de Guipúzcoa o común a Alava, y Guipúzcoa como titular de la Merindad «allende el Ebro». Sin embargo, ya en 1272 sabemos que Alava y Guipúzcoa se constituyen en «adelantamiento mayor», dependiendo directamente del Rey, siendo su titular Diego López de Salcedo. Dos años más tarde, en 1284 desaparece ese adelantamiento mayor de Guipúzcoa, restaurándose lo que parece era la situación anterior, encontrándose en la documentación de la época referente a Guipúzcoa, que la jurisdicción en la tierra o merindad de Guipúzcoa corresponde al adelantado Mayor de Castilla, Sancho Sánchez de Velasco (1302-1311), siendo sustituido con Alfonso XI, por el Merino Mayor Garcilaso de la Vega.

Nuevamente en 1317 y 1319 Guipúzcoa constituirá una merindad propia entregada a Gómez Gamello, pero otra vez, en 1319 la justicia de Guipúzcoa, aparece encomendada a don Juan, hijo del infante don Juan y tutor del Rey, quien confía el ejercicio de esa justicia a don Juan Sánchez de Salcedo, con el título de justicia, volviéndose, con la mayoría de Alfonso XI, a la estructura del merindazgo mayor de Castilla, que se vuelve a extender hasta al Bidasoa.

³⁰ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *Aproximación a las instituciones jurídicas guipuzcoanas*. Siglos XII a XVIII, Bol. RSBAP año XXXVIII, San Sebastián, 1982.

La Constitución definitiva del merindazgo Mayor de Guipúzcoa aparece en 1385 y será Ladrón Vélez de Guevara quien ostentará el título de Merino Mayor de Guipúzcoa, independizándose por tanto, a partir de entonces Guipúzcoa como merindad sin interrupción alguna.

Interesa resaltar aquí que la jurisdicción de los Merinos se extiende sobre toda la Tierra de Guipúzcoa, con la excepción de los términos correspondientes a las villas, donde la jurisdicción correspondía a las autoridades municipales, de tal forma que, a medida que se van fundando más villas va decreciendo el ámbito territorial de jurisdicción del Merino hasta que, a finales del siglo XIV, el Merino no tendrá término donde ejercer jurisdicción, situación que se inicia en 1344 cuando se empieza a extender el estatuto jurídico de las villas a las zonas comarcables y se consolida en 1397, fecha en la que se puede considerar que las 24 villas y Oñate cubren la totalidad de la jurisdicción de la Provincia, y culmina con la definitiva integración, en 1461, de Alería en la Provincia, a petición de las Juntas Generales de la misma. En aquella fecha las juntas de la Provincia solicitan del Rey la concesión a Alería del derecho a integrarse a las juntas de manera definitiva, según se puede leer en el privilegio de fundación de la alcaldía de Alería, en donde el Rey hace constar que: «Los procuradores de muchas villas de Guipúzcoa reunidos en Junta General en Vergara acordaron solicitar del Rey que Alería que acudía con su representación desde tiempo inmemorial a dicha junta, a integrarse de manera definitiva en la misma.»

Por lo tanto desde la primera fundación en 1180 hasta la definitiva integración de la alcaldía de Alería en 1461 a la Provincia, concurren o existen en Guipúzcoa dos diferentes jurisdicciones, de las villas y de la Tierra Llana.

La Tierra Llana, según el sistema de la época no tiene un derecho particular recogido. La jurisdicción la ejercen los oficiales del Rey y éstos aplicarán el derecho de la tierra y en lo que éste no establezca, aplicarán el Derecho Real

Coexisten por lo tanto en esta época, tres ordenamientos: el que surge del Fuero de San Sebastián, el que surge del Fuero de Logroño-Vitoria y el que es propio de la tierra, si bien esos ordenamientos van a pertenecer a dos sistemas distintos de creación del derecho.

