

**APROXIMACIÓN A LA HISTORIA DE LA FORMACIÓN
DEL DERECHO TERRITORIAL DEL PAÍS VASCO**

ALVARO NAVAJAS

La Sociedad de Estudios Vascos quiere, al menos simbólicamente y con estas conferencias, realizar una presencia testimonial, siendo fiel a su programa, en el año que se conmemoran dos efemérides de especial relevancia para Guipúzcoa.

Por un lado el centenario de la Recopilación de las Leyes y Ordenanzas de la Muy Noble y Leal Provincia de Guipúzcoa, que por orden y mandato de las Juntas Generales de 11 de mayo de 1583, fue realizada por dos Ilustres guipuzcoanos, el licenciado López de Zandátegui y Luis Cruzat, texto que no mereció la aprobación Real y que hoy ha sido ofrecido a la luz pública, gracias a la valiosa aportación y trabajo de don Sebastián de Insausti, editado por la Excma. Diputación Foral de Guipúzcoa. Por otra parte conmemoramos, también, los centenarios de los Fueros Municipales de Villarreal de Urrechua, aprobados el 3 de octubre de 1383 y los de Zumárraga del mismo año.

Son fechas realmente lejanas, pero que en cierta medida representan hitos importantes en la historia jurídica guipuzcoana y del País Vasco.

El cuaderno de Leyes y Ordenanzas, de carácter privado, —ya que no tuvieron la sanción real—, de 1583, es un testimonio del interés y preocupación de la Provincia de conservar la parcela de autogobierno Provincial, ante la marea uniformista y unificadora legislativa de la Corona, y, en suma de fijar el punto de inflexión, —para variarlo—, a favor de la Provincia, respecto de la amenaza de desaparición del particularismo jurídico público guipuzcoano, en suma del autogobierno provincial, dentro de la Unidad superior que representaba la Corona. Es, en suma, un intento tardío, de establecer una barrera frente al poder cada vez más absoluto y unificador de la Corona, para conservar el particularismo guipuzcoano, tratando de establecer un límite al poder Real.

Los Fueros Municipales de Villarreal de Urrechua, y de Zumárraga, significan, en la vida jurídica guipuzcoana, el cierre definitivo, en la parte alta de lo que hoy es la Provincia, de la formación institucional de la misma, en cuanto que son la afirmación de la configuración de ésta y la consolidación de los poderes básicos que van a formar, con el transcurso del tiempo la autonomía provincial.

El año 1453, Juan II, concede a Oyarzun el separarse de la jurisdicción de Rentería, dándole el Fuero de San Sebastián, y el año 1461, Enrique IV da dicho Fuero a Areria.

Significa, en suma, el repliegue de la autoridad real, representada en los oficiales del rey, en favor de las autonomías municipales.

La desaparición de la Tierra llana, sometida a la jurisdicción de los oficiales del rey, pasa a ser asumida, al integrarse en el territorio de las villas, por los propios guipuzcoanos, que de esta forma ejercen directamente la autoridad del gobierno municipal y, a través de él, del provincial, por medio de la autoridad de la Institución fundamental que vendrá a constituirse en las Juntas Generales.

Pero desde la fundación de la primera villa guipuzcoana, en 1180, según Lacarra, hasta la fundación en villas de Villarreal de Urrechua, y Zumárraga, de Ezquioga, Oyarzun y Areria, transcurren 300 años, tres siglos.

Así mismo desde la fundación de San Sebastián en 1180, hasta la aprobación de la primera Recopilación de leyes y ordenanzas de Guipúzcoa en 1696, transcurren 500 años, en suma cinco siglos.

Pero en 1397 se produce un hito en la fijación del Derecho Territorial con la aprobación de las Primeras Ordenanzas de la Hermandad de las villas de Guipúzcoa.

La pregunta que nos formulamos los juristas es la siguiente: ¿Qué Leyes y qué Derecho regía desde aquella lejana fecha de 1180 hasta la más próxima de 1397 en Guipúzcoa? ¿Qué Órgano o Institución era la que creaba el Derecho en ese largo período de tiempo? ¿Cuál es el Derecho que se recoge en estas ordenanzas?

La misma pregunta puede extenderse al Señorío de Vizcaya y a Alava, ya que en mayor o menor medida, salvo que en Vizcaya la fecha de redacción del Fuero Viejo, 1452, la situación es idéntica.

