

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, espere 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° 1 y 5.

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

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

²⁷ *Colección Jurisp. (...)* (XVII-XIX), T. II, 1, ob. cit., docs. n° 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 las 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 impropiamente 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 relaciones 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