

Joaquín Costa *y el derecho consuetudinario aragonés**

POR
LOURDES FRAGUAS MADURGA

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Joaquín Costa es un autor conocido desde diversas perspectivas: política, sociológica, antropológica, cultura popular..., pero acaso su mayor contribución se encuentra en el estudio del derecho. No puede negársele en modo alguno que fue una figura insigne en su época, gran investigador del derecho, siendo esencial su labor relativa al estudio y recopilación de las costumbres jurídicas aragonesas, clave fundamental del derecho aragonés y cuya influencia ha llegado hasta nuestros días. Al estudiar los escritos de Costa, destaca esencialmente el hecho de que la costumbre es una constante. Al analizar la costumbre, la ubica en lo que denomina “la vida del derecho”, y ello lo hace fiel al planteamiento krausista. La realización concreta del sistema jurídico reviste formas variadas: ley y costumbre, siendo la costumbre parte integrante de tal sistema, es decir, el legislador estatal no puede realizar su función al margen del derecho consuetudinario.

Si bien toda su obra se encuentra impregnada de algún modo de una visión jurídica de la vida, cabe realizar en este punto un breve apunte de sus obras jurídicas relativas al estudio de las costumbres altoaragonesas, que permita el análisis posterior de cada uno de ellas.

Costa comenzó a escribir sus obras jurídicas a una edad muy temprana. Así el cuarto de sus libros publicados, concretamente en 1876, fue *La vida del Derecho*. Este libro tuvo su origen en el Premio Maranges de la Universidad de Madrid, que fue ganado por Costa en 1873 con una memoria titulada *Ensayo sobre Derecho Consuetudinario*. Parte del premio consistía en la publicación de la memoria en la *Revista de la Universidad de Madrid*. En *La vida del Derecho* reimprimió como capítulo I la sección de la memoria publicada por la *Revista de la Universidad de Madrid*, añadiendo un segundo capítulo, “Formas del Derecho Positivo”. Esta obra fue objeto de una segunda edición en 1914 en la Biblioteca Costa —constituyendo el tomo III—, con un prólogo de Gumersindo de Azcárate.

* Este artículo constituye un resumen de un trabajo más amplio que, sobre esta cuestión, obtuvo una Ayuda para Proyectos de Investigación de la Fundación Joaquín Costa en la convocatoria de 1994.

Derecho Consuetudinario del Alto Aragón fue publicado por la Imprenta de la Revista de Legislación de Madrid en 1880, sistematizando la obra en un prólogo y doce capítulos. Se compone de artículos publicados anteriormente en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, siendo posteriormente utilizada como base para *Derecho consuetudinario y economía popular de España*.

Teoría del hecho jurídico. Individual y social fue publicada en Madrid en la *Revista de legislación* en 1880, formando parte de la Biblioteca Jurídica de Autores Españoles, tomo VIII, suponiendo un hito más en su análisis de la teoría de la costumbre. En el período que media entre *La vida del Derecho* y este libro tuvieron lugar los debates sobre el positivismo en el Ateneo de Madrid (curso 1875-1876), en los que las teorías krausistas quedaron relegadas a un segundo plano; como resultado de ello se produce la recepción de las teorías neokantianas. Costa se plantea el siguiente dilema: mientras que sus amigos krausistas le suministran un concepto ideal, él considera que debe ponerse inexcusablemente en contacto con el elemento fáctico y, al acentuarse el elemento empírico, se plantea el no abandonar el elemento krausista. Costa se decanta por una postura intermedia entre la tesis de la creación colectiva del derecho al tiempo que admite la codificación, siempre que esta proceda a partir de las prácticas jurídicas ya existentes. Tras la Restauración, la tarea codificadora cambia de rumbo y sus promotores se plantean compatibilizar la unidad legislativa con las diversas particularidades territoriales.

Costa tenía previsto llevar a cabo un tratado sobre derecho consuetudinario, llegando a anunciar su publicación. Del mismo serían introducción y primera parte *La vida del derecho y Teoría del hecho jurídico. Individual y social* y, si bien este proyecto nunca se llevó a cabo, con solo lo publicado, Costa se convierte en el autor español que más extensamente y con mayor profundidad reflexionó acerca del difícil fenómeno de la costumbre jurídica.

En su obra *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, publicado por vez primera en Madrid en la Imprenta de la Revista de Legislación en 1883, dentro de la Biblioteca Jurídica de Autores Españoles, tomo IX, nos muestra su importante testimonio acerca del *Congreso de Jurisconsultos Aragoneses* celebrado en Zaragoza en 1880. Costa participó activamente en el mismo, tanto formando parte de la sección primera, como presentando temas adicionales y enmiendas acerca de las instituciones consuetudinarias. Su labor en el congreso es fundamental para el reconocimiento futuro del derecho aragonés, especialmente desde la perspectiva del derecho consuetudinario. La gran mayoría de los juristas aragoneses que participaron en el congreso tenían una concepción radicalmente distinta a la de Costa acerca del principio *standum est chartæ*, considerándolo como principio de interpretación. La activa participación de Costa fue fundamental tanto para el reconocimiento del principio *standum est chartæ* como sinónimo de libertad civil, como para la consideración de las costumbres aragonesas, especialmente del Alto Aragón.

Por último, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, consta de dos volúmenes. En esta obra recopiló las más interesantes costumbres jurídicas todavía existentes en su época, muchas de las cuales han llegado hasta nuestros días gracias a esta obra que constituye una de sus mayores aportaciones al derecho aragonés, como se pondrá de manifiesto en las páginas siguientes. En el primer volumen se refiere exclusivamente a Aragón, siendo el segundo una obra en colaboración con otros autores, si bien es innegable la importante participación de Costa en la mismas. No toda la obra de Costa relativa al derecho consuetudinario aragonés se encuentra publicada, lo que requiere llevar a cabo una labor de investigación. A tal efecto, cabe señalar que la mayor parte de esta obra se encuentra en el Archivo Histórico Provincial de Huesca, transcribiéndose algunos de los textos más interesantes, a mi juicio, en las páginas siguientes.

II. LA VIDA DEL DERECHO

La obra de Costa *La vida del Derecho* data de 1876 en su primera edición, siendo la segunda publicada en 1914 con la adición del prólogo de Gumersindo de Azcárate. Tuvo su origen en la convocatoria de la familia del profesor Maranges para premiar “al autor de la Memoria donde se desenvuelva con mayor carácter científico el siguiente tema, perteneciente a las asignaturas de Filosofía elemental del Derecho y Derecho Romano, explicadas por aquel mientras estuvo consagrado a la enseñanza oficial: La costumbre como fuente del derecho considerada en sus principios y en su valor e importancia en Roma”. El análisis de esta obra nos permite tener constancia de la importancia del derecho consuetudinario para Costa desde los primeros momentos de su vida intelectual.¹

En las primeras páginas del libro, advierte Costa que este se escribe en medio de la fiebre que devora a las cámaras legislativas de todos los países, siendo por ello que considera necesario efectuar una reflexión acerca de la naturaleza de la costumbre de derecho; reflexión que será analizada a continuación a fin de desarrollar la concepción de la costumbre jurídica costista en sus primeros escritos, tanto publicados como en sus borradores.

El primero y más inmediato carácter que la costumbre posee para Costa es la “*complejidad*”, ya que no la interpreta como un elemento simple e irreductible, sino formado por una combinación de otros elementos. La primera y fundamental nota

¹ El título de la memoria presentada por Costa era “Ensayo sobre Derecho Consuetudinario”. Parte del premio consistía en su publicación en la *Revista de la Universidad de Madrid*. De hecho, solo parte fue publicada, t. III (1874), 177-233; t. IV (1874), 426-451; t. V (1875), 492-540. En *La vida del Derecho*, Costa reimprimió como capítulo I la sección de la memoria publicada por la *Revista de la Universidad de Madrid*. Añadió un segundo capítulo, “Formas de Derecho positivo”.

que se afirma de las cosas es, a su juicio, la de “ser algo” y, además, es un “ser particular”; la costumbre aparece entonces como dependiente de otros objetos sustantivos, es decir, como propiedad particular. La idea que tenemos de la costumbre es la de una forma, ley o manera constante de realizar y expresar directamente la vida psíquica las personas. Distingue Costa que, ya desde el sentido común, conocemos que las costumbres positivas unas veces son buenas y otras son viciosas y que, siendo la costumbre una reforma respecto al contenido de la vida de un pueblo o institución, es natural que cambie constantemente y se desarrolle a la vez que este, revelando así la costumbre su propia vida. Puesto que los fines se dan en cada hombre y los medios en él o fuera de él, la relación jurídica será unas veces interior y exterior otras, existiendo dos esferas de derecho: la esfera inmanente o individual, en la cual aparecen conjuntamente los fines y los medios que el sujeto activo debe libremente relacionar y la esfera transitiva o social, en la cual los medios han de ser prestados por otro sujeto distinto a aquel en que radiquen los fines.

Costa define el derecho, en su primera obra jurídica, como “la forma que reviste la actividad consciente de los seres racionales en la libre realización de algún bien en concepto de medio adecuado para otro bien que es fin racional de la vida”, o dicho de otro modo: “la conducta libre en cuanto presta medios para fines racionales”, analizando los elementos de tal concepto del siguiente modo:

- En cuanto al sujeto de derecho, tiene la consideración de tal todo ser con fines racionales; el deber jurídico no es algo opuesto al derecho, sino el derecho mismo en uno de sus aspectos, en la relación de potencialidad a efectividad, estando por tanto incluido en el propio concepto de derecho. Como sujeto de fines, puede y debe exigir los medios de respeto, defensa o asistencia que para cumplir estos fines necesita; como sujeto de medios, debe proporcionar a aquellos fines los medios indispensables para la satisfacción de necesidades en que se traducen y manifiestan y que estén dentro de su esfera de acción.

- El objeto de la relación jurídica consiste en una utilidad, en un bien que sirve de medio a otro bien y, por el hecho de recaer sobre tal objeto condicionante, se diferencia el derecho de la moralidad: donde no hay utilidad para un fin racional, existirá cualquier otra relación, pero nunca será la de derecho, estableciéndose la relación entre fines racionales y los fines correspondientes por una actividad libre.

Por lo que respecta al derecho positivo, considera que el derecho no puede ser rígido e inflexible porque es característica de la vida la variedad. Esta se manifiesta, no solo como diversidad de vidas en la vida del ser, sino de situaciones en cada vida particular; en función de tal afirmación, cada determinación histórica del derecho ideal ha de mostrarse concreta con caracteres específicos que la distingan de todas las restantes, como se distinguen los estados y situaciones, si bien la particularidad y contrariedad de los estados se limita a la forma. No es, por tanto, derecho positivo

meramente el derecho manifestado en reglas sociales por ley o por costumbre, sino también el establecido por los individuos o las sociedades en la esfera de su jurisdicción inmanente y para sus relaciones exclusivas y peculiares, y el que nace de la posición en que sitúan a una persona las circunstancias existentes en su medio ambiente natural y social e independientes de su voluntad. Como consecuencia de ello, concluye que toda relación jurídica se determina, en primer lugar, como particular, acorde con las circunstancias y atenta a los fines y necesidades del individuo o pueblo determinado a quien se atribuye y aplica; y en segundo lugar, como general, en cuanto subsiste con este carácter obligatorio para todos los sujetos que se encuentran en circunstancias afines a las suyas. En su concepción, la ley positiva no se identifica con el derecho positivo, porque este tiene una existencia anterior a ella y es supuesto necesario para que la ley positiva se constituya y porque muestra una existencia que excede del concepto de ley.

Costa ubica la costumbre en el sistema jurídico que denomina “vida del derecho” y ello lo realiza fiel al planteamiento krausista. *La vida del Derecho* supone una postura intermedia entre la codificación francesa y la teoría del “espíritu del pueblo”. En este contexto se producen los debates sobre el positivismo en el Ateneo de Madrid (curso 1875-1876), en los que las teorías krausistas quedan relegadas a un segundo plano. Como resultado de ello, se produce la recepción de las teorías neokantianas, lo que plantea a Costa el siguiente dilema: mientras que sus maestros krausistas le suministran un concepto ideal de derecho, que él considera que debe relacionarse con el elemento fáctico, al acentuarse el elemento empírico, se plantea no abandonar el elemento krausista. Publicándose en esta época en castellano los seis tomos del *Sistema* de Savigny, Costa se decanta por una postura intermedia entre la tesis de la creación colectiva del derecho, al tiempo que admite la codificación con ciertos condicionantes.

III. TEORÍA DEL HECHO JURÍDICO. INDIVIDUAL Y SOCIAL

Su obra *Teoría del hecho jurídico. Individual y social*,² publicada cuatro años después de que vio la luz *La vida del Derecho*, supone una revisión de aquel, pretendiendo ofrecer una explicación empírica del hecho consuetudinario, si bien se mantienen en ambos sus tesis fundamentales, cuyas premisas esenciales podrían sintetizarse del siguiente modo:

- El derecho, en contra de la opinión de Savigny, no es creación colectiva, sino individual y surge para responder a necesidades concretas.

² Publicado por vez primera en 1880, en la Imprenta de la Revista de Legislación (Biblioteca Jurídica de Autores Españoles).

- El hecho jurídico es la fuente de la ley y de la costumbre, siendo tal hecho jurídico una primera formulación del derecho ideal.

- La definición del derecho ideal sigue siendo krausista: “orden de libre condicionalidad” que abarca todas las esferas de la vida.