Ahora bien, existiendo tres ordenamientos distintos, sin embargo el sustrato general de todos ellos es el mismo, el derecho de la tierra, en cuanto se refiere al derecho civil, será el derecho originario. Ya hemos dicho que el Fuero de San Sebastián contiene muy pocas disposiciones

de derecho privado, que el contenido del Fuero de Logroño en esa materia es prácticamente inexistente, por lo que no existiendo en un primer momento norma de derecho civil que regulara la situación de los moradores de las villas ni de la Tierra Llana, el derecho civil que se aplicará, el que servirá para regular las relaciones civiles y por tanto los conflictos civiles que vayan surgiendo serán el derecho consuetudinario, bien sea el existente o el que se vaya creando a través de las resoluciones del Concilium de cada villa o el que surja de las resoluciones de los oficiales del Rey en la Tierra Llana, oficiales que en un principio aplicarán, a falta de norma del Derecho Real escrito, el derecho de la tierra.

Sin embargo la entrada en escena del Fuero Real como derecho supletorio o complementario del Fuero de Logroño-Vitoria va a producir el efecto de desplazar de manera paulatina al derecho consuetudinario, creándose una situación de progresiva aculturización jurídica³¹, es decir, no sólo de desplazamiento del derecho no escrito por parte del derecho escrito, sino de su implantación, sin arraigo en un medio cultural que no le es propio. La supervivencia en Guipúzcoa, a pesar de ese fenómeno aculturizador de manifestaciones consuetudinarias que ha pervivido hasta nuestros días, es un ejemplo palpable.

Pero hemos dicho, además que, a pesar de que coexisten tres diferentes ordenamientos en esta época anterior al Ordenamiento de Alcalá de 1348, coexisten dos sistemas de creación del derecho diferentes, al menos en el plano oficial, en cuanto que, y ello lo desarrollaremos más adelante, en esa época la característica fundamental de la fijación del derecho, en el antiguo Derecho Castellano, Navarro y Aragonés, durante los siglos VIII al XIII, hoy nos son claramente conocidos, después de las aportaciones de Galo Sánchez, Lacarra, Lalinde y Pérez Prendes³² y esta característica fundamental está en la carencia de leyes con valor territorial y en el valor predominante, según Pérez Prendes³³ de la intervención de la comunidad a través del Concilium o asamblea judicial en la creación del derecho, así como en la falta de redacciones extensas y completas del derecho local.

³¹ PAPACHRISTOS, A. C.: *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*. París, 1975.

CARBONIER, Jean: *Sociología Jurídica*. Tecnos. Madrid, 1977.

³² NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *Aproximación a las instituciones...* y las obras citadas.

³³ PEREZ PRENDES y MUÑOZ DE ARRAUCO, J. M.: *Derecho y Comunidad desde el ángulo histórico*. Rv. Universidad de Madrid, V. XIII, núm. 46, 1963.

A lo largo del proceso que hemos visto desarrollarse hemos podido observar, cómo precisamente el territorio sometido a la autoridad de los oficiales del Rey, cuya función era principalmente judicial³⁴, va decreciendo en favor de la extensión de la jurisdicción de las villas y por tanto, podría decirse, en favor del derecho originario, si bien nos encontramos que a la vez que va produciendo ese retroceso de la jurisdicción de los oficiales del Rey, éste va a ir introduciendo el derecho real como sustrato jurídico del derecho de las villas produciendo el paulatino desplazamiento del derecho originario, de tal forma que el Concilium, al crear el derecho podrá, eso sí, basarse en el precedente o en la costumbre, pero ya tiene como punto de referencia a la norma escrita, que como tal es más fácil de ser conocida, introduciéndose de esa forma el derecho real, que irá desplazando el derecho originario local y creando un nexo de unificación jurídica en todo el territorio. De todas formas este proceso de aculturización, por un lado, y de igualación y homogeneización por otro, no se produce de una sola vez, sino de manera lenta, y si en un principio la mano de la Corona va apareciendo de manera cauta, dando su derecho como subsidiario o complementario, en el siglo XIV la intención se verá de manera clara en el Ordenamiento de Alcalá de 1348.

3. Desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348 hasta la unificación jurídica de la provincia de Guipúzcoa

Según Galo Sánchez³⁵ el año 1348 fue aprobado en las Cortes de Alcalá de Henares, presidida por Pedro I, el Ordenamiento de Alcalá. Este texto legal supone un giro de ciento ochenta grados en la acción política castellana³⁶, en cuanto que a este texto legal se le va a dar el carácter de norma general aplicable en todo el Reino. De esta forma se produce una variación sustancial en la política legislativa, pues como se ha visto, hasta ese momento, los reyes no legislaban con carácter general, sino de manera particular. El Ordenamiento en cuestión supone principalmente un cambio en el orden de prelación de las fuentes del derecho. Así, en el libro I, título XXVIII, se establece que la fuente primera del derecho en Castilla, en el que está integrado Guipúzcoa,

³⁴ HAYEK FRIEDERICH, A.: *Derecho, legislación y libertad*. V.I. Normas y orden. Unión Editorial. Madrid, 1978, págs. 135 y ss. nota 2 y la bibliografía que cita.

³⁵ SANCHEZ GALO: *Sobre el ordenamiento de Alcalá de 1348 y sus fuentes*. R.D.P., 1922, págs. 353 y ss.

³⁶ SANCHEZ GALO: *Sobre el ordenamiento...* Obra citada.

será el Ordenamiento de Alcalá, y lo que por él no se pudiera resolver: «que se libre por los Fueros; et lo que por los Fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas». La Ley II, título XXVIII, ordena que las leyes de este libro «deven ser guardadas en todos los Reinos y tierras del sennorio del Rey; et que los deven facer guardar cada uno en las villas e lugares do han sennorio, et como las penas pertencen al sennor en su lugar»³⁷.

Por lo tanto se introducen dos importantes novedades que varían de manera sustancial al ordenamiento jurídico existente hasta ese momento. La primera, ya apuntada, establecida a través de una normativa de carácter general, consistente en el establecimiento de las bases para la unificación jurídica. El Ordenamiento de Alcalá, será una norma de carácter general aplicable en todo el Reino. Si bien se respetan los Fueros Municipales, éstos pasan a ser norma de segundo grado completados por el Fuero Real y las Partidas, como normas de tercer grado. La segunda consecuencia de igual trascendencia, será la de la unificación de la jurisdicción cuando dice: «et como las penas pertenecen al sennor en su lugar», de tal manera que de esta forma se modifica sustancialmente el sistema de aplicación del derecho en cuanto que, el Rey, bien directamente, o, a través de sus oficiales, serán los que apliquen el derecho. Con ello se culmina la política de atracción al Rey de la jurisdicción iniciada por Alfonso XI³⁸.

Hasta ese momento y en lo que se refiere a la jurisdicción establecida en los Fueros Municipales de las villas guipuzcoanas, eran los tribunales de las villas los que aplicaban el derecho, bien directamente, bien en apelación, concretamente en las villas fundadas al Fuero de San Sebastián, las apelaciones de las resoluciones dictadas por el Concilium municipal, se veían ante el Concilium donostiarra³⁹. Desde este momento las apelaciones se verán ante al Tribunal del Rey. Ello tiene especial trascendencia ya que, lógicamente, los tribunales del Rey formados en las universidades romanizadas, aplicarán el derecho erudito, el Fuero Real, y las Partidas, teniendo en cuenta además, la escasez de normas de derecho privado de los Fueros Municipales. Cuando en éstos no se

³⁷ SANCHEZ GALO: Obra citada.

NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La ordenación...* Obra citada, págs. 41 a 54.

³⁸ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *Aproximación a las instituciones...* Obra citada, y *Aproximación a la Historia de la formación del Derecho Territorial del País Vasco*. Eusko Ikaskuntza. Sociedad de Estudios Vascos, 1984.

³⁹ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *El concepto del Derecho...* Obra citada y *Aproximación a las instituciones...* Obra citada.

encuentre norma expresa que regule la situación que se enjuicia, se aplicará el Derecho Real que pasa a ser común. Por lo tanto el inicio de la unificación jurídica en Castilla se va a ir produciendo desde dos órdenes distintos. Por un lado, por vía normativa, el Ordenamiento de Alcalá. Por otro, por vía de aplicación del derecho, a través de las sentencias que dicte el Tribunal del Rey que aplicará los Fueros Municipales cuando éstos contengan norma expresa que regule el caso, que será la situación menos frecuente, y en defecto de norma municipal, se aplicará el Fuero Real y las Partidas.