La respuesta no es fácil. Sorprendentemente, esta parcela tan importante de la investigación jurídico-histórica está llena de lagunas. Es más, diré, sin temor a equivocarme, que salvo algún apunte concreto sobre el particular, realizado de manera esporádica, no se ha hecho nada por descubrir y desentrañar tan fundamental cuestión.

Preocupados, como dice Caro Baroja, tanto la Corona como los vascos, aquella por hacer desaparecer las manifestaciones forales y estos por justificarlos y mantenerlas, los trabajos realizados durante los siglos XVIII, XIX y parte del XX han estado presididos por la razón justificadora y cargados de un gran contenido político, en perjuicio de la necesaria objetividad científica, apasionamiento que todavía hoy está presente. Mistificadores y desmistificadores han puesto todo el esfuerzo de su actividad al servicio de la razón política, en perjuicio de la objetividad científica. Todavía esta! cuestiones

levantan ampollas y el científico, ajeno a los intereses partidistas, y necesidad del sosiego imprescindible para realizar su tarea y luego sacarla a la luz, ha optado, unas veces, por callar y, otras, por dedicar sus esfuerzos en otras tareas menos enrarecidas que necesitaban también su atención, a la espera de un mejor momento.

Pero es que además de esos imponderables de posible manipulación interesada por los políticos, el científico, guiado, como dice Max Weber, por la moral de la convicción, se ha encontrado en este asunto con una dificultad adicional insalvable: la falta de documentos que le permita elaborar un cuerpo de doctrina suficientemente serio para que pudiera tener el carácter de científico. En este terreno el científico se tiene que mover en la hipótesis, agudizar el ingenio, hacer volar la imaginación, no siempre buena consejera, y más que fijar una tesis, apuntar una hipótesis, en otras palabras, abrir camino, con lo que de arriesgado tiene ello.

Hay que empezar a deshacer un equívoco que es de uso corriente en la fraseología de los políticos, y en el lenguaje común. Guipúzcoa, Vizcaya y Alava, como entes políticos administrativos aparecen en época muy tardía. Esto es, la Provincia de Guipúzcoa, como tal Provincia, por poner un ejemplo, tiene su nacimiento en el siglo XIV, y primeros del XV. Hasta entonces no existe Guipúzcoa como ente territorial jurídico político institucionalizado. Existía una población, una parte de ella ubicada en las villas, y otra ubicada en la tierra llana, que ocupaban el solar, que luego, en el transcurso del tiempo, y no sin que se produjeran mil avatares, sería la Provincia de Guipúzcoa.

Lo mismo puede decirse del Señorío de Vizcaya y de Alava. Su nacimiento como entes jurídicos políticos, es tardío. Para que lo entendamos. Dentro de muchos años se hablará de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Euskadi o Euskalerría, pero es lo cierto que esa comunidad como ente jurídico ha nacido en época muy tardía. Lo mismo, y trasladándonos en el tiempo, puede decirse de las Provincias de Guipúzcoa y Alava, y del Señorío de Vizcaya. Su nacimiento como entes jurídicos políticos, representarán un hito en la historia que tiene una gran importancia para el tema que nos hemos propuesto tratar en esta conferencia.

Hemos titulado la conferencia como «Aproximación a la Historia de la Formación del Derecho Territorial del País Vasco», y hemos intencionadamente elegido el término «Aproximación», que por lo dicho anteriormente hoy todavía, dada la situación en la que se encuentra la investigación de la Historia del Derecho en el País Vasco, es imposible el hablar con exactitud y establecer unas conclusiones concretas.

He dicho que mi intención era llamar la atención sobre esta parcela abandonada de los estudios histórico-jurídicos en el País Vasco, y en cierta medida establecer una hipótesis de trabajo. En suma, lo que pretendo es lanzar la idea y entregar el testigo a las nuevas generaciones de jóvenes

investigadores para que dediquen su vocación y su esfuerzo en tan apasionante asunto.

Pero centremos la cuestión y para ello es necesario realizar unas previas y breves consideraciones.

Al hablar del País Vasco, y, concretamente al hablar del territorio vasco nos estamos refiriendo a lo que hoy forman las tres provincias o Territorios Históricos.

Al hablar del Derecho Territorial designamos o hacemos una referencia al derecho de una comarca o región que tiene su propio sistema de fuentes jurídicas, las normas generalmente aplicables en ella, y por lo común, en defecto de prescripciones locales. No vamos a referirnos, por tanto, al derecho que emanaba de los Fueros Municipales, sino al Derecho que existía en la totalidad de unos concretos territorios, Guipúzcoa, Vizcaya y Alava, entre los s. XII a XV.