- En función del sujeto, cabe señalar un doble aspecto: el derecho es relación de cada persona consigo misma o estado individual, siendo además relación de cada persona con el mundo exterior o estado social. La libertad civil es la libertad del individuo o de los organismos sociales en su propia esfera; y la libertad política es la garantía, por parte del Estado, de la tutela de la libertad civil.

- En cuanto al modo de producirse el hecho jurídico, cabe distinguir uno reflexivo y otro espontáneo, siendo el primero la creación de la ley *stricto sensu* y el segundo el hecho consuetudinario.

La creación de la costumbre por el individuo supone que cada persona actúa como lo harían los demás, respondiendo así al propósito de la generalidad. Este proceso, que en términos krausistas era el resultado de una “construcción mental”, Costa lo explica a través de la psicofísica, porque, a su juicio, la psicofísica se informa de la psicología experimental y mediante ella se pretende explicar, desde planteamientos neokantianos, la psicología de los grupos sociales. Tomando como base estas fuentes científicas, llega al razonamiento de que no toda actividad individual se halla sujeta a los requisitos de un acto psicofísico, pudiendo ser la actividad individual “refleja”, “reflexiva” o “artística”. De este modo, hay producción interior del hecho jurídico (plan) y producción exterior del hecho (ejecución), siendo el hecho jurídico siempre racional porque se realiza destinado a un fin. Las consecuencias de su planteamiento son las siguientes:

- La primacía del derecho consuetudinario sobre el derecho oficial del Estado. No obstante, si bien se conoce por la persona el derecho consuetudinario que uno mismo practica, no ocurre lo mismo con el derecho legislado.

- En la práctica, si el hecho individual genera costumbres jurídicas, está legitimada la acción del individuo que presente el plan a la sociedad para promover a su cumplimiento.

A juicio de Costa, todo hecho supone algo posible o potencial y una actividad que convierta lo factible en positivo, al tiempo que distingue entre hechos de derecho esencial y hechos de derecho positivo y entre hechos *praeter legem*, *contra legem* y *secundum legem*.

Por lo que respecta al derecho individual, afirma que a todo derecho según ley o costumbre precede siempre un juicio individual de esa costumbre o ley; de un cotejo previo de ella con los principios de la razón y la consiguiente adhesión a ella por parte

del sujeto actor, por el cual el hecho, en última instancia, viene a ser siempre hecho de derecho natural, de derecho absoluto. De este modo, reaccionando el hecho sobre la regla positiva, influye poderosamente en su vida, promueve y ayuda a su desarrollo, haciéndola más positiva, dimanando de este principio la doctrina de la “costumbre según ley”, no menos legítima que la “costumbre contra ley” y que la “costumbre fuera de ley”.

Respecto al derecho social, considera que, por efecto de los cambios en las sociedades, acontece a menudo crear un estado de derecho enfrente de otro, siendo uno de los dos consuetudinario y libre, y el otro legal y amparado por la fuerza. A modo de resumen de su doctrina, señala Costa los siguientes puntos:

- El derecho es un principio de dirección para la voluntad y, por tanto, es independiente de la voluntad y superior a ella.

- Es un principio de libertad: su realización no depende de la fuerza exterior, sino de la libre aceptación del sujeto racional: la coacción es un elemento accidental de la vida del derecho y no entra en él como componente.

- Es un principio de beneficencia: consiste en ejecutar libremente algún bien.

- Es un principio de condicionalidad. En esto se distingue de la moralidad, ya que no ejecuta el bien substantivamente, por el bien mismo, sino con el objetivo de servir a otro bien.

- Es un principio racional. En esto se diferencia de la mera relación de utilidad.

- El derecho no es un principio de reciprocidad.

Cuando existe el hecho consuetudinario, los individuos ya no acuden reflexivamente a su razón personal en busca del principio más apropiado a su situación, sino que, cuando se encuentra prácticamente definido este principio, se identifican todos con el orden jurídico que tal hecho representa, llegando a otorgarle valor de dogma positivo, sucediendo tal situación en el Alto Aragón, donde la familia se rige por costumbres no escritas. Por otra parte, destaca que, cuando sobreviene por primera vez este estado de congruencia o contemporaneidad entre el espíritu de los individuos y el de la sociedad, se producen fenómenos opuestos a los indicados y los mismos hechos antes indiferentes para la sociedad se acogen como modelo a imitar.

Es fundamental destacar que en la concepción costista la costumbre tiene como sujeto directo e inmediato al individuo, manifestándose la convicción general en los hechos individuales de uno de los siguientes modos:

1. Por vía de asimilación.
2. Por hechos simultáneos y originales, aislados.

3. Por combinación de los anteriores, produciéndose el modo en diversos lugares aisladamente.

Siendo característico, en la concepción de Costa, la distinción entre derecho necesario y derecho voluntario, señala, por lo que respecta a este punto, que no son posibles hechos indiferentes de derecho necesario, ya que las relaciones que de él dependen no puede abandonarlas la sociedad a la libre voluntad de los particulares y pone su cumplimiento bajo la garantía de una sanción penal. Como consecuencia de ello, los actos individuales o son contrarios a la convicción común de la sociedad, en cuyo caso los persigue y castiga, y cuando no, los considera nulos y de ningún valor, y entonces no hay que hablar de costumbre, o concuerdan plenamente con el sentir común de la sociedad, en cuyo caso se dice que son consuetudinarios. Conforme a su teoría, considera que el derecho necesario no es inmutable: en el momento crítico del cambio se producirá un hecho a la vez contrario y concordante, contrario a lo que la sociedad practicaba antes del cambio y conforme con lo que la sociedad está dispuesta a practicar después del mismo. Este hecho es la primera manifestación exterior del nuevo espíritu, en él está la regla consuetudinaria y no hay necesidad de esperar a que le sucedan otros hechos para reconocer su legitimidad e inducir la existencia de la costumbre.

Invaldar el primer hecho equivaldría a negar la existencia de la costumbre como fuente de derecho positivo. Si el hecho primero es injusto, no puede ser justo el segundo, ejecutado en igualdad de circunstancias; y si se pretendiese el absurdo de que el primero era injusto, y justo el segundo, resultaría que, o bien el primero, por ser contrario a derecho, era ineficaz, en cuyo caso el segundo sería el primero y la costumbre tendría siempre su origen en un hecho único; o se reconocía eficacia al primero a pesar de ser injusto. Entonces la costumbre nacería de dos hechos, uno justo y otro injusto, y, por consiguiente, heterogéneos, lo cual es absurdo; o se considera que el primero con ser ilícito y punible, cuando era solo, se convalida, se convierte en justo cuando viene otro posteriormente en su misma línea. De todo lo expuesto, Costa concluye que únicamente pueden salvarse tales conclusiones reconociendo que es justo el primer hecho.

En cuanto al derecho voluntario, argumenta que, en contra de lo que ocurre con el derecho necesario, para el que solo eran posibles hechos “contrarios” y hechos “concordantes” y, en ningún caso, hechos “indiferentes”, cuando se trata de derecho voluntario, son imposibles los hechos “contrarios”, porque la ley oficial no obliga, teniendo carácter meramente supletorio: los hechos de derecho voluntario o son “concordantes” o son “indiferentes”. En esta esfera de derecho, el Estado superior reconoce a los individuos la facultad de regir por sí sus relaciones particulares, de modo que cada cual obra en la forma que considera más conveniente. El primer hecho producido en distinto sentido de lo anterior es el representante más genuino del espíritu colectivo comparado con todos sus contrarios y expresa mejor que ellos

las convicciones jurídicas de la comunidad. El preanterior, informado en el mismo espíritu, aún era indiferente, pero él ya es concordante —consuetudinario—, y lo serán cuantos le imiten.

Ello se produce así en derecho voluntario porque, mientras la sociedad mantenga el mismo espíritu que informa la ley supletoria, los hechos indiferentes desviados de la norma común serán excepcionales y poco frecuentes, pero, así como se vaya rompiendo el acuerdo, los hechos excepcionales serán menos raros y, por tanto, menos indiferentes, produciéndose una nueva tendencia, opuesta a la que por tradición venía dominando en la sociedad, y acrecentándose progresivamente la proporción de los hechos excepcionales, llegando un momento en que el número de estos se equilibra con el que todavía se produce conforme a la regla tradicional y, en este momento crítico, el carácter de indiferencia ha dejado de ser privativo de los hechos inspirados en el nuevo espíritu: la sociedad no tiene preferencia ni por el nuevo ni por el viejo, y se produce un equilibrio “indiferente”. En este contexto la tendencia nueva sigue desenvolviéndose y la tendencia antigua retrocede en la misma proporción. El primer hecho realizado a partir de este instante crítico decide el éxito de la lucha; en él ha pronunciado la sociedad su voluntad definitiva: el espíritu que ese hecho informa está ya en mayoría, porque tiene a su favor la mitad más uno de los hechos que se producen en el seno de la sociedad, siendo el equilibrio ya estable.

Concluye Costa que todo hecho consuetudinario envuelve una costumbre, no en estado latente, sino plenamente manifiesta y, para inducirla, un solo hecho concordante basta, bien sea de derecho necesario o de derecho voluntario. El principio se cumple tanto en el caso de contemporaneidad, por vía de asimilación o prohijamiento, como por vía de simultaneidad o coincidencia. No obstante señala que la validez del acto único como signo para inducir costumbre, no está admitido ni en la ciencia ni en los códigos, sin embargo, y a pesar de todas las negaciones de la ciencia, la experiencia ha obligado a reconocer en el hecho único una fuerza tal que casi se confunde con la costumbre.

Costa prevé que se le pueda contra argumentar en el sentido de que, si un solo hecho basta, en la misma forma que obró el primero especificando directamente en sus actos el derecho natural, podrán obrar los demás sin que tengan necesidad de atenerse a ley ni a costumbre de ningún género, pero esto no podría ocurrir por los siguientes motivos:

1. La desigual capacidad intelectual de los miembros de una comunidad, ocurriendo que los mejores dotados a este respecto encuentran la norma de conducta correspondiente a un determinado orden de relaciones jurídicas con más facilidad que aquellos cuyas facultades creadoras están menos desarrolladas, y con sus hechos les muestran prácticamente el camino que deben seguir para lograr sus fines.

2. La necesidad de obrar con más rapidez de lo que consiente la reflexión y con más seguridad que la que puede fundarse en una primera resolución no bien medita-

da ni probada. Ello supone la exigencia de que se divida el trabajo jurídico entre las personas, y de que cada persona aproveche la experiencia de los demás.

3. La posibilidad de una omisión, por parte del interesado, en una relación jurídica y la posibilidad de una perturbación o de una transgresión, lo cual lleva consigo la necesidad de que exista un criterio positivo universal, regla supletoria, en el primer caso, reparadora, en el segundo.

Entre la costumbre de derecho necesario y la costumbre de derecho voluntario, existe la misma diferencia que entre los respectivos derechos informados en ellas: la primera, al punto de producida, se hace obligatoria; la segunda continúa siendo facultativa, y su régimen, cuando más, puramente supletorio. En aquel, la regla desusada queda prohibida, en este, la regla que deja de ser supletoria pueden ponerla en vigor los individuos en sus relaciones particulares.

Como conclusión de lo anterior, indica Costa que la costumbre, como regla positiva de derecho, tiene existencia y eficacia plena desde el instante que se ejecuta un solo hecho consuetudinario, siendo contrario a los principios eternos de justicia hacer depender el reconocimiento oficial de aquellas reglas del hecho que se hayan manifestado en una pluralidad de actos. Pero esto no significa que tal pluralidad de actos sea indiferente e ineficaz en la génesis de la costumbre. Para afirmar esto se basa en la siguiente argumentación:

1. El hábito es una forma necesaria de la actividad del ser racional y un instrumento por cuya virtud se forma la tradición, se acumula el progreso y arraiga la ley.

2. El hábito se engendra, unas veces, en la repetición de un cierto número de impresiones, estados, actos o movimientos homogéneos y, otras, en la permanencia o continuidad de una misma impresión, acto o estado, durante un cierto espacio de tiempo. Estos dos modos de generación del hábito son sustancialmente idénticos. Se diferencian porque, en el primer supuesto, cada uno de los momentos de la serie constituye un acto independiente de los demás, separado de ellos por una interrupción, mientras que, en el segundo supuesto, la serie es de tracto continuo, sin suspensión ni cesación de momento a momento.

Un hecho consuetudinario lleva en sí toda la costumbre, pero, en ocasiones, la necesidad jurídica, en cuya atención ha sido ejecutado, ofrece multitud de aspectos, según las circunstancias de cada sujeto individual o de cada entidad colectiva; y, como el primer hecho únicamente atiende a uno de esos aspectos de la necesidad, la costumbre iniciada en él se desarrolla con los hechos sucesivos que cultivan los demás aspectos, se hace más general y comprensiva, abraza el principio ideal de aquella relación en mayor número de matices y de individualidades temporales, siendo por esto que algunas instituciones de derecho transformadas al contacto de las nuevas necesidades se han desdoblado, mostrando nuevos aspectos antes no

conocidos y se han mejorado considerablemente por efecto de la experiencia. La segunda función del hábito es hacer más fácil, rápida y segura la ejecución de los hechos jurídicos; siendo otra de las funciones del hábito, a juicio de Costa, el hacer más fácil y cierta la prueba de la costumbre, es decir, del carácter consuetudinario de los actos jurídicos, ya que, en menor medida, podrá dudarse de la existencia de una voluntad social.