A ello debe unirse el hecho de que escribanos y abogados utilizarán en la práctica forense y notarial el derecho erudito, el Fuero Real y las Partidas. Según se desprende del análisis de los protocolos guipuzcoanos⁴⁰.

Por otra parte y para evitar cualquier duda sobre la aplicación de este ordenamiento en Guipúzcoa, la Ley VII, del título XX se refiere de manera concreta al cumplimiento por parte de los adelantados y Merinos Mayores de Castilla, León, Galicia, Asturias, Alava y Guipúzcoa, de determinadas disposiciones referentes a los mismos⁴¹.

Por lo tanto, la aparición en la escena jurídica de este ordenamiento produce, de forma definitiva, la unificación formal de los ordenamientos jurídicos existentes en Guipúzcoa así como el cambio de orden en la prelación de las fuentes del derecho. Los Fueros o normas locales, la costumbre, dejan paso al Ordenamiento y se mantienen en segundo lugar juntamente con el Fuero Real, que se equipara a las normas locales, ya que fue otorgado como tal, según se expresa la Ley I, título XXVIII. En tercer lugar estarán las Partidas⁴².

En su consecuencia, desde esa fecha, el Fuero Real, los Fueros Municipales, es decir, la normativa local, tendrán el carácter general de fuente supletoria o de segundo grado, en la comarca, donde se aplican. En defecto de normas del Ordenamiento de Alcalá, tendrán en dicha comarca el carácter de norma supletoria de primer grado⁴³.

Pero no hay que olvidar otro efecto sustancial. Hasta ese momento el derecho era esencialmente un derecho producido por las resoluciones judiciales. Los Reyes no han legislado con el carácter general, y el

⁴⁰ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La ordenación...* Obra citada.

⁴¹ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La ordenación...* Obra citada.

⁴² NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La ordenación...* Obra citada.

⁴³ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La ordenación...* Obra citada.

derecho era creación fundamental de los jueces. No existía, en la Guipúzcoa municipal, una vinculación de la jurisdicción local a la real, a diferencia de la existente en la Tierra Llana. El Concilium municipal de San Sebastián era la segunda instancia en las apelaciones de las resoluciones dictadas en los municipios fundados conforme a dicho Fuero. Desde ese momento hay una unidad de jurisdicción y serán los oficiales del Rey los que verán las apelaciones, en todo caso. Es el inicio del cierre del círculo de la unificación jurídica. Desde ese momento habrá una legislación general y una sola jurisdicción para todo el Reino⁴⁴.

Ahora bien no hay que olvidar que la recepción es un método legislativo que se dirige a la reforma del sistema jurídico existente⁴⁵. La primera conclusión que se extrae del examen de los fenómenos de la recepción, dice Papachristos⁴⁶ es la constatación del papel orgánico que el derecho recibido asume en el seno del medio social receptor. La recepción no resulta ni de una tendencia natural de los derechos a reconciliarse, ni de la voluntad de un cuerpo social a imitar el modelo jurídico extraño. Las causas de la recepción se encuentran en el medio receptor⁴⁷. Las transformaciones socioeconómicas que han tenido lugar en este medio hacen necesario el cambio del derecho existente; por consecuencia, es la voluntad de introducir un sistema jurídico probado, dirigido a reemplazar las estructuras jurídicas preexistentes, lo que explica la recepción⁴⁸.

Según estas ideas la recepción del derecho nuevo y foráneo con el progresivo desplazamiento del derecho hasta entonces existente, es no sólo producto de un cambio de la superestructura jurídica impuesta desde los entes políticos del poder, sino que ese cambio cualitativo está determinado, a su vez por las transformaciones de la infraestructura económica y social, correspondiendo a un estado más avanzado de las condiciones socioeconómicas.