Aquí puede decirse lo mismo que Galo Sánchez dijera respecto al Derecho Territorial Castellano, de la Vieja Castilla, el año 1929, en el Anuario de Historia del Derecho Español, en su conocido y fundamental artículo «Para la historia de la redacción del antiguo Derecho Territorial castellano», cuando afirma:

«Al comparar el sistema de las fuentes del derecho medieval castellano con el de otros territorios españoles, adviértese desde luego una diferencia importante. Castilla logra redactar sus derechos locales gracias, en primer término, a varios códigos municipales; pero su derecho territorial al contrario, puede decirse que no ha sido fijado oficialmente, y que las escasas leyes territoriales de Castilla, son tan poco significativas que en la práctica es lícito prescindir de ellas. En otros territorios peninsulares la autoridad legislativa, fija en cambio, tanto los derechos locales como el territorial. Durante los primeros siglos de la Reconquista la fisonomía de los territorios peninsulares es muy semejante desde el punto de vista de las fuentes jurídicas: falta en ellos la ley en sentido propio de la palabra, esto es, la ley territorial, ya que en contraste con el pasado visigótico, ni el Rey legisla, ni existen Asambleas legislativas... Pero al llegar el siglo XI, —en plena edad diplomática—, el País Leonés primero y Cataluña después, redactan oficialmente sus derechos territoriales respectivos».

Lo mismo se puede decir del País Vasco. Sometido a la influencia del reino de Castilla, sigue su misma suerte en este sentido: Hasta épocas muy avanzadas, sigue los mismos avatares que los seguidos por los habitantes de la vieja Castilla, en cuanto se refiere a la normativa o derecho aplicable a sus moradores, en cuanto no estuvieran sometidos a las normas de sus respectivos derechos locales o municipales. No hay en esta época un órgano o institución jurídica. La situación es la misma para Castilla la Vieja que para los Territorios Históricos del País Vasco.

Guipúzcoa, Vizcaya y Alava, al igual que Castilla la Vieja, a diferencia de otros reinos de la península, viven sin leyes territoriales, se rigen exclusivamente por la legislación local, es decir por los Fueros Municipales y el derecho subsidiario de estos hasta bien entrado en el siglo XIII, pero hay situaciones concretas que no están recogidas en los Fueros Municipales, y que sin embargo deben ser resueltas por los jueces encargados de aplicar el derecho. ¿Cuál era éste? ¿Cuál era el criterio que se seguía en aquellas situaciones en las que no existía norma escrita? Con posterioridad, Vizcaya seguirá un camino diferente al que siguieron Alava y Guipúzcoa. Al menos lo seguirá durante algún tiempo en solitario, adelantándose al tratamiento o a la solución que con posterioridad dieron Guipúzcoa y Alava.

En este sentido y para una mejor comprensión del tema propuesto, dividiremos la exposición en dos puntos claramente diferenciados.

El primero será el de formación del derecho territorial y el segundo, el de su fijación definitiva, que se realizará, en etapas distintas, en uno y otro Territorio.

Integrados los Territorios Históricos vascos en la órbita de influencia del Reino castellano, forman una parte importante del mismo. Guipúzcoa y Alava son territorios fronterizos con Navarra y con los territorios situados en el solar francés. Esta situación geográfica va a tener una enorme influencia.

Los reyes castellanos han iniciado una política clara y que puede considerarse para la época, siglo XII, progresista. Frente al derecho feudal propio del Reino Navarro y a las consecuencias que en el orden de las vinculaciones personales ello supone, los reyes castellanos abren el pórtico a la obtención de la libertad y de las exenciones a sus vasallos. Inician una política de fundación de villas, otorgando excenciones personales, libertades y franquezas a los habitantes de la tierra que pueblan las villas. En casi tres siglos vemos llenarse la geografía vasca de numerosas villas, desde San Sebastián, fundada en 1180 por el Rey Sancho el Sabio de Navarra, hasta el año 1461, que se da la última carta puebla a Areria. Lo mismo puede decirse de Alava y Vizcaya, si bien esta última, en último caso, las fundaciones corresponden a los señores de Vizcaya, título que con Juan I pasará a formar parte o a ser asumido por el monarca castellano.