IV. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO *STANDUM EST CHARTÆ* EN LA OBRA DE COSTA

La vinculación que Joaquín Costa realizó entre la libertad civil y el apotegma formal *standum est chartæ* y la consiguiente visión de conjunto del derecho aragonés, como ordenamiento especialmente respetuoso con la libertad de los individuos y los grupos en la regulación de la esfera de sus intereses, sigue inspirando hoy nuestro derecho. A ello debe añadirse la observación acerca de que la libertad civil comprende también en el pensamiento costista la creación de la costumbre, valorada esta como expresión inmediata de la soberanía popular.

El principio de libertad civil, recogido en la tradición aragonesa en el *standum est chartæ*, es el más característico y peculiar del sistema jurídico aragonés vigente, siendo buena muestra de ello la declaración efectuada por la *Exposición de Motivos que precede a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*: "... en el artículo 3 se configura el principio *standum est chartæ* en acatamiento a la tradición jurídica del país sobre autonomía de la voluntad, y libertad civil, concretada en la observancia 16 *De fide instrumentorum*", lo que permite aproximarnos a la idea de que *standum est chartæ*, autonomía de la voluntad y observancia 16 se configuran como conceptos ligados, integrantes y conservadores de nuestra tradición jurídica. Nunca será suficiente, desde esta perspectiva, el reconocimiento a la obra de Costa en Aragón, por cuanto que su obra dio un nuevo rumbo en la interpretación y reconocimiento de la libertad civil en Aragón, esencialmente a través de sus intervenciones y votos particulares en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses celebrado en Zaragoza en 1880.

El *Congreso de Jurisconsultos Aragoneses* que tuvo lugar en Zaragoza del 4 de noviembre de 1880 al 7 de abril de 1881, al igual que los celebrados por aquel entonces en diversas ciudades, pretendía dar un nuevo impulso al aragonés y preparar su codificación en la época en la que se estaba llevando a cabo los trabajos preparatorios del código civil general y del derecho aragonés, habiendo quedado este último imposibilitado para su desarrollo tras el Decreto de Nueva Planta. La iniciativa para la celebración del congreso surgió de Gil Berges, quien la lanzó en el prólogo de la recopilación de fueros publicada por Lapeña, encomendándose la convocatoria y preparación del mismo al Colegio de Abogados de Zaragoza.

La publicación el 2 de febrero de 1880 de un decreto que suponía un avance en la realización del código civil general, previniendo a la comisión de códigos que iniciase la obra de la codificación civil y la dejase terminada en el plazo de un año, hizo modificar la perspectiva del congreso, por lo que las materias esencialmente tratadas fueron las discusiones acerca de si las instituciones forales debían conservarse y ser incluidas en el código general, además de determinar la redacción de una compilación aragonesa hasta que se produjera la publicación del código general. Esta compilación nunca se llevó a cabo, del mismo modo que tampoco se publicó la memoria del congreso, si bien contamos con la inestimable información que recoge la obra de Joaquín Costa *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*.³

A juicio de Gil Berges, dada la índole peculiar de la legislación aragonesa, también en Aragón se sentía la necesidad de reformas legislativas, considerando que, en lo relativo a aquellos principios cardinales del fuero, los aragoneses no podrían consentir que fueran abolidos (condiciones de la capacidad jurídica, tutela paterna, derecho de viudedad, libre constitución de la familia, testamentifacción...). La situación de aquel entonces hizo surgir cuestiones gravísimas, bien por deficiencia de los textos, o por consecuencia de la idiosincrasia de muchos funcionarios extraños al país, refractarios a la especialidad del derecho foral que daban origen a infinidad de fracasos, o bien por la indecisión de la jurisprudencia, que hacían precisa la realización de una compilación orgánica del conjunto del derecho foral.

Señala Costa, en el punto relativo a los antecedentes del congreso, que la idea lanzada por Gil Berges fue recogida por el abogado Luis Polo, asociándosele en tal empresa su compañero de profesión Ambrosio Tapia y promoviendo juntos el 15 de febrero de 1880 una reunión de letrados de Zaragoza con el fin de comunicarles su proyecto. Declararon los convocados útil y factible la idea de codificar el derecho civil aragonés, con la salvedad de que, si llegaba a publicarse el código civil español, se estudiase el modo de salvar lo que fuese digno de conservar del derecho foral vigente en Aragón y de incluirlo en tal código general. La junta de gobierno del Colegio de Abogados de Zaragoza, en sesión de 19 de febrero, acogió con entusiasmo el acuerdo relativo a la codificación del derecho civil aragonés; pocos días después, Luis Franco, a la sazón nombrado miembro correspondiente de la comisión general de codificación para representar al territorio aragonés en la redacción del proyecto de código civil, se dirigió al Colegio de Abogados de Zaragoza adelantando su opinión acerca de las reformas que sería conveniente introducir en el derecho civil aragonés, sometiendo a la consideración del colegio los problemas esenciales de la reforma.

³ Publicado por vez primera en la Imprenta de la Revista de Legislación de Madrid en 1883.

Doscientos setenta abogados contestaron a la circular de la comisión organizadora, adhiriéndose a los acuerdos del Colegio de Zaragoza y confirmando su asistencia a las sesiones o a delegar a otros su representación.

Se encomendó a los señores Comín, Guillén y Ripollés la redacción de un cuestionario que se puso en circulación el 20 de septiembre y que comprendía, distribuidos en siete capítulos, los temas que serían objeto de las discusiones del congreso. Señala Costa que el cuestionario escrito por la comisión codificadora se dividió en seis capítulos y un título preliminar, apareciendo en este último, como tema segundo, el principio *standum est chartæ* en los siguientes términos: “¿Interesa conservar el sistema de interpretación fundada en el axioma foral *standum est chartæ*?”.

Correspondió a la sección primera del congreso, cuya mesa estaba formada por los señores Moner, Costa, Sasera y Zugarramundi, discutir la cuestión de la libertad civil y *standum est chartæ* —como la expresión tradicional, este último, de la libertad civil realizada históricamente en el derecho aragonés. Correspondió a Costa elaborar el proyecto de dictamen que la sección aprobó, resumiendo en el mismo sus reflexiones acerca de los estados jurídicos, la libertad civil, la costumbre y la codificación, plasmándose todo ello en la obra anteriormente indicada y marcando un hito fundamental en el tratamiento y consideración del derecho aragonés.

El apotegma foral *standum est chartæ* es considerado por Costa el alma de la legislación aragonesa, criterio universal de interpretación de las voluntades particulares, traducido por el pueblo como “pactos rompen fueros”. Partiendo de que la libertad civil ha sido el nexo de unión entre tradicionalistas y liberales, considera que debe ser asimismo el centro de confluencia entre la legislación aragonesa y el resto de legislaciones peninsulares, además del criterio común que conciliará a todas ellas en un código nacional único, definiendo el principio de libertad civil en su obra *Teoría del hecho jurídico. Individual y social* como “... aquel régimen en que el Estado superior respeta a los individuos y a las familias la libertad de acción dentro de su esfera privativa, limitándose el papel de regulador en el Código de las formas en que se traducen espontáneamente el derecho voluntario, y sancionándolo con carácter voluntario o docente”. Tanto es así que, a su parecer, los aragoneses marcan como único límite a su sumisión la libertad, “porque abrigan la convicción de que al decir libertad dicen justicia, y la justicia no puede transigir, porque es eterna y no depende de la voluntad del hombre”. Ello tenía su razón de ser en que, a su juicio, si bien Aragón se siente solidario con el resto de las comunidades, no puede oprimirse en Aragón lo que siempre ha sido libre —la familia y el individuo—, al tiempo que consideraba que Aragón se presentaba en el concurso de legislaciones abierto ante la comisión codificadora de Madrid, con la *charta* constituida en fuente primordial de derecho, como expresión de la voluntad individual, promoviendo la generalización de este principio en el sistema de codificación general.

En el capítulo segundo de su obra pone de manifiesto la importante cuestión de que los asuntos referentes a Aragón estaban injustamente relegados a un perdurable olvido. Costa no era contrario al sistema de codificación general con aplicación en España, si bien su postura estaba muy lejos de considerar admisible el procedimiento utilizado por el legislador español, basado en la liquidación general del rico caudal de códigos, compilaciones, fueros provinciales y municipales, *usatges* y observancias. Por el contrario, considera fundamental para comenzar la tarea de legislar para un pueblo analizar la esencia del mismo, manteniendo que España no era una unidad homogénea, sino diferenciada en miembros que a la vez eran unidades vivas, poseyendo cada uno de ellos aptitudes especiales para un orden determinado de aptitudes, destacando Costa que en Aragón no cabe hablar de heroísmo ni de conquistas para definir al pueblo aragonés, sino que Aragón se define por el derecho, afirmando con rotundidad que "... en Aragón, el Derecho es obra directa e inconsciente del espíritu colectivo".

Si bien afirma que en todas las legislaciones se encuentra consagrado tal principio, en ninguna ocurre ni actúa del mismo modo que en Aragón, ya que en Aragón *la carta* es la fuente primordial y abarca todas las instituciones jurídicas, mientras que en el resto de los territorios con derecho propio obra por excepción y arbitrariamente, llegando a afirmar que impregna de tal modo el principio *standum est chartæ* nuestro ordenamiento jurídico que "Aragón entero tiene su ser en la carta, y suprimir este régimen valdría tanto como suprimir esa llama que mantiene vivo el calor", de tal forma que un código no inspirado en este principio, lejos de ser un organismo vivo, se petrifica desde el mismo momento de su promulgación.

Otro de los beneficios, que a juicio de Costa, resulta de la aplicación de este principio es que posibilita que, cuando el trabajo de la legislación oficial se detiene —como ocurrió en Aragón tras el Decreto de Nueva Planta—, la vida del derecho continúa en funcionamiento, porque continúan en acción las energías creadoras del espíritu colectivo.

La generalidad del apotegma sería indicio vehemente del reconocimiento por el estado de la libertad de las esferas inferiores. A modo de ejemplo, cita que, en virtud de la generalización de este principio, la familia aragonesa es un verdadero estado de derecho y no un mero elemento atómico componente del estado o de la nación. Contraponiendo la familia castellana a la aragonesa, mientras aquella es imperfecta porque vive solo en el presente, esta, en virtud del heredamiento universal que el principio *standum est chartæ* posibilita, no solo contempla el pasado sino también el porvenir, subsistiendo durante siglos, ya que como la ley no la constituye tampoco la disuelve. Concluye que los mismos efectos que produce sobre la familia los produce sobre el individuo, siendo este un "Estado de Derecho" en los asuntos que le conciernen y, en virtud de este principio, "se ha formado el carácter del pueblo aragonés; de ahí le viene esa formalidad y esa discreción que todos le reconocen, el aplomo y

la sensatez con que se conduce en la vida pública, la previsión exquisita con que procede en las relaciones privadas, el espíritu refractario a todo asomo de tiranía, y el tesón con que se lanza a defender la patria y la libertad cuando algún peligro las amenaza”.

A modo de resumen, la sección presentó las siguientes propuestas:

1. El Código debe separar en dos secciones, dentro de cada institución, sus condiciones obligatorias y sus condiciones voluntarias, o lo que es lo mismo, debe distinguir entre aquellas que rigen por ministerio de la ley y aquellas que rigen solo por voluntad de los particulares, y que los particulares en sus cartas pueden derogar.
2. Para deslindar ambas condiciones, debe atenderse al derecho aragonés preferentemente sobre cualquier otro, por ser el que mejor ha trazado la línea divisoria entre ambos.
3. Para determinar el criterio con que han de interpretarse la voluntad de los particulares, debe establecerse en el código el siguiente orden de prelación: 1. La *charta*; 2. La costumbre local; 3. La costumbre general introducida en el código en calidad de derecho supletorio.

El congreso aceptó las dos primeras proposiciones de este dictamen, rechazó la tercera y adicionó dos referentes a hermeneútica legal, por lo que entendía que no competía ninguna función a la costumbre, negándole toda eficacia como fuente de derecho en lo venidero. El origen de este sentido se encontraba ya en la génesis del congreso, al plantear la comisión organizadora del mismo en el cuestionario si “¿Interesa conservar el sistema de interpretación fundada en el axioma foral *standum est chartæ*?”, lo que permite deducir que para la comisión organizadora el principio foral era una regla de hermenéutica, mientras que, por el contrario, para la sección primera del mismo se trataba de la consagración de la libertad individual en la perspectiva civil que permitía el respeto de la voluntad de los particulares con carácter preferente a lo preceptuado en la legislación.

La defensa realizada por Costa respecto al principio de libertad civil en el derecho aragonés no supone, a su juicio, la negación del derecho necesario, sino que, fundamentando en la carta la fuente primordial del derecho, considera que solo el aspecto público de cada institución es inaccesible. Es decir, conjuga la prioridad del derecho manifestado por los particulares con los límites obligatorios de cada institución, lo que le lleva a proponer la siguiente estructura para el futuro código:

•En primer lugar, deberían incluirse las normas imperativas de cada institución, es decir, aquellas que comprenden sus disposiciones obligatorias. Ello supone que no toda la institución es regulada de un modo necesario o imperativo, sino solo aquellas condiciones de la misma respecto de las cuales no rige la *charta*, sino solo la ley, suponiéndose implícitas las mismas en todo acto o en toda relación contraída, no procediendo respecto a las mismas renuncia expresa ni tácita de los particulares.