Resulta evidente, utilizando las modernas aportaciones metodológicas de la sociología jurídica, que a la hora de producirse el fenómeno que venimos estudiando, no pueden ignorarse los condicionamientos socioeconómicos existentes en el territorio guipuzcoano si queremos

⁴⁴ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *Aproximación a la Historia de la formación del Derecho Territorial del País Vasco*. Obra citada.

⁴⁵ PAPACHRISTOS: Obra citada.

⁴⁶ PAPACHRISTOS: Obra citada.

⁴⁷ PAPACHRISTOS: Obra citada.

⁴⁸ PAPACHRISTOS: Obra citada.

encontrar una respuesta coherente a las situaciones que, en esta época, se manifestaran en Guipúzcoa. Porque hasta ahora hemos explicado de manera lineal el proceso de modificación paulatina de la superestructura jurídico-política que se está produciendo en el medio en el que la recepción del derecho real romanizado se introduce con el progresivo desplazamiento del derecho originario o preexistente. Sin embargo, hay un hecho históricamente constatado, como es el de la existencia, en esta época de una clara convulsión social y económica en la que luego será la Provincia de Guipúzcoa. La historia nos enseña que no hay convulsiones sociales casuales, sino que éstas son causales. ¿Cuál es la causa de la profunda convulsión social que se padeció en Guipúzcoa en esta época? Quizá una de las causas que lo explique pueda encontrarse en la confrontación entre derecho viejo y derecho nuevo. Lo cierto es que la recepción del derecho nuevo, la progresiva extensión de la superestructura jurídico-política de su influencia en la transformación de la estructura socioeconómica no es recibida de manera pacífica. Las luchas de bandos, si bien se manifiestan, en un primer momento, en una confrontación villas-tierra llana, luego se trasladan al interior de las villas⁴⁹. En este último estadio la superestructura jurídico-política Real se ha establecido, pero ello no quiere decir que haya sido pacíficamente aceptada. Se tardarán varios siglos para que esa implantación del derecho nuevo, esa recepción del derecho foráneo produzca la casi total aculturización. Será necesaria una solución que en Guipúzcoa se expresa con el total desplazamiento oficial del derecho viejo aunque éste siga, de hecho, subsistente en determinados «nichos» o zonas donde la infraestructura socioeconómica mantenga la vieja y secular composición o forma. El período más agudo de confrontación y resistencia, que se desarrolló entre los años 1397 a 1583, coincide con el de la formación institucional de la Provincia y con ello el de la transformación radical de la superestructura jurídico-política, la recepción total del derecho nuevo, el desplazamiento oficial del derecho viejo del que quedarán unos restos cuya supervivencia, dentro de un sistema que le será ajeno, sólo será posible mediante una adaptación traumática con la pérdida de su esencia. Sin embargo todavía y cuando ya la Provincia está constituida y, por tanto, la nueva superestructura consolidada, se producirán algunas reacciones para tratar de hacer viable, por vía de transacción, la compatibilidad del derecho nuevo y el viejo, sin que ello sea alcanzado, con la pérdida de sustancia de este último que tratará de sobrevivir mediante la adaptación a la

⁴⁹ CARO BAROJA, Julio: *Vasconiana*. Estudios Vascos III. Editorial Txertoa. San Sebastián, 1974, pág. 51.

nueva realidad superestructural. Por lo tanto mientras que el derecho nuevo se impone por la casi general existencia de las condiciones idóneas en el medio receptor, es lo cierto que este medio no es homogéneo en su totalidad, en cuanto que existirán parcelas del mismo en las que las condiciones socioeconómicas son ajenas al modelo jurídico que se ha impuesto. Uno y otro responden a un distinto espíritu y a unas diferentes necesidades sociales y distintas concepciones de la vida ⁵⁰.

Se ha venido afirmando, no sin razón, que el conflicto y confrontación en que vive Guipúzcoa durante doscientos largos años es un conflicto social ⁵¹, pero me parece que su significación es más amplia, en cuanto que tiene una significación esencialmente política. Conviene, sin embargo, para entender el alcance que damos al término político, el clarificar el concepto desde una posición científica. Indica *Freund* ⁵² que política y sociedad no se sitúan sobre un mismo plano, es decir, que su relación con respecto del hombre es diferente. La política es una esencia y como tal da lugar a una actitud específica indefinida. Druon pone en boca de Felipe el Hermoso esta frase que resume la esencia de la política: gobernar es una obra sin final ⁵³. Y por otra parte indica *Freund* ⁵⁴ la sociedad, al contrario es una condición esencial que impone al hombre, como todo medio, una limitación.