La fundación de villas tiene una enorme importancia y trascendencia en el orden jurídico. El Fuero Viejo de Castilla nos dice que corresponden al rey con carácter exclusivo, cuatro competencias, la justicia, la moneda, la fonsadera y el suyo yantar. Refiriéndonos con carácter exclusivo, a la primera de las competencias, esencial de la realeza, pues el rey medieval es ante todo juez, debe decirse que en la organización medieval la justicia era la administrada por el Rey o en nombre de él por sus oficiales. Pues bien, al fundarse algunas villas principalmente en Guipúzcoa se introduce un elemento nuevo. La justicia va a ser administrada no por los oficiales del Rey,

sino por la comunidad, a través de los órganos de justicia creados por cada fuero municipal. Bien es verdad que esa justicia era administrada en nombre del Rey, pero ya no son sus oficiales los que van a ser la fuente de creación del derecho, sino que ésta va a ser una creación eminentemente popular. Los jueces nombrados en la villa o las asambleas populares, el llamado «Concilium» que asistía al Alcalde.

Hay que tener en cuenta y recordar aquí lo que ya se ha dicho anteriormente. Ni los Reyes castellanos, ni las Cortes de Castilla, hasta 1348, que aprueban el Ordenamiento de Alcalá, establecen leyes de ámbito o aplicación general.

En el sistema medieval castellano, y también en el vasco, la fuente primaria formal de creación del derecho serán los jurados o jueces populares allí donde hay una villa. Donde no la haya será el oficial del Rey el que dicte sentencia, que la dictara de conformidad a la costumbre, que será la fuente material de creación del Derecho. Las sentencias dictadas en esa época, en la terminología jurídica castellana, tienen el nombre de «Fazañas». No existe testimonio documental de Colecciones de Fazañas del País Vasco, pero Mañaricua ha recogido, del Espéculo, unas Fazañas que nos pueden servir de pauta para ver cual era el derecho Territorial en el País Vasco, y concretamente una muy curiosa, dictada por el oficial del Rey, don Melo, referente a la Rioja, en la que se establece que era fuero o costumbre de la zona, el que los testigos pudieran testificar en vascuence.

Coexisten por tanto en esta primera época dos jurisdicciones. Una la Real, que es ejercida, en lo que se conoce con el nombre de Tierra llana, a través de los oficiales reales, bien sea el Adelantado Mayor o en su caso el Merino, y por otra parte la justicia que imparten los tribunales de las villas.

Debemos tener en cuenta que en los albores del siglo XIII todavía no se ha producido una elaboración doctrinal del concepto del derecho, y ni siquiera del Estado. Hasta el redescubrimiento de la Política de Aristóteles en el siglo XIII, y la influencia del Código Justiniano en los siglos XIII y XIV, la Europa occidental, en palabras de Hayek «atravesará todavía otra época milenaria durante la cual el derecho volvió a ser, a diferencia de lo que ocurriera en Atenas y en Roma, autónomo e independiente de la voluntad humana, algo que era necesario descubrir, pero que nunca había creado».

La descripción más gráfica de tal actitud, ya advertida por muchos eruditos con anterioridad, corresponde a Fritz Kerne y a Joliffé. Nada mejor que citar sus propias conclusiones.

Kerne nos dice:

«Cuando surge un caso para el cual no es posible aducir norma válida alguna, los miembros de la Asamblea o Tribunal, establecerán una nueva disposición, convencidos de que con ello siguen ajustándose al derecho tradicional, no transmitido expresamente pero tácitamente operante. No crean pues la ley, sino que la descubren...».

Y Joliffe nos dirá:

«Hasta muy entrado el siglo XIII la idea fundamental de una sociedad que vive dentro del marco de un derecho heredado, había privado al rey de la consideración de legislador, y limitado el «commune consilium» al reconocimiento de la costumbre y la participación en cuestiones de derecho y procedimiento en calidad de tribunal. Se hicieron sin duda cambios importantes, pero de un modo que ocultaban su verdadera naturaleza de alteración legislativa».

«Durante la Edad Media, nos dirá Kern, nunca se aplica por vez primera una norma legal; la ley es siempre antigua; una ley nunca supone una contradicción terminológica, puesto que esa nueva ley o se deriva explícita o implícitamente de una antigua o discrepa de ella, en cuyo caso carece de legitimidad. La idea fundamental es siempre la misma. En lo referente al derecho, antigüedad y autenticidad son conceptos sinónimos. Por eso para la mentalidad medieval, no cabe promulgar una nueva ley, y, toda la legislación o reforma legal se contempla como una restauración del violado derecho tradicional».