•En segundo lugar, deben de regularse las condiciones voluntarias de cada institución, rigiendo estas exclusivamente cuando los particulares las acepten implícita o explícitamente. Estas deben incluirse porque los particulares no siempre tienen conocimiento del derecho aplicable y por la rapidez en la producción de los hechos jurídicos, sin ser en ningún caso indiferente cual sea la norma supletoria.

Considera Costa que la aplicación de tales principios es precisa porque, cuando una persona ha guardado silencio acerca de una relación de derecho que ha contraído o de un acto ejecutado, se presume que pretendía lo mismo que la generalidad de sus vecinos en el mismo supuesto, de modo que si la regla que observan sus vecinos es una costumbre local o regional distinta de la introducida en el código como derecho supletorio, es aquella, y no esta última, a la que debe atenderse para interpretar la voluntad.

En 1880 la generalidad de los juristas aragoneses entienden por *standum est chartæ* un concepto muy alejado de la libertad civil tal y como fue planteado por Costa, representando para ellos una norma restrictiva de interpretación, tanto de los documentos o actos de los particulares como de los fueros o normas legales. Criterio hermenéutico de interpretación que, aplicado a los documentos de los particulares, se complementa con la prohibición de probar mediante testigos en contra de lo escrito en la carta y con la prohibición de interpretar más allá de su sentido literal la voluntad de los particulares plasmada en el documento. Este criterio de interpretación referido a los fueros aragoneses debe imputarse a la tendencia de los juristas educados en el derecho romano a restringir todo lo posible el ámbito de aplicación de las normas aragonesas, reducidos a los casos expresamente considerados, mientras que en los demás supuestos se aplicaría el derecho común romano-canónico.

Frente a esta situación, como arma contra el derecho común para evitar la aplicación de las leyes romanas, aun de las imperativas, fue utilizado el principio *standum est chartæ* por los aragoneses. Esta reacción no supone una originalidad absoluta del derecho aragonés, ya que, en los derechos de costumbres francés y alemán, aforismos casi idénticos significaban la misma lucha del derecho propio contra las pandectas y la técnica romanista de jueces y abogados, si bien llegó más lejos el derecho aragonés al proclamar por boca del pueblo “pactos rompen fuero, pactos quitan fuero”, de modo que no solo los preceptos romanos, sino también los promulgados como fuero por el legislador aragonés pueden ser evitados si se pactan de otro modo. No obstante, existiendo en los fueros aragoneses preceptos imperativos y prohibitivos contra los que nada valdría el pacto en contrario, estos son los menos.

En virtud de los argumentos precedentes, Joaquín Costa no solo rechazó la consideración planteada inicialmente en el cuestionario, sino que llevó el principio de autonomía de la voluntad al lugar que le correspondía en el sistema jurídico aragonés, esto es, de regla general de validez y preferencia de la declaración de voluntad sobre las

propias leyes, así como la presunción del carácter meramente dispositivo de estas, principio a aplicar por el juez e inspirador de todo el ordenamiento y de sus singulares preceptos. Para Joaquín Costa la libertad civil —ideal jurídico-filosófico que había tomado de las fuentes krausistas—, resulta ser realidad en Aragón, determinando por sí solo todo un régimen civil frente al régimen civil romano, a la vez que constituye el único principio original que registra la historia del derecho positivo desde Justiniano, reconociendo unas relaciones de derecho necesario, donde sería inaplicable el principio *standum est chartæ*, que constituyen el aspecto público de cada institución y otras, de derecho voluntario, donde este sería perfectamente aplicable.

Tomando como base esta distinción, solicitó en 1886 Gil Berges al Congreso Jurídico Español que “el poder público establezca en el código las condiciones necesarias e ineludibles de toda institución [...] pero fuera de ahí reconozca y proclame con valentía que la libertad individual en la contratación civil, en las capitulaciones matrimoniales, en la constitución de derechos reales [...] no debe tener otros límites que los que la moral señala a los actos humanos”.

V. EL DERECHO CONSUECUDINARIO EN EL CONGRESO DE JURISCONSULTOS ARAGONESES DE 1880

El debate acerca de la costumbre en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses se planteó en el capítulo preliminar como tema primero en los siguientes términos:

Tema I: ¿Es oportuna y conveniente la codificación del derecho civil foral, vigente en Aragón, aceptando las reformas y supresiones aconsejadas por la experiencia? Caso afirmativo, ¿deberá solicitarse que el Código Civil de Aragón sea promulgado, desde luego, como ley, o deberá pedirse solamente que se incluya en el Código general civil de España como excepción del derecho común? En el supuesto de que se optara por la formación de un Código aragonés, ¿adonde debería acudir para suplir sus deficiencias, al derecho general, a algún otro derecho, o a la equidad actual?

Las conclusiones aprobadas por el congreso en la sesión del día 18 de noviembre de 1880 fueron las siguientes:

1. Es oportuna la codificación del derecho civil foral vigente en Aragón.
2. No solo es oportuna, sino también conveniente la codificación del derecho foral vigente en Aragón.
3. Al hacer la codificación del derecho civil aragonés, deben aceptarse las reformas y supresiones aconsejadas por la experiencia.
4. Hecho el código civil aragonés, deberá solicitarse que sea desde luego promulgado como ley en Aragón, y que rija mientras no se publique el código civil general de España.

5. Si llega a formularse un proyecto de código general civil de España, deberá solicitarse que se incluyan en él las instituciones fundamentales del derecho civil aragonés como derecho general de España o como derecho particular de Aragón.

6. Después de formado el código civil aragonés, deberá acudir al derecho general para suplir sus deficiencias.

Como recoge Joaquín Costa en el capítulo segundo de su obra *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, bajo la rúbrica de “Carácter general del derecho aragonés: la libertad civil. Espíritu del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses”, mes y medio antes de la apertura del congreso circuló un cuestionario detallado, planteando los términos en que había de proceder aquel para realizar una revisión general del derecho aragonés e indicando los puntos capitales en los que había que centrar la discusión. En este cuestionario, muy a pesar de Costa, solo estaban previstas las instituciones forales escritas, obviando por completo las instituciones consuetudinarias, con el fin de que estas últimas no pudieran ser objeto de codificación. Para Costa este olvido era imperdonable, máxime cuando él consideraba que el derecho consuetudinario alcanza en Aragón una importancia excepcional. A continuación se exponen sus argumentos básicos.

Territorialmente considerado, ofrece el derecho aragonés las siguientes particularidades: la existencia en Aragón de un doble derecho positivo: el derecho pirenaico o de la izquierda del Ebro, de lo que podría ser llamado Aragón ulterior —vulgarmente conocido como Alto Aragón—, el cual ha conservado su primitiva forma oral; y el derecho del Aragón citerior, que es el escrito en *Fueros y observancias*. El primero es el primitivo, siendo esencialmente sus instituciones las correspondientes a los antiguos estados pirenaicos. El segundo es una especie de transición entre aquel y el de Castilla. El primero lo caracterizan esencialmente el heredamiento universal, el consejo de familia, el derecho de viudedad o usufructo viudal prorrogado a los segundos matrimonios, la adopción en defecto de hijos o nietos. El segundo lo distinguen la distribución generalizada, aunque voluntaria, del caudal hereditario por partes iguales entre los hijos, el usufructo viudal limitado al tiempo de la viudedad y la no existencia del consejo de parientes ni de adopción, al menos en las condiciones de la costumbre pirenaica.

Para Costa era obvio que si el código civil proyectado por el congreso de Zaragoza debía ser verdaderamente aragonés, este debía incluir la legislación consuetudinaria, no bastándole a la comisión para tal fin tener en cuenta los materiales que le brindaban las colecciones impresas de *Fueros y observancias*, ya que ambos tipos de materiales son de idéntica naturaleza y revisten la misma autoridad, si bien su forma de expresión es diferente.

Desde estas consideraciones y para evitar el olvido del derecho consuetudinario, a Joaquín Costa no le quedó sino la posibilidad de presentar, por vía de adición al cuestionario, varios temas de discusión sobre diversas instituciones consuetudinarias que

conoció debido a las investigaciones llevadas a cabo personalmente, así como un tema general, indicando que se procediese, como operación previa a la codificación, a recopilar y fijar por escrito las costumbres jurídicas que regían por práctica en Aragón y que no habían sido escritas nunca.

Temas adicionados al cuestionario por Costa:

1. Siendo Derecho vigente en Aragón el consuetudinario, hay que proceder, como operación previa a la codificación, a redactar y fijar por escrito las costumbres jurídicas aragonesas que han conservado hasta el presente su forma oral.

Conclusiones aprobadas por el congreso en la sesión de 14 de enero de 1881 referidas a la propuesta de Costa:

1. Se declara conveniente la recolección de costumbres generales aragonesas relativas al Derecho Civil.

2. La Comisión especial redactora del Código será la encargada de proceder a dicho trabajo en la forma más fácil y conveniente.

3. Dicha Comisión calificará aquellas que por su importancia, generalidad, caracteres de tradicional, fuerza en la opinión o respetabilidad merezcan ser incluidas en la ley positiva.

4. Si estos trabajos preceden a la publicación del Código general y foral proyectados, se procurará que las citadas costumbres se respeten y sancionen en el mismo, y si la publicación del Código antecede, se procurará su conservación en la ley, ante el poder legislativo de la Nación.

Otros temas que añadió fueron los siguientes:

2. ¿Debe trasladarse al nuevo Código el Fuero único *De iis quae Dominus rex* y el Privilegio General, en cuanto reconocen a la costumbre local valor de preferencia sobre el Fuero? (No se discutió).

3. ¿Deben continuar rigiendo las reglas forales de hermeneútica? Caso negativo, ¿con cuáles han de sustituirse? Caso afirmativo, ¿con qué adiciones, supresiones o rectificaciones? (No se discutió).

4. ¿Conviene introducir en el Código Civil aragonés el Consejo de Familia? Caso afirmativo, ¿Qué extensión debe darse a sus atribuciones y cuál debe ser su organización?

Conclusión aprobada en relación a ellos por el congreso en sesión de 12 de abril de 1881:

El Consejo de Familia se trasladará del Fuero al nuevo Código teniendo en cuenta como precedentes, para completarlo y sistematizarlo, el consejo doméstico de la costumbre altoaragonesa y el regulado por el proyecto de Código Civil de 1851 y por las leyes de otros países en que se conoce esta institución, en los casos y formas que estime sea justo y conveniente la Comisión encargada de redactar el Código Civil aragonés.

Continuando con las adiciones:

5. ¿Es preferible, en materia de patria potestad, el sistema aragonés o el castellano? ¿Qué obligaciones impone esta función? ¿Qué derechos atribuye? ¿A quién incumbe su ejercicio? ¿Debe subsistir en las leyes el llamado poder marital? ¿Quién debe llevar la voz y representación de la familia? (No se discutió).

6. Si debe modificarse la firma de dote del fuero, conforme a la costumbre del Alto Aragón, donde bajo el nombre de reconocimiento, está admitida con carácter de reciprocidad, o sea, como dote del marido del marido a la mujer y de la mujer al marido. (No se discutió).

7. ¿Cómo debe legislarse cada una de las dos formas de la hermandad conyugal, denominadas hermandad llana y agermanamiento? (No se discutió).

8. ¿En qué forma debe articularse en el Código la institución consuetudinaria conocida con el nombre de acogimiento o casamiento sobre bienes? (No se discutió).

9. ¿Debe admitirse el testamento ológrafo en Aragón? Caso afirmativo, ¿en qué forma y con qué límites? (No se discutió).

10. ¿Deben regularse en el Código el arrendamiento de ganados a diente, y el contrato de pupilaje de animales? Caso afirmativo, ¿ha de hacerse en la forma en que se practica por costumbre en el Alto Aragón, o de otro modo?

Conclusiones propuestas por el ponente de la sección cuarta:

1. Deben regularse en el Código el arrendamiento de ganados y el contrato de pupilaje de animales.

2. Debe hacerse en la forma en que se practica por costumbre en Aragón, si bien respetando lo estipulado por las partes en el ejercicio del derecho que les otorga la libertad de contratar.

El resultado de los debates y votaciones no fue en modo alguno el deseado por Costa, sino que, por el contrario, las primeras costumbres que se sometieron a discusión naufragaron en el seno de las secciones que, asimismo, propusieron que no se les diese cabida en el código, mostrándose desfavorables a la recolección del derecho consuetudinario no escrito. Ante este panorama, Joaquín Costa no cesó en su empeño e impugnó el dictamen de la sección en los siguientes términos: “La Sección primera propone que sea desestimada la conclusión que va envuelta en el enunciado de este tema. Yo, por el contrario, suplico al Congreso que la acepte, a fin de que el Código Civil Aragonés sea compendio y resumen de todo nuestro derecho patrio, no tan solo de una parte de él, y expresión viva y acabada de nuestro estado jurídico presente”.

Considera Costa que el congreso constituía una asamblea deliberante en la que Aragón brinda sus costumbres jurídicas, que ha creado para satisfacer necesidades que no satisface el fuero, y pide al congreso que las respete y les preste autoridad oficial introduciéndolas en el código civil aragonés, a la vez que el congreso, de actuar así, ofre-

cería a las cámaras españolas fueros y observancias preferibles a las leyes que observa la mayoría de la nación y solicitaría que fueran respetadas e incluidas en el código civil español como derecho general o como excepción para Aragón.