La sociedad en sentido general, es el dato de la política, en cuanto que es la materia, a la que la actividad política da una forma y, en sentido particular, en cuanto que toda teoría política parte del estado históricamente dado de la sociedad para elevarse bien a una unión más general de la política, para encontrar los motivos de transformar la sociedad. Por ello, dice *Freund* ⁵⁵ toda acción política concreta, de un hombre político, consiste en preservar o modificar el estado de la sociedad que le es históricamente dado y a la cual pertenece.

⁵⁰ PAPACHRISTOS: Obra citada.

⁵¹ FERNANDEZ DE PINEDO, E.: *¿Lucha de bandos o conflicto social? La Sociedad Vasca rural y urbana en el marco de la crisis de los siglos XIV y XV*. Bilbao. Publicaciones de la Excma. Diputación Provincial de Vizcaya, 1975.

AROCENA, Ignacio: *Los Banderizos Vascos*. Bol. RSBAP. XXV, 1965.

FERNANDEZ ALBADALEJO, Pablo: *La crisis del antiguo régimen en Guipúzcoa 1766-1833, cambio económico e histórico*. Alkar. Madrid, 1975.

⁵² FREUND, J.: *L'Essence du politique*. Sirey. París, 1986.

⁵³ DRUON, Maurice: *El Rey de Hierro. Los Reyes Malditos*. Javier Vergara Editores. Buenos Aires.

⁵⁴ FREUND, J.: *L'essence...* Obra citada.

⁵⁵ FREUND, J.: *L'essence...* Obra citada.

Desde este punto de vista el conflicto existente en Guipúzcoa es más que social, político, y es, en cierta medida el enfrentamiento entre dos concepciones diferentes de la sociedad política. Por un lado la de aquellos que, apoyados por la Corona tratan de imponer el nuevo orden basado en el derecho real, tratando de homogeneizar a la sociedad y de otro el de los que tratan de resistir ese ámbito y quieren mantener un tipo de sociedad ajeno al derecho que se trata de imponer. Aquí el derecho será un instrumento de la política que tratará de homogeneizar a la sociedad, empeño que si bien se logra desde el punto de vista de la superestructura, no se alcanza en su totalidad. Efectivamente, la Provincia se consolida y como instrumento de la Corona logra la pacificación del territorio obteniendo, a cambio el reconocimiento por parte de la Corona, principalmente por Enrique IV de Castilla, un status de máxima autonomía, con poderes propios y compartidos con la Corona⁵⁶. Si bien la Provincia⁵⁷ se va a constituir en un cuerpo intermedio entre el soberano y los guipuzcoanos con unos poderes amplios, la Corona, salvo en casos tasados y excepcionales, va a mantener el control de la jurisdicción, la fiscalización de la actuación política de la Provincia. La figura del Corregidor será la manifestación permanente de la presencia de la soberanía de la Corona en la Provincia. Pero el efecto fundamental para el objeto de nuestro estudio está en que en materia de derecho civil el derecho real se extiende como derecho formal a lo largo y a lo ancho del territorio provincial. Cuando la situación se estabiliza y se establece el equilibrio, los ánimos se serenán y se quiere reaccionar es tarde. Los sucesivos cuadernos de Hermandad y la recopilación foral de los Fueros 1696⁵⁸ no recogerán la aspiración de los guipuzcoanos de tener un particular derecho privado o civil en la Provincia, aspiración manifestada principalmente a partir del siglo XVII por las Juntas Generales⁵⁹.

En la Provincia de Guipúzcoa regirá formalmente la Ley General Civil del Reino, pero en aquellas zonas donde la recepción se ha producido con hostilidad por no responder el derecho recibido a la esencia de la sociedad a la que trata de homogeneizar se manifiesta una

⁵⁶ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *Aproximación a las instituciones jurídicas...* Obra citada.