La razón estaba en que los monarcas se habían preocupado más bien de organizar y dirigir el aparato del gobierno que de dictar disposiciones de orden legal. Más tarde, la facultad de dictar normas se acumulará a la de gobierno y al final se constituye en una única facultad legislativa, pero el proceso será largo.

En el País Vasco se producen los mismos e idénticos condicionamientos que en el resto de la Europa Occidental y al igual que en la Vieja Castilla.

Los Reyes, en su primera época, no dictan normas de carácter general. Se limitan a dar derechos de orden local, o a confirmar situaciones de orden local. El Derecho es creado a través de las sentencias dictadas por los jueces, bien sean los jueces municipales, o asambleas populares, o bien por los oficiales del monarca o jueces nombrados por los mismos. Por tanto en esta primera época el Derecho es un derecho eminentemente judicial, basado en la costumbre.

A través de las resoluciones judiciales, podríamos llegar a conocer cuál era el contenido del derecho local, y en su caso, en aquellos supuestos en los que se resolvieran cuestiones al margen de los municipios, el Derecho territorial, o el que regía en el territorio. También, y como veremos, se dá la circunstancia de que el Derecho territorial se irá perfilando a través de las sentencias que dicten los tribunales nombrados a través de las diferentes Hermandades constituidas entre las villas. Por último, veremos que el Derecho Territorial que regía en los diversos territorios vascos será parcialmente recogido en las Ordenanzas y en las Colecciones legislativas tardías.

Podemos, por tanto, y de entrada, establecer las siguientes consideraciones:

1.º El territorio vasco, en una primera época, se divide en dos jurisdicciones claramente definidas. El sometido a la jurisdicción de las villas, en las que el Derecho es creado por los jueces o tribunales populares que asisten a los cargos concejiles. Por otro lado hay otro territorio sometido a la jurisdicción real o Tierra llana, donde la justicia es administrada por los oficiales reales en nombre del Rey o en Vizcaya por el Señor o por éste a través de sus oficiales.

2.º La falta de una normativa de carácter general, es decir de una ley general aplicable para todo el territorio viene determinada por el hecho de que el monarca no dicta leyes de carácter general, sino de carácter local y dónde no rija éste se aplicará la costumbre o el uso territorial.

3.º El Derecho no es escrito, es descubierto, por no decir creado a través de las sentencias que se dicten por los diferentes jueces. Este Derecho está basado en la costumbre local o territorial y en el caso de la justicia administrada por los oficiales del monarca, se aplicará el Derecho Romano de la recepción.

4.º A medida que se van creando villas, como en las cartas fundación se recogía la confirmación de los buenos usos, fueros y costumbres de los habitantes del lugar, se va institucionalizando el Derecho local, que en cierta medida es Derecho territorial, en cuanto que es similar en los diferentes municipios.

La creación posterior de Hermandades entre las villas, y la resolución de los conflictos que surjan en los lugares de confluencia de las mismas, vendrá a ir configurando el Derecho territorial y a unificar el local, constituyéndolo en territorial.

5.º No hay, o al menos no tenemos Colección de Fazañas como tiene, por ejemplo, el viejo derecho castellano, en el Espéculo y en el Libro de los Fueros.

La extensión del Derecho local como Derecho territorial, se manifiesta de manera clara en Guipúzcoa a través del Fuero de San Sebastián. Como se ha dicho antes, San Sebastián es fundada en 1180, y a la villa donostiarra se le dá un instrumento jurídico que servirá de punto de partida para resolver los litigios, pero no todos, ya que el Código Donostiarra es fundamentalmente un código de derecho marítimo, salvo algunas normas de orden civil y procesal, muy concretas. Lo no previsto por el mismo debería ser resuelto conforme a la costumbre local. El territorio donostiarra tiene una gran extensión y las apelaciones de los pleitos fundados conforme a la villa de San Sebastián van a ser conocidos por el tribunal donostiarra.

De aquí surge un primer paso para la unificación de criterios respecto a la fijación del Derecho territorial guipuzcoano.