Para Costa no es suficiente que el legislador sea meramente pasivo, limitándose a declarar la eficacia de las costumbres en el territorio donde se apliquen, previa prueba de su existencia, sino que, por el contrario, este debe recoger de la tradición oral esas costumbres, imprimiéndolas de unidad, otorgándoles una forma de expresión más concreta y definida y regularizando la producción de actos que por tales reglas gobiernan. Para ello propone que se recolecten con esmero las costumbres, si bien no es solo esta la razón por la que deben ser llamadas a participar del beneficio de la unificación y escritura, en primer lugar, y, posteriormente, de la codificación, siendo sus razones esenciales las que se exponen a continuación:

- La conveniencia de ofrecer a las personas privadas una o más fórmulas jurídicas para cada acto (las más acreditadas por la experiencia o más usadas en el país) a fin de evitarles el trabajo de establecerlas por sí con grave riesgo de equivocarse o de omitir alguna de sus condiciones jurídicas más esenciales.

- La necesidad de interpretar la voluntad de los particulares cuando han guardado silencio acerca de alguna relación jurídica que han contraído y la presunción legal de que, en tal caso, entendieron regirla en la misma forma o por la misma regla que la mayoría de sus convecinos aplica a los actos análogos. De no realizarse así, a su juicio, se provocaría una dificultad esencial en su aplicación por los tribunales a causa del desconocimiento de estos y, si los interesados la invocan, quedaría pendiente su aplicación del arbitrio del juez, que debe cerciorarse de su existencia, de su alcance y de los términos precisos en que este se concibe.

Por lo que respecta a la prueba de la costumbre, entendía que había sido un error general en Europa entender que la costumbre tiene un carácter meramente privado y que, cuando un particular la invoca, es deber suyo probarla. La única excepción ha sido Aragón que, con su peculiar instinto jurídico, se libró de caer en semejante error y confió al juez el cuidado de averiguar la existencia y los caracteres de la costumbre invocada por los particulares, demostrando que tanto la costumbre como la ley constituyen no un hecho, sino un criterio para el juez, y el criterio debe tenerlo de oficio, independientemente de la invocación de los particulares, no abandonando su prueba al particular.

- Cuando la regla consuetudinaria no fija en un texto bien definido su contenido y el juicio está encomendado a personas a quienes esas costumbres resultan extrañas, el juez, civilmente extranjero, se siente llevado a no ver en aquellas formas que se le presentan sino el mismo contenido jurídico, el mismo derecho que vivió en su territorio y que aprendió en las aulas. Ello supone que la regla consuetudinaria se desgasta, se transforma, no por la acción espontánea del pueblo, sino por la acción de la interpretación judicial; comparando la situación con la ocurrida con el derecho indio en manos del Reino Unido.

Previendo que lo anteriormente expuesto no convenciera a su auditorio, argumentó a su favor el fuero *de lis quae dominus rex*, que ordena que sean observados los fueros y las costumbres generales y locales, *usus et consuetudines regni Aragonum et locorum ipsius [...] usus et consuetudines tam particularia quam generalia*.

Don Joaquín no se limitó a proponer las argumentaciones analizadas, sino que expuso el procedimiento a seguir para que fuera factible la codificación de la costumbre:

- Abrir una información para que los notarios, registradores y abogados de cada partido judicial certificaran acerca de las costumbres que tienen curso en su domicilio o demarcación territorial.

- Imprimir un cuestionario o un proyecto de articulado que sería remitido a los notarios, abogados, ayuntamientos y párrocos de cada comarca para que lo contestaran, indicando si habían sido bien interpretadas en el mismo las prácticas del país y, en su caso, realizando las correcciones o adiciones pertinentes.

- Enviar uno o dos comisionados peritos en derecho a recorrer las tres provincias aragonesas para poner por escrito y presentar formuladas y articuladas todas las costumbres existentes en el Alto Aragón, acompañadas de certificados que atestiguaran su autenticidad.

De lo expuesto resulta evidente la consideración que Joaquín Costa concede a la costumbre, otorgándole especial relevancia entre las fuentes del derecho. Para estudiar este tema con rigor, es preciso continuar examinando las argumentaciones de Costa al respecto en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880.

En primer lugar, comienza fijando la naturaleza consuetudinaria de las leyes supletorias. Los antiguos jurisconsultos —señala Costa—, dividían las instituciones jurídicas en instituciones de derecho público e instituciones de derecho privado, distinguiéndose dos órdenes de relaciones: unas, que se refieren a la naturaleza humana en su concepto absoluto, en aquello que constituye su esencia, sin lo cual dejaría irremisiblemente de ser y se encuentra en todo ser racional, independientemente de toda condición de espacio y tiempo; otras, que se refieren a la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable, en aquello que la constituye en ser individual y propio y que distingue a cada uno de los demás y lo erige en centro de vida independiente, con dirección propia y responsabilidad.

En función de ello, distingue el derecho que nace de las primeras condiciones, que es absoluto e inmutable, sin haber respecto a él la libertad de elegir y, por tanto, sin admitir la cláusula *standum est chartae*, por tratarse del aspecto público de cada institución. Por el contrario, el derecho que nace de las segundas condiciones es relativo, flexible e individual, permitiendo elección de medios y variedad de acción.

En función de estas dos categorías, cabría distinguir en un código, a su juicio, dos partes a las que este deberá limitarse:

1. Proposiciones acerca de aquello que se reputa afectar a la esencia de cada institución y debe, por tanto, legislarse con carácter obligatorio.

2. Declaración de que en todo lo demás *standum est chartæ*.

No obstante lo anterior, tan solo con estas dos partes, una, obligatoria e imperativa y, otra, de mero reconocimiento de la libertad individual, el derecho no habría cumplido la misión y el destino que está llamado a desempeñar en el mundo. Por ello, añade Costa al respecto, que los usos generales de derecho voluntario, creados por la colectividad, debe incluirlos el legislador en el código, constituyendo una nueva sección dentro de cada institución jurídica, como ocurre en el código francés o en el código de Portugal, de igual modo que el fuero aragonés no se limita a proclamar la soberanía de los contrayentes, ordenando al juez *stare et judicare ad cartam et secundum quos in ea continentur*, sino que establece una forma supletoria, desarrollándola en multitud de disposiciones, las cuales, “solo tienen lugar cuando nada hayan dicho los contrayentes acerca de los extremos que abrazan”.

Estas normas voluntarias deberían introducirse en el código por dos razones:

1. Porque los particulares no siempre tienen experiencia de los actos que han de ejecutar y el legislador les ofrece, ya desarrollada de un modo preciso y concreto, la forma más usual, la más conforme con el sentimiento jurídico de la generalidad y más acreditada por la experiencia.

2. Porque los hechos de la vida se producen con tal rapidez que les resulta imposible a las personas privadas determinar en cada acto las condiciones de su producción, sus futuras contingencias y sus resultados. Tal es así, que se ha erigido en regla la presunción de que, cuando un particular no se ha dado ley propia en todo o en parte con respecto a una determinada relación de derecho que ha contraído, ha querido lo que la mayoría de sus vecinos: ha aceptado lo acostumbrado por la generalidad. Esto es porque el legislador debe recoger y fijar esa costumbre y trasladarla al código. En caso contrario, al ser la norma supletoria del código distinta de lo que acostumbra la generalidad, esta última solo se sostiene por los que obran mediante carta, y, al ser estos minoría, no tardaría en caer en desuso, máxime porque la ley supletoria ejerce una especie de coacción moral e induce a regir los actos, aun siendo libres las personas para variarla en sus actos o relaciones.

En vista del acuerdo negativo del congreso, referente a la admisión de la costumbre como fuente permanente de derecho positivo civil, puso todo su empeño en el tema que proponía la inclusión en el código de las costumbres vigentes en Aragón no articuladas ni escritas en su tiempo, seguro de que, si se lograba este objetivo, no

llegarían a hacerse sentir los efectos del anterior acuerdo. Pero la sección primera consideró que no procedía la recolección ni la codificación del derecho consuetudinario vigente en Aragón; no obstante, como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, el congreso se mostró menos intransigente que sus secciones y más respetuoso con la soberanía del pueblo. De este modo, quedó a salvo el principio de recolección y codificación de las costumbres vigentes en aquel momento, si bien ello fue por una inconsecuencia, porque, si se desechó la costumbre como fuente sustantiva y permanente de derecho, demandaba la lógica que las costumbres vigentes, lejos de ser investidas de autoridad oficial, fuesen desautorizadas y perseguidas como ilícitas.

Ante este panorama, Joaquín Costa presentó una proposición en la que solicitaba que fuesen retirados de la discusión todos los dictámenes emitidos por las secciones, basándose en el informe de temas que había presentado sobre multitud de costumbres particulares que le eran conocidas personalmente. Esta proposición fue aprobada y retirados los dictámenes, deseando Joaquín Costa que la comisión general de códigos y la cámaras españolas se inspiraran en el criterio liberal del fuero aragonés y del congreso de Zaragoza, huyendo de la estrechez de miras que presidió la redacción del proyecto de código civil de 1851.

En la caja 89, carpeta 25.2, del Archivo Histórico Provincial de Huesca encontramos cinco hojas manuscritas en las que se recoge la opinión de Costa referente a la retirada de instituciones en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880, que permite interpretar su postura con mayor claridad que el texto que definitivamente apareció publicado en su obra *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*. Costa pretendía, a través de distintos métodos como la presentación de enmiendas y temas adicionales, el tratamiento y consideración del derecho consuetudinario de Aragón por parte del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses. El congreso optó por recopilar las costumbres jurídicas existentes y efectuar su estudio crítico, a lo que Costa respondió que mal podía decidir el congreso sobre el futuro de las instituciones consuetudinarias aragonesas porque le eran desconocidas o no conocía en profundidad. Ante este panorama, considerando que el desarrollo de las instituciones no se producía por el camino deseado, optó por proponer la retirada de instituciones objeto de discusión, así como de los dictámenes que se hubieran producido en el seno de las secciones.

Considerando que según el acuerdo adoptado el día 14, la Comisión codificadora ha de proceder a recolectar las costumbres de Derecho vigentes en Aragón y practicar un estudio crítico de ellas, a fin de deducir cuales de ellas deben ser elevadas a precepto escrito. Considerando que no hallándose recolectadas aún y no siendo por tanto conocidas del Congreso, no puede este juzgarlas ni tomar acuerdo favorable o desfavorable con respecto a ninguna de ellas en particular.

El individuo del Congreso que suscribe tiene el honor de proponer que se retiren los temas referentes a casamiento en casa, acogimiento, agermanamiento, y demás, o

en su caso, de los dictámenes que de ellas hubieran emitido las Secciones respectivas y se las considere comprendidas a todas en el acuerdo general citado sobre recolección de costumbre.

He visto que se pronunciaba el espíritu de la mayoría desfavorable y adverso al Derecho Consuetudinario, nada me extraña, dadas las corrientes que han dominado hasta ahora en Europa y que principian a tomar una dinámica nueva. Es deber mío haceos notar de una vez por todas la aplicación de todas las costumbres cuya admisión ha pedido el Congreso que entremos a discutir; la última vez que hablo en el Congreso por obligarme mis ocupaciones a privarme desde hoy de la enseñanza que vine a buscar y que he encontrado entre vosotros y por las cuales no estaré nunca bastante agradecido.

Si bien en nombre del Alto Aragón había reclamado la restauración y la codificación de las instituciones consuetudinarias y de las instituciones forales escritas, quiso evitar que recayera votación sobre cada una de ellas en particular. A causa de la hostilidad con que habían sido tratadas en las secciones y temiendo que naufragaran las votaciones, pretendía que no se perdiera la posibilidad de acogerlas en la comisión codificadora, que le inspiraba mayor confianza. Por tales motivos solicitó su retirada, siendo aprobada tal moción y retirados los temas a los que aludía, con la sola excepción del consejo de familia.

VI. CONCEPCIÓN DE LA CODIFICACIÓN GENERAL

La obra de Joaquín Costa *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, como señala el profesor Cheyne,⁴ se nutre de artículos publicados con anterioridad, recogiendo en el mismo materiales que provienen especialmente de volúmenes anteriores de Costa, aunque con distinto título, en concreto del *Derecho consuetudinario del Alto Aragón* (1880) y de *Materiales para el estudio del derecho municipal consuetudinario de España* (1885), si bien muchos de sus trabajos fueron publicados antes en una importante serie sobre derecho consuetudinario que recogió la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* de Madrid. La primera edición del libro correspondiente al primer tomo, aunque sin fechar, se estima probable que corresponda al año 1902; por lo que respecta al segundo tomo, aparece fechado en 1902, por lo tanto el libro aparece cuando llevaba en vigor más de diez años el Código Civil General.

En el prólogo de la obra *Derecho consuetudinario y economía popular de España* analiza Joaquín Costa los propósitos esenciales de la misma, al tiempo que trata la cuestión de la codificación general. Por la trascendencia de la cuestión, se procede a continuación al análisis del mismo.

⁴ *Estudio bioibliográfico de la obra de Joaquín Costa*, Guara editorial. Zaragoza 1981.