⁵⁷ MARAVAL, José Antonio: *El concepto de España en la Edad Media*.

⁵⁸ GOROSABEL, P. de: *Noticia de las cosas memorables de Guipúzcoa (Descripción de la Provincia y sus habitantes, expresión de las Instituciones, Fueros, Privilegios, Ordenanzas, Leyes*. Reseña del Gobierno Civil, eclesiástico y militar; idea de la Administración de Justicia. Bilbao, 1967.

⁵⁹ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La ordenación...* Obra citada.

clara resistencia material. Pero la realidad es que el derecho viejo se va a ver obligado a sobrevivir utilizando el ropaje del derecho oficial y formal, lo que al obligarle a la consiguiente adaptación conceptual, va a ir perdiendo sustancia y sufre una transformación, que se manifestará cada vez que se produzca un cambio en la legislación oficial, viéndose obligado a adaptarse a las formas y conceptos de ésta. La costumbre guipuzcoana en el ámbito civil, manifestada a partir de la Edad Moderna, principalmente en el ámbito rural, ha dejado de ser derecho para convertirse en uso, en orden consuetudinario, que se mantiene vivo, incluso cuando entra en vigor el Código Civil de 1889. Sin embargo esa costumbre irá perdiendo sustancia con la profunda transformación que va a sufrir la sociedad guipuzcoana con la entrada en escena de la industrialización. Ya, cuando la Diputación Provincial de Guipúzcoa intenta, en el decenio 1920-1930, el institucionalizar lo que queda de la expresión del viejo derecho, lo va a tratar de hacer desde otra perspectiva distinta a la secular, tratando de adaptarlo a la nueva realidad socioeconómica que empieza a florecer. Pero el anteproyecto es mal entendido o quizá es, para el momento, más avanzado o progresista, y una vez más se fracasa en el intento de institucionalización del derecho civil originario guipuzcoano⁶⁰, y la elevación al rango de ordenamiento jurídico formal el que rige como material, en núcleos o nichos del territorio guipuzcoano.

Nuevamente la cuestión vuelve a plantearse con la redacción que el Estatuto de Autonomía de 1979 da a la competencia de la Comunidad Autónoma Vasca en materia de derecho civil, en su artículo 10.5 que permite la institucionalización de la costumbre civil guipuzcoana y la recuperación del sistema de fuentes del derecho que pueden entenderse propias.

4. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DOS ORDENAMIENTOS VIGENTES EN EL TERRITORIO HISTÓRICO DE GUIPUZCOA

La entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, la consagración realizada por la Disposición Adicional Primera de la misma, en relación con el amparo y respeto a los Derechos de los Territorios Históricos Vascos, ha tenido como consecuencia el reconocimiento

⁶⁰ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La Diputación de Guipúzcoa y el Derecho Civil*. Conferencia pronunciada en el Ateneo de San Sebastián el 27 de enero de 1984.

a nivel constitucional de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma Vasca para la conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil, así como la del establecimiento de su propio orden de prelación de las fuentes del derecho según reza el artículo 149.1.8 de la C.E., competencia que se encuentra en el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, cuando dice: «La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva de las siguientes materias..., conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario, propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco, y la fijación del ámbito territorial de su vigencia».

La primera cuestión se centra en la de las Fuentes, en donde la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia, por reconocerlo así el artículo 149.1.8 de la C.E., para asumir su propio sistema, que puede ser distinto del establecido en el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil español, en la redacción dada al mismo por Decreto 1.836/74 de 31 de mayo, lo que permite a la Comunidad Autónoma del País Vasco el asumir su propio y particular sistema de fuentes de producción del Derecho.

Se plantean otras cuestiones de menor interés, como pueden ser, el sujeto activo que debe desarrollar o definir esa competencia, que parece, en principio, debe o puede ser el Parlamento Vasco. Pero ello no está exento de dificultades, o la referente al ámbito territorial de la actualización, lo que exigirá importantes esfuerzos de actividades desplegadas al conocimiento de la realidad socioeconómica de cada territorio para lo que el jurista tendrá que obtener la ayuda de otras disciplinas⁶¹.