Al crearse varias villas surgen conflictos entre las mismas o entre moradores de una y otra y será un tribunal mixto, el «mediano», el que resolverá

los conflictos surgidos. Este tipo de tribunal mixto, aparece claramente en la llamada Hermandad de la Marina de 1256. Integrado por representantes de las villas que forman parte de la Hermandad, sus resoluciones crean Derecho, y quizá, esta unión de los representantes de las villas en tribunal para resolver los conflictos que afectan a las diferentes villas o a parte del territorio, pueda ser el punto de arranque del conocimiento de lo que hemos conocido ya institucionalizado a través de la Hermandad como tribunal, en el siglo XIV.

Igual puede decirse de los otros territorios vascos. El Derecho es creado por los jueces, por las asambleas populares de las villas y por la aplicación de la costumbre local por parte de los oficiales del rey en la Tierra llana, en una primera época, si bien, con posterioridad estos irán aplicando el Derecho Romano de la recepción.

Desgraciadamente, no existe aquí la preocupación de fijar ese Derecho local y territorial propio, por escrito, como ocurriera con las recopilaciones privadas en Castilla, tal y cómo nos lo pone de manifiesto Galo Sánchez en el trabajo antes citado.

Lo cierto es que, como dice García Gallo, muchos pueblos de la península no se preocuparon de fijar por escrito su Derecho, confiando en la fuerza de la costumbre y olvidando que al final, la norma escrita termina por prevalecer.

En el siglo XIII penetran en la península, de manera irresistible, los derechos extranjeros. Los monarcas castellanos adquieren la conciencia que para producir la unidad política de los reinos peninsulares, el camino es el de establecer la unidad jurídica. Tarea inmensa y difícil. Alfonso X el Sabio por primera vez trata de establecer una norma de carácter general, el Fuero Real, en 1252, que es contestado de manera casi unánime, a lo largo y a lo ancho del reino de Castilla. Si su empeño no tiene éxito inmediato, el Rey, de manera sabia y prudente, va concediendo el Fuero Real como derecho supletorio de los Fueros Locales a las diferentes villas.

Así vemos, concretamente que Alava desde 1332 se rige por el Fuero Real y demás Leyes de Castilla, a excepción de Ayala que hasta 1487 había conservado su propio fuero. En esa fecha se asimila al resto de la Provincia, a excepción de la libertad absoluta de testar, y el usufructo del cónyuge viudo, que conserva como estaba en su fuero propio.

Aramayona y Llodio, que en 1489 y 1491 respectivamente se separan de Vizcaya y se unen a Alava, pero se siguen rigiendo por el Fuero de Vizcaya.

Por lo tanto podemos establecer como puntos relevantes para el conocimiento del Derecho de esta época los siguientes:

1. Carencia de Leyes con valor territorial.
2. Papel predominante de los jueces de los que ha sido conocido como fazañas o juicios de albedrío.

3. Falta de redacciones extensas y completas del Derecho Local que sólo aparecen tardíamente.

4. La vitalidad de las Comunidades locales y fundamentalmente de las Asambleas judiciales.

Por lo tanto y, según Pérez Prendes, el cúmulo de normas que nacen, lo hacen en general muy lejos de la órbita coactiva del Estado. Incluso conocido el Derecho en cuestión, se recoge y plasma por escrito, pero tampoco es ello fruto de la labor oficial, sino de la iniciativa privada. En suma, la intervención de la comunidad en la creación del Derecho es fundamental y, por decirlo más radicalmente, esencial en la órbita de influencia del Reino de Castilla.

El Derecho Medieval Español, especialmente el castellano, cuyo objetivo primordial es el mantenimiento de la paz entre los miembros de la comunidad a la que rige, será un sistema jurídico que no aparece formulado por escrito en sistematizaciones completas, ni homogéneas. Es un Derecho eminentemente consuetudinario, cuya fuerza radica especialmente en el consenso y en la voluntad de los súbditos.

Este ordenamiento jurídico, del cual toda la comunidad es un vivo testimonio, se fue fraguando muy lentamente, en la práctica diaria, y se transmitió, también, de modo lento, a través del paso de las sucesivas generaciones, hasta que, un día, por diversas circunstancias a las que ahora nos referiremos, se hizo necesario exponerlo a los rectores de la comunidad y dejar constancia por escrito de esa manifestación, es decir darle fijeza.

Voy a llamar la atención de Uds. sobre varios textos jurídicos vascos que revelan de manera inequívoca cuál era o cómo se formaba el Derecho en el País Vasco, en la Edad Media. Luego pasaremos a analizar el alcance de los textos que surgieron del esfuerzo de nuestros mayores y las causas que motivaron la redacción de los mismos, todo ello naturalmente moviéndonos dentro del terreno de la pura hipótesis.