Costa pretende con esta obra ofrecer al pueblo aragonés un análisis de sus más originales creaciones jurídicas, a fin de que este comience a poner en práctica los mecanismos para su defensa y no las deje perder por negligencia o abandono, así como ofrecer a los legisladores españoles una muestra viviente de jurisprudencia consuetudinaria, creada y mantenida al amparo de una codificación expansiva y, por tanto, opuesta a la castellana. Expuestos tales propósitos, nos señala la técnica utilizada, basándose esencialmente en un trabajo de campo, esto es, en visitas a los pueblos del Alto Aragón y en la consulta directa de protocolos y archivos particulares, así como de libros del registro, notarías, junto a la consulta directa a registradores, notarios, abogados, labradores, párrocos... De los materiales obtenidos deduce el precepto general, tomando las notas comunes de los casos particulares, señalando asimismo las variantes que en una misma localidad o en localidades diferentes ostenta cada una de las instituciones.

Considera que en ninguna época de la historia ha sido tan necesario como en su siglo el conocimiento del derecho popular, ya que se trata del siglo de las codificaciones y de la unificación del derecho civil, quedando relegado el derecho consuetudinario. A todo ello habría que añadir el planteamiento de la codificación, ya que como señala en el capítulo primero de esta obra, bajo la rúbrica de “Importancia del Derecho Consuetudinario”, “... se ha solido tener aquí por Derecho español el derecho castellano, y se ha pretendido suplantar con él las legislaciones de las demás provincias con ser más originales que la de Castilla. Mientras no se extirpe hasta la raíz esta funesta preocupación, la formación de un Código Civil español, y si no su formación, su establecimiento, será imposible”. Es esencial para la concepción costista respetar a cada pueblo su peculiar manera de vivir, por lo que resulta imprescindible respetar sus costumbres e incluirse en el código conforme al principio de variedad en la unidad.

El 4 de febrero de 1880 se publica el Decreto de 2 de febrero de 1880 del Ministro de Gracia y Justicia, don Saturnino Álvarez Bugallal, en el que se encomienda a la comisión de códigos que comience la codificación civil, tomando como base el proyecto de 1851. Asimismo, el citado decreto establece que “en cada uno de los sistemas de Derecho Foral se elabore una Memoria, que concluiría en la forma de artículos redactados, recogiendo los principios e instituciones de Derecho Foral que por su vital importancia fuera indispensable incluir como excepción para las respectivas provincias en el Código General”. El decreto agregaba a la sección primera de la comisión de códigos, en calidad de miembro, un letrado de ciencia y práctica reconocido por cada uno de los territorios forales siguientes: Cataluña, Aragón, Navarra, Provincias Vascongadas, Islas Baleares y Galicia, con encargo de que redactara en el término de seis meses una memoria acerca de los principios e instituciones de derecho foral que, por su vital importancia, fueran indispensables introducir en el código general.

Costa, aun considerando favorablemente los avances del decreto con respecto al proyecto de 1851, no omite los graves defectos del mismo, destacando como tales los siguientes:

1. No adopta providencia alguna encaminada a estudiar y fijar por escrito las costumbres jurídicas de la península.

2. Porque es peligroso remitir al criterio de una sola persona la defensa de la legislación foral en la comisión de códigos, cuando lo prudente hubiera sido confiar tal misión a una junta o asamblea de jurisconsultos, elegidos por los colegios de abogados de cada una de las circunscripciones territoriales.

3. Se encomienda la redacción del proyecto a magistrados castellanos o abogados del colegio de Madrid, siendo que lo procedente hubiera sido constituir para tal fin una comisión especial compuesta por uno o dos jurisconsultos castellanos y otros tantos de cada uno de los territorios forales designados por las mismas juntas o comisiones de letrados que hubieran redactado la memoria.

Resulta preciso, por todo lo expuesto en las páginas precedentes y por lo que se refiere a la trascendencia que supuso, tanto en la época de Joaquín Costa como para el estudio en nuestros días del derecho consuetudinario vigente en Aragón, llevar a cabo una síntesis del contenido de las instituciones consuetudinarias estudiadas y recopiladas por Costa, que dejó testimonio de ello tanto en su obra *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, como en sus intervenciones llevadas a cabo a modo de voto particular en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses que encontramos en su obra *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*.

Se hace necesario, antes de entrar en el análisis de las mismas, señalar las instituciones forales tratadas en cada una de las obras citadas. Por lo que respecta a la primera de ellas, en su tomo I se recogen las siguientes: comunidad doméstica del Alto Aragón (capítulo II); consejo de familia (capítulo III); heredamiento universal (capítulo IV); dotes, legítimas, ajustes, cabaleros, tiones y troncalidad (capítulo V); disposiciones referentes a los demás miembros de la familia (capítulo VI); ventajas, reconocimientos, gananciales y viudedad (capítulo VII); casamiento en casa (capítulo VIII); hermandad conyugal (capítulo IX); acogimiento o casamiento sobre bienes (capítulo X); otras formas de asociación doméstica (capítulo XI) y donados (capítulo XII).

Por lo que respecta al tomo II de la obra (trabajo colectivo en el que se lleva a cabo el estudio de las instituciones consuetudinarias más significativas de diversas zonas: Zamora, Vizcaya, Valencia, Asturias, Alicante, Ciudad Real, Tarragona, León, Jaén, Burgos, Soria, Logroño, Zaragoza y Santander), a Joaquín Costa le correspondió realizar el estudio de las siguientes zonas: concejo colectivista de Sayayo (Zamora); contrato de mampostería (Asturias); los desposorios en La Mancha y aco-

modo de pastos en La Solana (Ciudad Real); arriendo de tierras a veimiento y coto, postura de viñas y olivar a medias, vida troglodítica de la villa de Jódar (Jaén) y la jornada legal y consuetudinaria de ocho horas en el campo (Zaragoza).

En cuanto a su obra *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, son estudiadas las siguientes instituciones consuetudinarias: consejo de familia (capítulo VII); derechos de la mujer en la familia, patria potestad y poder marital (capítulo VIII); derecho de viudedad (capítulo X) y sucesión testamentaria y libertad de testar (capítulo XI).

VII. INSTITUCIONES CONSUETUDINARIAS

VII.1. La comunidad doméstica del Alto Aragón

Joaquín Costa dedica el capítulo segundo del tomo I de su obra *Derecho consuetudinario y economía popular de España* a la comunidad del Alto Aragón, ofreciéndonos con brillantez los rasgos característicos de la familia aragonesa, enunciando las instituciones fundamentales de esta. Concebía que el derecho foral aragonés y la costumbre que lo complementa y rectifica han alcanzado, en materia de familia, casi la perfección. Estriba su mérito principal en haber sabido armonizar el principio tradicional de la unidad de poder y de la perpetuidad del hogar con el respeto más profundo a la personalidad de los miembros que la componen. Nuestro rasgo esencial es que la familia en Aragón se constituye por sí misma, se da a sí misma el derecho, a diferencia de Castilla, donde el Estado impone a todos el mismo sistema. Si bien consigna el fuero un sistema de constitución doméstica, este es voluntario y los contratantes son libres de aceptarlo o de ordenar y pactar otro diferente.

Nos anuncia que el sistema de comunidad doméstica que describirá solo está completo en la región montañesa del Alto Aragón lindante a este y oeste, respectivamente, con Cataluña y Navarra, y limitada al norte por Francia, y al sur por las sierras de Guara y de Sevil y sus prolongaciones a oriente y poniente (partidos de Jaca, Boltaña y Benabarre), si bien algunos de sus rasgos mas característicos, y especialmente su espíritu, encontraron sanción en el fuero general. Entre este y la zona septentrional que queda deslindada, se extiende una zona de transición, el somontano de Huesca, el de Barbastro... cuyo derecho familiar ostenta, además de los caracteres generales del fuero, otros particulares de la comunidad doméstica del Pirineo.

Constituye cada familia una verdadera asociación regida por el padre o por uno de los hermanos o por un pariente o extraño adoptado por ella. El patrimonio es indivisible. No se abre nunca juicio *ab intestato*: cuando el jefe fallece sin dejar heredero, lo hacen por él sus parientes reunidos en consejo de familia. El criterio de la elección es doble: moral y económico. Aunque generalmente es el primogénito, los demás miembros tienen derecho a ser sustentados en la casa, con tal de que trabajen

en beneficio de esta. Si se establecen fuera de casa reciben dote o legítima, que se calcula por los productos y mobiliarios de aquella, sin tocar los bienes raíces; recibida esa legítima, pierden todo derecho a recibir alguna cosa más y su valor se asegura con hipoteca sobre inmuebles de la casa a donde el hijo o hija van a establecerse, con el fin de que vuelva al tronco de donde procede, en caso de fallecer sin hijos y sin haber hecho especial disposición a favor de otros.

Para evitar las desmembraciones de la familia, unas veces, otras, porque escasean los brazos y, otras, porque el hijo mayor a quien se confió la jefatura no tiene sucesión y la familia está en peligro de extinguirse, contraen matrimonio en la casa paterna uno o más hijos o hijas con los mismos derechos que el primero, salvo la jefatura. Se da a esto el nombre de casamiento sobre bienes y, a ellos, acogidos y también adoptados. Cuando los acogidos carecen de hijos o de hermanos, acogen y casan sobre sus bienes a sobrinos o primos, y aun a extraños. Juntos todos, los padres ancianos, a quien compete por reserva la jefatura honoraria, el hijo instituido por aquellos heredero y sucesor suyo, a quien corresponde en consecuencia el gobierno activo de la comunidad y de los acogidos, constituyen el poder legislativo; toda resolución de importancia ha de ser acordada de mancomún. Los hijos de estos se hallan todos colocados en igual en cuanto a educación, mantenimiento y dotes o legítimas, sin más prerrogativas por parte de los hijos del jefe que la de ser preferidos a los demás parientes para suceder en la jefatura de la comunidad, cuando llegue el caso. Las viudas permanecen en la casa toda su vida con derecho a ser sustentadas de sus productos, mientras no convolaren a otro matrimonio fuera de ella y a contraerlo en ella, en las mismas condiciones que el primero, siempre que sea con persona del agrado de los parientes; otra condición también muy frecuente es que hayan quedado hijos menores. Al pacto en que se establece esta condición se llama casamiento en casa. No se hace distinción entre los hijos de uno y otro matrimonio, salvo en la jefatura.

Costa efectúa la comparación de la comunidad altoaragonesa con la eslavo-meridional (desde los Balcanes al Danubio), en los siguientes términos.

La unidad social, dueña del suelo, es la zadruga o comunidad doméstica, es decir, la asociación de los descendientes de un antepasado que habiten un mismo recinto, trabajen en comunidad y disfruten en común de los productos del trabajo agrícola. Al morir el padre, los demás miembros de la familia eligen para sucederle en el gobierno doméstico al más capaz de entre los hijos. Cuando la hija se casa, recibe una dote en relación con los recursos de la familia, pero no puede reclamar nada del fondo patrimonial. Las menos de las veces, cuando faltan brazos, se casa la hija en la comunidad paterna; por este hecho el marido se constituye en miembro de la comunidad con los mismos derechos que los demás. La viuda continúa viviendo del haber común, pero su trabajo cede en beneficio de la asociación. Los productos del suelo son consumidos como comunes, o repartidos por igual entre los matrimonios; los inmuebles constituyen el patrimonio colectivo, que es indivisible. Fuera de los bie-

nes raíces, cabe y está admitida la propiedad privada, cada individuo puede con esto y los productos del trabajo industrial (que son igualmente propiedad privada) formarse un peculio propio, y por los peculios se comenzó a disgregar la comunidad esclava.

Añade Costa que este modo de comunidad no es un hecho aislado en la historia, ni patrimonio exclusivo de la raza eslava, sino que ha regido en todos los pueblos de la Antigüedad (India, Grecia, Roma, Germania, Celtiberia, Bretaña, Galia, Africa, América...). Y ha regido como segundo momento en la historia del desenvolvimiento de la sociedad. La comunidad doméstica se transmitió de la Edad Antigua a la Edad Media en casi toda Europa. En Francia ofrece caracteres casi idénticos a los de la zadruga y a menudo se combinó con las instituciones y costumbres feudales. La comunidad doméstica se disolvió temprano en España, en primer lugar, por influjo del derecho romano y, en segundo, por efecto de la Reconquista.

Estas comparaciones efectuadas por Costa son buena muestra del rigor con el que llevaba a cabo sus investigaciones en la materia, concluyendo que existen pocos países mejor que Aragón para que se dieran las condiciones que permitieran el mantenimiento de la comunidad doméstica, considerando que, sin esta, la montaña hubiera quedado despoblada. Una familia del Pirineo, con un regular haber y la acción concertada de multitud de esfuerzos individuales, no solo se sostiene, sino que prospera; por el contrario, si se divide su patrimonio y se dispersan sus miembros, serían las causas para desmembrarse y desfallecer; concurriendo al lado de esta causa otra más poderosa todavía: el sentido práctico de los aragoneses. Pasado el período patriarcal, en el que la persona elemental de la familia era el padre y proclamado el régimen de libertad civil, no puede subsistir la comunidad doméstica sino en pueblos dotados de aptitudes muy excepcionales para la vida del derecho. Sintetizando las características esenciales del derecho de familia aragonés, destaca las siguientes:

Ocurriendo que el pueblo aragonés siente una vocación especial para el derecho, teniendo el hábito de legislar, lo tiene también de obedecer, que no hay nada que tanto ligue al hombre como la libertad, ni ley que más respete que la que él mismo se ha dado, sancionando la costumbre de la familia todos los parientes y amigos más íntimos; la patria potestad no existe como derecho, sino como carga; los cónyuges se unen en condiciones de igualdad.