Pero al margen de estas últimas cuestiones y al objeto de no desviarnos del estudio propuesto, debemos centrar nuestro esfuerzo hoy y aquí, en la cuestión fundamental de las fuentes.

Después de lo que se ha dicho hasta aquí, se comprenderá la importancia que supone el hecho del reconocimiento normativo de la recepción por parte del legislador o legisladores del País Vasco de la cuestión referente a las fuentes. Esta, según hemos explicado a lo largo de este trabajo fue punto fundamental en la política legislativa. La Corona primero, luego los Codificadores del siglo XIX, entendieron que no se logrará la unificación jurídica y política, si no había uniformidad

⁶¹ NAVAJAS LAPORTE, Alvaro: *La Actualización del Derecho Civil Vizcaino: una reflexión y un reto*. Rv. del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya. Nov.-dic. 1985, núm. 33.

en todo el territorio nacional en la unificación de las fuentes del derecho.

En la Constitución de 1978, y el Estatuto de Autonomía de 1979, se produce para el legislador vasco la recuperación de la competencia para poder establecer el propio y particular sistema de fuentes del Derecho, lo que supone, y así ha sido reconocido por la doctrina, un punto de inflexión máximo en el sistema del ordenamiento jurídico español, de tal forma que se rompe la homogeneidad en la regulación de las fuentes del Derecho, pudiendo darse la paradoja, dice Arechederra⁶², que un territorio sometido durante siglos al derecho civil común, hoy salga de esa regulación no sólo para establecer un nuevo y distinto sistema, sino incluso separarse del general, creando uno nuevo y distinto, en cuanto que puede establecer su propia regulación y prelación de fuentes del Derecho, con todo el contenido político que ello comporta. En suma, se produce una ruptura normativamente reconocida.

Esta nueva regulación que permite el establecimiento, al legislador vasco, del propio orden de prelación de las fuentes, permite, por tanto, asimismo, el establecimiento de un propio sistema distinto del general del Reino, para el País Vasco. Ello tiene importancia decisiva, en cuanto que, combinados los dos bloques competenciales que se reciben, supone, de entrada, el reconocimiento de la existencia, hasta este momento, de dos ordenamientos vigentes, concretamente en Guipúzcoa, el del Código Civil, y el de la ordenación consuetudinaria que el legislador, una vez que ha sido reconocida su existencia, puede elevarla a la categoría de normativa. Es decir, se reconoce y recoge el hecho de la existencia de una ordenación consuetudinaria *contra legem*, que hasta el momento de la aprobación de la Constitución y el Estatuto, solamente era admitida su existencia, y a la que la jurisprudencia venía negando validez y rechazando sus consecuencias. Desde ese momento es reconocido por la propia Constitución y por el Estatuto, con el mandato expreso de su actualización y normalización.

Por lo tanto hay que distinguir en este estadio, dos momentos claramente definidos:

a) La Constitución y el Estatuto reconocen la existencia de un derecho consuetudinario y por lo tanto, lo que vienen a decir es que hay dos ordenamientos que se entienden, son contrapuestos, contradictorios, pues de otro lado la costumbre, cuya existencia se reconoce, lo es

⁶² ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: *Testar a la Navarra*. Obra citada.

por no ser acorde con el ordenamiento hasta entonces vigente. Este es el primer paso.

b) Un segundo momento es el de la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho Civil Foral Consuetudinario, que es lo que en estos momentos estamos pendientes que sea abordado por el legislador o legisladores vascos.

Mientras esta decisión legislativa no se culmine, seguirán vigentes en Guipúzcoa dos ordenamientos, uno el General del Reino, representado por el Código Civil, y otro el Consuetudinario, representado por la costumbre contra legem, que choca con el anterior, pero que por ello, y a pesar de no estar admitido por los Tribunales, no deja de ser aplicado de una u otra forma, tal y como en su día fue explicado y desarrollado en mi trabajo: «La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa» y ratifica Arechederra en su reciente artículo «Testar a la Navarra».