En los grandes documentos territoriales castellanos, que como se ha dicho antes no tienen carácter oficial, como el Fuero Vijo, el Libro de los Fueros, etc., el proceso que hemos descrito aparece de manera clara e indudable. Ese mismo fenómeno se manifiesta en el caso vasco, tal y como nos lo descubren los Fueros de Vizcaya y de las Encartaciones y el Proemio de la Nueva Recopilación de las Leyes de Guipúzcoa. Estos últimos textos son tardíos pero nos sirven y nos explican cómo realmente se produce el Derecho Territorial, en estas zonas. Se debe aclarar que aunque sus fechas sean muy tardías, sin embargo, entiendo que el emplearlos como fuente para nuestro estudio no es óbice para que nos sirvan como orientación y guía de trabajo. En todo caso hay que decir, como lo hiciera en su día Pérez Prendes que, más bien al contrario, estos textos nos dan fe de la persistencia durante la Edad Media, y hasta muy entrados los conceptos jurídicos de la Recep-

ción del Derecho Romano Común, de un sistema de fuentes creadoras del Derecho, tal y cómo lo venimos configurando hasta ahora, en este estudio.

* * *

El Fuero Viejo de Vizcaya data de 1452, redactándose después de una serie de indagaciones de la costumbre inmemorial. Su proceso de formación fue el siguiente, según se deduce del prólogo y del epílogo en la Edición de Labayru:

«Los vizcaínos... abian sus privilegios e franquezas e libertades e otros fueros que eran de albedrío y no estaban escritos y en quantos daños e males y errores estaban caídos e caían de cada día de los dichos vizcaínos y de las Encartaciones y durangeses y libertades e fueros costumbres que razonablemente se pudieran escribir...

E por escribir e hordenar las dichas franquezas e libertades e usos e costumbre e albedrío, todos dichos los vizcaínos, estando en su Junta General, en Idoybalzaga que es, legaron e dieron su poder a ellos para, en uno con dicho doctor Corregidor, hordenasen y declarasen y escribiesen las dichas franquezas e libertades e usos e costumbres e fuero de albedrío que habían los dichos vizcaínos...»

Lo mismo se produce en Guipúzcoa. En la Nueva Recopilación Foral de Guipúzcoa, en dos diferentes momentos y en textos de diferentes épocas, aparecen manifestaciones similares.

En el título IV, capítulo primero, en donde se recoge una ordenanza de Enrique III que proviene de las Ordenanzas de 1397, se dice:

«Costumbre antiquísima, y de cuyo principio no hay noticia, es la de las Juntas Generales de la provincia, en las cuales congregándose todos los caballeros... y en ellas se delibera lo más conveniente a aquel fin y al de la conservación y defensa propio y observancia de los fueros, buenos usos y costumbres de la Provincia...».

Y en el Proemio del Cuaderno Foral de Guipúzcoa, de época más moderna (1696), se hace la afirmación siguiente:

«Habiéndose gobernado, hasta entonces por sus buenos usos y costumbres antiguas en lo meramente político, sin necesitar de leyes escritas, con la experiencia de ser más eficaz en sus pueblos la persuasión blanda y suave de la costumbre, que la dura amenaza de las leyes y de ser siempre más bien recibidas las que en largo tiempo introdujo la costumbre y conservó la práctica, teniendo de su parte la aprobación de todo el pueblo...».

Por lo tanto, el sistema del derecho de la Edad Media en el País Vasco era un sistema de derecho no escrito, basado en el uso y la costumbre, establecido y fijado a través de las sentencias judiciales.

Sabemos por lo tanto que en el País Vasco nuclear, durante la Alta Edad Media, incluso en épocas posteriores, el derecho era creado por los jueces y más concretamente el Derecho territorial era creado a través de las resoluciones o sentencias que dictaban las Juntas Generales, conforme a una costumbre antiquísima.

Con algunas diferencias de matiz estamos o nos encontramos con una situación similar a la de la Vieja Castilla, la de la Castilla nuclear, de la que Galo Sánchez dirá: «Castilla, tierra sin leyes, es la patria de las fazañas, el país del derecho libre».