Señalando para finalizar, que se ha producido un cambio en la comunidad doméstica con el transcurrir de los años.

Sobre la costumbre familiar encontramos un texto de sumo interés en la caja 9, carpeta 17.6 que lleva por rúbrica "Costumbre individual y familiar".

Yo quisiera que antes de la costumbre local se consultara la costumbre de la familia y gente. He visto reproducidas unas mismas cláusulas durante varias generaciones en una casa (en mis excursiones de estudio del Derecho Consuetudinario por el

Pirineo), de modo que esas cláusulas constituían costumbre de pacto de aquella familiar, y debía considerarse esta anterior y preferente a la costumbre del lugar, con más razón a la de la provincia o de la nación. Esto sucedía en tiempo de los mayorazgos: la costumbre de suceder en ellas en una casa hará veces de institución, según Salazar.

Exactamente el mismo texto, relativo a la costumbre familiar lo encontramos en otro manuscrito de Costa en la caja 101, carpeta 104.10.

VII.2. El consejo de familia

Costa señala tres diferencias fundamentales entre el consejo de familia aragonés con el adoptado del Código Napoleón para realizar el proyecto del código civil español: los asuntos en que interviene, el grado de autoridad y la fuente de que dicha autoridad dimana.

En cuanto a la primera cuestión, en el sistema francés se circunscriben todos los asuntos a la tutela de menores y guarda de incapacitados. Sus atribuciones son las siguientes: nombrar y destituir en ciertos casos al tutor y al protutor, vigilar la gestión del tutor, autorizarlo para ejecutar ciertos actos jurídicos e informar al juez sobre algunos incidentes de la tutela. Por el contrario en el Alto Aragón, sus competencias son mucho más amplias:

1. Entiende en los asuntos de tutela.
2. Cuando los jefes de una familia han fallecido sin haber dispuesto cual de sus hijos ha de sucederles en el señorío de la casa, lo designa y nombra, haciendo sus veces el consejo de familia.
3. Aprueba o desaprueba las segundas o ulteriores nupcias del cónyuge superviviente en la casa del premuerto, con prórroga de usufructo o de viudedad foral.
4. Acuerda y dicta los pactos de este nuevo matrimonio, asegurando los intereses propios de los hijos del primero y especificando los derechos de los hijos que puedan nacer de este nuevo matrimonio, así como de los hijos del consorte.
5. Conoce y falla sobre las quejas del nombrado sucesor por el padre o sus hermanos y, caso de que sea favorable a los querellantes, acuerda el modo y el tanto de la reparación.
6. Entiende en los casos de discordia entre adoptantes y adoptados, en la institución consuetudinaria denominada acogimiento y, en el caso de acordar la separación, determina su indemnización.
7. Lleva a cabo la interpretación auténtica del heredamiento o capítulos matrimoniales.

Por lo que respecta a su grado de autoridad, el consejo de familia francés carece de jurisdicción, siendo meramente una asamblea llamada a deliberar o emitir dictámenes o proposiciones. No puede ejecutar por sí mismo sus acuerdos y, cuando se opone a ello un tercero, los tribunales conocen de la oposición en primera instancia, careciendo de autoridad para impugnar los fallos de la justicia y para intervenir en ellos. Por el contrario, en Aragón, los fallos del consejo de familia son ejecutivos e inapelables y no precisan confirmación judicial; si alguna vez asisten al consejo de familia, es únicamente en calidad de árbitros o terceros en discordia, y nunca con carácter oficial sino por voluntad y espontáneo llamamiento de la parte interesada.

En cuanto a la tercera distinción, en Francia existe por ministerio de la ley, independientemente de la voluntad de los particulares, garantizando su existencia una sanción penal. En Aragón existe únicamente por costumbre, estableciéndola en el estatuto doméstico la voluntad de los particulares y, para que las resoluciones del consejo tengan fuerza de obligar, dan al establecimiento del consejo la forma de contrato y de última voluntad.

Por lo que se refiere a su composición, a su juicio, en el Alto Aragón depende de los siguientes parámetros:

1. Las miras de los instituyentes o el género de contrato o de estatuto al que se agrega como auxiliar.
2. Las circunstancias que rodean a cada individuo.
3. El estado de ánimo del instituyente y el carácter más o menos público que quiere imprimir a la institución.

En cuanto a los acuerdos, estos han de tomarse por mayoría de los votos, cuya idea la expresan diciendo “juntos o su mayor parte”. Es diferente la procedencia de los miembros del consejo según el género de funciones que este está llamado a desempeñar: unas veces, el interesado en ella es uno solo y, entonces, se acude, para constituir el consejo a las dos líneas, paterna y materna; otras veces, los intereses son opuestos y, entonces, el consejo de familia toma apariencia de tribunal de árbitros o de amigables componedores, y entran a componerlo parientes de las dos estirpes, y a veces de las cuatro, y siempre con igual número de miembros.

Señala que la forma más ordinaria de composición es de cuatro o dos parientes consanguíneos, los más cercanos: La mayoría se inclina por la primera cifra, porque ofrece mayor seguridad y porque es la primitiva y tradicional: cuatro parientes más el párroco, el alcalde o el juez. Pero los notarios han aconsejado dos. Para dar participación a toda la parentela, cuando es dilatada, se instituye, algunas veces en una misma capitulación matrimonial, varios consejos de dos personas, y a cada uno se le asigna una de las varias funciones en que los parientes deben intervenir. En tal caso, suele confiarse la tercera en discordia para todos a un mismo pariente; las atribu-

ciones del consejo se encuentran, por lo general, especificadas en la cláusula de constitución, comenzando a excluirse al párroco del consejo de familia, siendo reemplazado por una u otra autoridad civil. Critica Costa constantemente el hecho de que el legislador español haya tomado como modelo el código francés, inspirándose en la legislación toscana, pero, a diferencia de este, al otorgarse en Aragón en las capitulaciones matrimoniales, si bien a veces confieren a las personas designadas por ellos poder general, lo ordinario es que la escritura de constitución especifique los casos de intervención.

VII.3. El heredamiento universal, sucesión testamentaria: libertad de testar

Tratándose esta cuestión en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880, consideraba Costa que los modos de transmisión *inter vivos* y *mortis causa* son correlativos y complementarios, y deben apreciarse con un mismo criterio y regirse por una ley común; que si se limita la segunda a favor de los hijos, la lógica pide que se limite la primera, que si se estima de derecho natural que los bienes de los padres hayan de pasar forzosamente a los descendientes, ha de ser porque tales bienes no sean realmente propiedad de los padres, sino de la familia y, en este sentido, debe prohibírseles en vida el ejercicio de los derechos anejos a la cualidad de propietarios, para reducirlos a la modesta condición de usufructuarios y administradores. Si por el contrario, la ley reconoce a los padres durante su vida el carácter de propietarios con todas sus consecuencias e independientemente de toda consideración para con los hijos, no existe absolutamente razón alguna para que les retire ese carácter en el momento de morir. Con esta argumentación considera Costa que lo contrario sería un sistema preventivo condenado por la experiencia y que ningún principio de razón justifica. En tal sentido, considera que la ley aragonesa es tiránica y opresora en materia de sucesiones, como legado de civilizaciones antiquísimas y, en virtud del principio de libertad inspirador de la misma, propone que se adopte por el congreso la siguiente conclusión: “Es conveniente que se deroguen las disposiciones vigentes en Aragón sobre disposición de bienes a favor de descendientes, y sustituirla por la absoluta libertad de testar, en la forma en que se haya establecida y practicada en Navarra e Inglaterra”.

El día 22 de abril de 1881 expuso una conferencia sobre libertad de testar y legítimas en la Academia de Legislación y Jurisprudencia, argumentando su propuesta, antes citada en el congreso de Zaragoza, y comentando las resoluciones del mismo en la materia, cuyas líneas argumentativas esenciales se citan a continuación, basándose esencialmente en el principio de libertad civil en materia de testamentos.

Considerando que la doctrina de sucesión en los bienes paternos fue el debate más solemne e intenso del congreso, anuncia que al menos cuatro soluciones se disputaron la victoria:

Proponía la sección un sistema mixto, según el cual el padre debería instituir herederos a todos sus hijos legítimos, pero con facultad de dar a unos más que a otros, y libertad de disponer entre extraños de una porción de bienes equivalente a la que señale al hijo menos favorecido, si los hijos fuesen dos, y de 1/5 parte de la herencia, si solo dejara uno. El congreso aceptó esta segunda parte y desestimó la primera. Hubo quien propuso el sistema castellano de las legítimas. Las otras dos soluciones eran: la libertad absoluta de testar y la libertad restringida de fuero aragonés, según la cual, los hijos tienen derecho al patrimonio entero del padre, pero este puede instituir heredero a uno solo de ellos y adjudicarle todos sus bienes, con la única condición de que deje a los demás una legítima simbólica de sueldos o de céntimos. Los resultados fueron los siguientes: la libertad de testar obtuvo 22 votos contra 25, votando 27 contra 21 por el sistema foral que, desde el siglo XIII, ha regido en Aragón, adicionado con cierto grado de libertad.

Costa se considera contrario al sistema de las legítimas, argumentando que no es exacto que las legítimas hayan sido creadas para perpetuar la obligación de los alimentos después de la muerte del obligado a darlo.

Como consecuencia de la aplicación del principio de libertad civil, concluye Costa que, donde impera el régimen de la legítima, donde el Estado impone a sus familiares una forma determinada de constitución, de régimen económico, de sucesión testada o intestada, las familias carecen de autoridad; mientras que con el principio de libre testamentifacción por el que aboga, mueren los individuos, pero no las familias. Si los jurisconsultos, en vez de partir de la legítima como de un supuesto necesario y obligado, hubiesen concluido que la familia no es una unidad sin relación y por esto no es ella solo quien concurre a la obra de la producción. Continúa argumentando que, aun considerando como los que se adscriben a la tesis de las legítimas que el principio de copropiedad fuera verdadero, tal principio traerá como secuela un sistema de sucesión idéntico al del fuero aragonés, que infringe de dos modos a la copropiedad: distribuyendo los bienes entre los hijos desigualmente, ya que a esto equivale repartirlos con igualdad matemática y distraendo del caudal familiar una parte para que el padre disponga libremente.

En Aragón, las fortunas elevadas no se amayorazan, sino que se dividen entre los hijos habitualmente en partes iguales, mientras que, por el contrario, los patrimonios reducidos se someten voluntariamente a la ley del heredamiento universal. Así, por derecho consuetudinario aragonés, la inmensa mayoría de la población rechazaría las legítimas de Castilla igual que las rechazó el congreso de Zaragoza.

A juicio de Costa, dos son en nuestro derecho las instituciones consuetudinarias que viven a la sombra de la libertad de testar: el heredamiento universal y las legítimas.

Lo primero que llama su atención al estudiar el derecho del Pirineo aragonés en materia de sucesiones es la antítesis entre el texto liberal y de saber moderno de la ley y el sello aristocrático, primitivo y patriarcal de la costumbre, proclamando la práctica de la libertad casi absoluta en la testamentifacción, mientras que, la segunda, prácticamente mantiene en vigor el derecho de primogenitura. El derecho de primogenitura es ibero y euskaro, mientras que el derecho de libre testamentifacción ha penetrado en Aragón posteriormente importado por los celtas, y la costumbre pirenaica ha nacido de la conjunción de ambos. Sus estudios en la materia le llevan a afirmar que el derecho de primogenitura ha regido en todos los pueblos de las dos vertientes pirenaicas, y en algunos de ellos continua en vigor, no obstante las tendencias igualitarias de la legislación romana y de los códigos modernos; siendo el derecho de primogenitura en la península anterior a las invasiones de los celtas, heredándolo los iberos de los arios. Destaca que dos rasgos imprimen al derecho de primogenitura ibérico un sello especial: su absolutividad y su permanencia, efectos de atribuirse el poder reproductor exclusivamente al padre. Consecuencia de este principio, fue limitar a los varones el derecho de primogenitura, mientras que, para los iberos, las mujeres alcanzan igual consideración que los varones, si tal vez no superior; por el contrario, la libertad de testar no sería ibérica sino céltica, naciendo en tierra llana. Añade que, de este doble sistema ibérico y céltico, nació un tercero que participaba de los dos, en diferente grado, en toda la vertiente española del Pirineo: el patrimonio hereditario continuaba vinculado a la familia, pero su heredero no era ya el primogénito, sino uno cualquiera de los hijos, obligándose en Aragón en las capitulaciones matrimoniales a instituir en la universalidad de la herencia a aquel de los hijos o hijas que por sus condiciones fuera más conveniente para la familia, dotando a los demás según las facultades de la casa.

Distingue al efecto en la costumbre aragonesa los siguientes rasgos:

1. Se establece por pacto en la capitulación matrimonial.
2. A diferencia de lo que sucede en Cataluña, no se hace heredero al primogénito, sino al hijo o hija que por sus condiciones personales y el estado de la casa fuera más conveniente.
3. Previene y hace imposible la sucesión legítima mediante el consejo de familia, instituido para el caso de que fallezcan los padres sin haber hecho el nombramiento de heredero.

Los contrayentes se reservan, para cuando llegue el momento de la institución, facultades omnímodas, y las mismas se confieren al consejo de familia, sin que los limite la más ligera traba. La costumbre ha acreditado la regla de que atiendan a las dotes de laboriosidad, honradez, salud o inteligencia de todos los hermanos y alejan a aquel que revela mayores condiciones de aptitud para sostener el peso de la casa y fomentar sus intereses, si bien, en determinados supuestos, el consejo de familia

encuentra en la capitulación matrimonial y junto a su institución el criterio que debe guiarle en tal misión.