Si el sustrato es común, si el País Vasco tiene un sistema de creación del derecho idéntico a la Vieja Castilla, a la Castilla nuclear, de tal forma que no hay ley territorial escrita y serán lo jueces, en Castilla, y las asambleas o juntas en el País Vasco, las que velen por el derecho y en cierta medida lo creen, la situación varía sustancialmente con la recepción del Derecho Romano-Canónico y la progresiva centralización del poder político en manos de los monarcas y en sus oficiales.

Frente a esa corriente política unificadora y uniformista, se va a producir la reacción lógica. Los habitantes de la Vieja Castilla, y del País Vasco nuclear van a tratar de elevar a norma escrita su derecho territorial. Castilla no lo consigue y se impone de manera firme el Derecho Real. Prueba de ello serán las redacciones privadas como el Fuero Viejo de Castilla, el Libro de los Fueros, etc., que de manera tardía tratarán de fijar por escrito el derecho castellano, pero sin éxito oficial. Estos textos que forman parte de la literatura jurídica castellana no alcanzarán el carácter oficial.

En el País Vasco se produce la misma reacción frente a la corriente oficial de supeditar el Derecho y la creación del mismo a las leyes escritas por la Corona.

Vizcaya será la primera que logre la formalización y el reconocimiento de su Derecho territorial. Será el Fuero Viejo de Vizcaya de 1452 el que fije de manera definitiva ese Derecho y a partir de él, la parte sustancial del mismo.

Guipúzcoa y Alava, sin embargo, tardan más tiempo en hacerlo; el primer intento, según lo que sabemos hasta el momento, se hace en Guipúzcoa en 1583, cuyo centenario hoy celebramos, pero no deja de ser un intento parcial. Ya antes, con las Ordenanzas de 1397 se han fijado las bases para que el Derecho Territorial Guipuzcoano sea recogido. Sin embargo ese cuaderno de Ordenanzas está limitado a una pequeña parte del Derecho Territorial, y sufre la enorme influencia del Derecho Real, como nos dirá Santos Lasurtegui. Será más tarde, en 1696 cuando se redacten la Nueva Recopilación de las Ordenanzas de Guipúzcoa, pero la Recopilación se hará, como dice Gorosabel, tarde y mal.

Igual puede decirse de Alava, cuyo Cuaderno de Leyes y Ordenanzas de la Hermandad de Alava data de 1555.

Estas Recopilaciones se hacen en época tardía, cuando ya el Derecho Real ha tomado firmeza y recoge muy poco, a diferencia de Vizcaya, del Derecho Territorial Guipuzcoano y Alavés.

Es incuestionable que aunque el contenido de las disposiciones finales son en cuanto al Derecho Territorial muy limitadas, que a través de ellas se establecen o se salvan, al menos, parte del particularismo del Derecho Territorial Vascongado.

Toda la historia de los siglos XVI a XVIII, concretándonos a Guipúzcoa, estará dirigida, por un lado a obtener primero una ampliación del reconocimiento del propio y particular derecho territorial y por otro en salvar lo esencial de lo conseguido hasta el momento.

La corriente unificadora chocó con la tozudez vascongada y logró mantenerse hasta el siglo XIX en el que desaparece de la letra impresa pero se conserva en el corazón de cada vasco, que ha reclamado siempre, sin desmayo, la recuperación del reconocimiento de su forma de crear y de entender el Derecho.

Reducido al particularismo jurídico público, salvo en Vizcaya, el Derecho Vascongado, el pueblo vasco ha mantenido siempre la llama de ver un día plasmada su propia concepción del Derecho.

En el fondo lo que subyace en toda esta historia es la consciencia para cada vasco de que el Derecho es y debe ser creación de la propia comunidad en la que se aplica, y la Justicia administrada conforme a ese Derecho por los órganos surgidos de esa comunidad.

Hoy nuevamente se nos presenta la oportunidad de plasmar nuestra propia concepción de Derecho, de fijar de manera definitiva el Derecho territorial y nuestro concepto del Derecho de una manera que muchos no podían sospechar hace escasos años. Debemos de ser conscientes de ello y no incurrir nuevamente en el error de dejar transcurrir el tiempo confiadamente sin realizar nuestra tarea.

Bien es verdad que la historia nos ha enseñado que los reinos desaparecen, las naciones antes esplendorosas se debilitan, pero el Pueblo Vasco, como un nuevo Gadiana, vuelve a aparecer manteniendo viva la esperanza de hacerse a sí mismo. La realidad es tan tozuda como nuestro pueblo, y si no al tiempo.