Dos partes componen el heredamiento de las capitulaciones matrimoniales: en la primera, los padres de uno de los contrayentes o, en su defecto, el consejo de familia, lo instituyen heredero universal de los bienes patrimoniales y los padres del otro, o sus causahabientes, le ofrecen o hacen entrega de su dote; en la segunda, los contrayentes se obligan a seguir esa misma tradición, a proceder del mismo modo cuando tengan hijos. En la primera parte, cabe distinguir dos supuestos, según que el nombramiento lo hagan los padres o el consejo de familia. En el primer caso, los padres instituyentes se reservan el señorío mayor, usufructo y administración de todos los bienes que componen la herencia, de modo que la institución no causa todos sus efectos hasta el fallecimiento de aquellos, y, si el instituido fallece antes, la institución es pura y sin reservas, salvo las relativas a las legítimas de los hermanos y a los derechos de las demás personas de la familia; si bien la regla general es la que expone, en primer lugar, con una sociedad conyugal única y un solo heredero, también indica que existen casos de dos herederos, denominado en terminología consuetudinaria “juntar dos casas”; y supuestos de dos matrimonios con un solo heredamiento, cuando se instituye herederos universales a dos hijos, para que disfruten la herencia pro indiviso y en comunidad.

Señala que el primitivo derecho de primogenitura se ha perpetuado, en cierto grado, por la costumbre de elegir al primogénito, conservando la costumbre altoaragonesa la función de elegir a uno de los hijos o hijas, siendo preferida la hija del primer matrimonio a los hijos varones del segundo. Como beneficiarios, indica que, en Cataluña, un hijo, por ser primogénito, concentra la sustancia entera de la familia; en el Alto Aragón, la elección es libre, los bienes de la familia se vinculan en la persona del hijo que parece convenir más al bien de la familia, y sus hermanos reciben una legítima no regulada previamente, sino determinada a la vez por la costumbre de cada pueblo y de cada familia, en virtud de la fórmula consuetudinaria del haber y poder de la casa. De esta forma, el heredamiento del Alto Aragón reúne las ventajas del sistema señorial de Cataluña y las del sistema igualitario de Castilla y sin sus inconvenientes: como el primero, conserva vivas las tradiciones de la familia y, como el segundo, puede apreciar las virtudes de cada hijo.

Otra de sus ventajas es que, si fallecieran los padres sin testar, el pacto genérico de sus capitulaciones a favor de uno de los hijos no impediría el intestado —si bien, por costumbre, se ha obviado esta dificultad por medio del consejo de familia—, siendo dos causas principalmente las que contribuyen a que en el Alto Aragón sean tan temidos los intestados: la instintiva aversión hacia la justicia oficial y la división de los patrimonios que las sucesiones legítimas traen consigo, señalando que la sucesión intestada se rige por la presunción de suponer que el fallecido intestado quiso someterse a la regla común en su país, siendo esta la consuetudinaria.

Conforme a esta última, la institución de heredero está sujeta a dos condiciones que la limitan: únicamente caben sus efectos después de la muerte de los instituyentes, toda vez que estos se reservan el usufructo y administración; y la obligación de que el heredero ha de vivir en compañía de los instituyentes, obedecerles, respetarles...; en tal sentido, a la cláusula de institución de heredero se impone, a menudo, como condición que “han de respetar y obedecer a los instituyentes”, pero aun esto queda ineficaz, porque, si no logran avenirse en acto de conciliación, y no habiendo encontrado en el curso de su investigación ni un solo caso en que se haya invocado la protección de los tribunales para recuperar la administración y el usufructo, sugiere, para salvar esta situación, que, dado que por prescripción expresa de la ley e independientemente del contrato, los padres tienen derecho, en ciertas hipótesis, a ser alimentados por los hijos, se utilice un medio extrajudicial, consistente en que los donantes o instituyentes acudan al registro de la propiedad, solicitando por escrito que se cancele la inscripción de la donación y se inscriban nuevamente a su nombre los bienes donados, es decir, que se reincorpore la nuda propiedad con el usufructo, fundándose para ello en que la donación fue nula por falta de insinuación y que el donatario no ha cumplido la condición bajo la que fue otorgada la misma.

VII.4. Acogimiento o casamiento sobre bienes

Es el acto o contrato por virtud del cual una familia heredera, con hijos o sin ellos, recibe en su compañía a otra u otras familias de parientes o extraños y con hijos o sin ellos, formando entre todos una comunidad familiar, que es a un tiempo sociedad de producción, de consumo y de gananciales con ciertos límites de sucesión mancomunada. Es una limitación del heredamiento universal. Su fuente es el pacto, pero regido por reglas que un uso secular ha hecho de general observancia. Ordinariamente se estipula en un mismo acto el matrimonio que se proponen celebrar los acogidos, el compromiso que contraen los acogentes de adoptarlos o admitirlos en su casa como cusufructuarios y coadministradores del patrimonio que disfrutan, el régimen de los bienes, el orden de sucesión, y el modo de solventar por consejo de parientes las diferencias que en el seno de la comunidad puedan suscitarse.

Lo más habitual es que los acogidos sean parientes de los acogentes, aunque pueden ser extraños. El primero de los derechos que adquieren los acogidos es usufructuar el patrimonio de los acogentes y, si les sobreviven, continuar disfrutándolo toda la vida solos o en unión con los hijos de aquellos. Se suele establecer en el estatuto de constitución de esta sociedad el orden de sucesión en la universalidad de los bienes para que no se disuelva el patrimonio y la familia se perpetúe, existiendo dos sistemas:

1. La regla general es que un hijo de los acogentes sea heredero de todos los bienes que posea la sociedad, procurando casarlo con otro hijo de los acogidos.

2. Si esto resulta imposible, unas veces se divide la herencia en dos partes iguales, y se instituye heredero de una de ellas a un hijo de los acogentes y de la otra a un hijo de los acogidos.

Los adoptantes y los adoptados se reservan el “casamiento en casa”, los segundos con prórroga de acogimiento y del usufructo, de donde resulta que alguna vez se juntan en una casa de estas familias compuestas de hijos de seis diferentes matrimonios.

VII.5. Dotes, legítimas; caballeros y tiones

En este capítulo Costa ofrece, en primer lugar, los aspectos fundamentales del fuero para pasar, posteriormente, a indicar la regulación consuetudinaria.

Así, por lo que respecta al fuero, resalta la siguiente doctrina: el padre y la madre están obligados a dotar a las hijas y dar a los hijos *partem suam*. Es lo que los foristas entienden como lo necesario para alimentarlos y dotarlos, y que parece sinónimo de legítima. Toda la herencia es legítima de los hijos, que no podrán ser privados de ella si no han perdido el caudal hereditario por alguna justa causa. El padre, aun en contra la voluntad de su esposa, puede dar a los hijos una cantidad igual a la que fue dada en dote al hijo o hija que anteriormente hubiera contraído matrimonio. Lo donado por los padres a un hijo en razón de matrimonio no tiene que colacionarlo con los demás hermanos, aunque sea muy desigual, pero, si esas donaciones fueran tan considerables que se extendiesen a la parte que corresponde a estos, podrán ser impugnados por ellos. La hija a quien se dota puede renunciar a todos sus derechos legítimos sobre la herencia; si no renuncia, puede pedir suplemento al tiempo de la muerte del padre, según su haber en esta fecha, pero entonces le será computada la dote en cuenta de legítima; únicamente en caso de intestado no se colaciona la donación. La mujer puede exigir al marido que le asegure su dote con hipoteca especial sobre sus bienes, puede enajenarla por sí constante matrimonio o transferirla y donarla al marido. A su juicio, los problemas planteados por el fuero son resueltos por el sistema práctico creado por costumbre popular del Alto Aragón, conteniendo los heredamientos según el poder y el haber de la casa y según el poder y el haber de la casa donde el hijo va a establecerse. Es costumbre satisfacer las dotes y legítimas en metálico, no en hacienda o tierras, y ello por dos razones: por no mermar a la casa troncal el patrimonio heredado de los antepasados y porque, estando poblada la montaña de lugares de corto vecindario, rara vez se establecen los jóvenes en el mismo de su naturaleza. Los padres o el hermano heredero del contrayente a quien se dota ofrecen de ordinario una cantidad proporcionada a la fortuna mobiliaria y a los productos anuales de la casa, de tal suerte que pueda ser satisfecha en plazos sin despen-

derse de los inmuebles, los cuales quedan vinculados a la persona del heredero y de sus sucesores, o enajenando lo menos posible. En las casas muy acaudaladas, la legítima se regula por la costumbre de los antepasados y también por el tanto que asignan a sus hijos las familias del país, consideradas en la misma posición social que aquella ocupa. Cuando se ha asignado a un hijo su dote o legítima, esa sirve de regulador a los demás si la casa se ha mantenido a igual altura, pero si ha experimentado cambios en su situación económica, las dotes de los hijos primeramente casados no establecen jurisprudencia para las de los demás. Por otra parte, al acto en el que se relacionan de común acuerdo aquellos dos extremos, se pacta la dote y las demás condiciones del contrato de matrimonio se le denomina ajustes, y aparenta las formas de un tratado internacional.

Tales ajustes, especialmente cuando en ellos se interesa un heredero, son muy solemnes. Se celebran en un lugar neutral, equidistante si es posible de la residencia de las dos familias contratantes. Los novios no toman parte en el convenio y los padres despliegan sus respectivas capitulaciones matrimoniales para que sirvan de modelo, comenzando de este modo la discusión. El principal problema lo constituye la dote, en su cuantía, plazos de aportación y posible reversión, así como los segundos matrimonios. Una vez extendida la cédula, la llevan al notario para que con sujeción estricta a sus cláusulas redacte la capitulación matrimonial. Cuando no precede cédula, lo común es que se confía a la dirección del notario, sin otra prevención que su deseo de capitular en la misma forma que sus padres o que tal pariente o vecino. Cuando viven los padres, el señalamiento de dotes y legítimas no ofrece graves dificultades, pero, en caso de su fallecimiento, las diferencias son por lo general más difíciles y la intervención del consejo de familia puede ser muy conveniente para interpretar, en caso de discordia, la fórmula "al haber y poder de la casa". Otro elemento que destaca Costa para el cálculo de la legítima son los peculios. Los heredamientos imponen a los herederos la obligación de dotar a sus hermanos "sirviéndoles en cuenta del todo o parte de la dote el caudal que cada uno adquiriera por cualquier título y posea al tiempo de contraer matrimonio". Ese caudal, denominado cabal o peculio, se forma ordinariamente del siguiente modo: cuando los muchachos llegan a la edad de diez o doce años se les confía un pequeño capital para invertirlo en trigo o en ovejas, cuando el cabal excede de lo que importa la legítima, el derecho consuetudinario del Alto Aragón no obliga a que se le retenga el exceso. De este modo, con un pequeño desembolso inicial, los mismos hijos se van formando la legítima. Los caballeros que no tienen vocación al matrimonio renuncian a salir de la casa solariega, denominándoles la jurisprudencia consuetudinaria del país "tiones". Si el heredero muere se ponen al frente de la administración, siendo tutores natos de sus sobrinos, renuncian tácitamente a su legítima y con su cabal acuden a todos los apuros familiares. A su muerte legan a la casa lo que poseen, sin otorgar para esto testamento, a no ser que tengan establecido fuera algún hermano a quien correspondan de derecho aquellos bienes si falleciese intestado.

Con frecuencia, además del cabal, han de tomar en cuenta otro elemento para la regulación de la dote o legítima, ya que sucede que, en ocasiones, los padres, al instituir heredero universal a un hijo, se reservan como de libre disposición una cierta suma, la cual debe recaer en la herencia si fallecen sin haber dispuesto de ella. Si la cedieran a alguno de los hermanos del heredero, ha de ser, lo mismo que el peculio, descontada de lo que corresponde por vía de legítima. Por otra parte, si el cónyuge que aportó la dote o legítima queda viudo y abandona la casa del premuerto para convolar a otro matrimonio, no dejando sucesión del primero, tiene derecho a que le sea devuelta íntegra dicha dote, la cual en esta previsión le fue asegurada en bienes raíces de la herencia o patrimonio de su consorte. El recobro de la dote se hace en la misma forma en que se efectuó el ingreso; lo común es que, con variantes de poca entidad, se efectúe la mitad en el momento y la otra mitad en cuatro, seis, ocho o más plazos anuales. Además de la dote, saca la mitad de los gananciales, si no renunció a ellos, y las ropas y alhajas que constaren en la cédula. Si el viudo o viuda convolare a otro matrimonio fuera de la casa de su primer consorte, dejando en ella sucesión, la regla consagrada por la costumbre es que se le retenga la tercera parte de la legítima o dote, si se trata de un hijo solo, las dos terceras partes, si son dos hijos del primer matrimonio y la totalidad, si exceden de este número.

Si el cónyuge dotado fallece sin hijos, la dote o legítima que aportó revierte a la casa nativa, la viudedad o usufructo vitalicio que por fuero corresponde al sobreviviente, si no renunció a él en la capitulación matrimonial.

El recobro de la dote por convolar a otro matrimonio fuera de la casa nativa del cónyuge premuerto se hace en los mismos plazos y condiciones en que tuvo lugar la aportación. La revisión de la dote al tronco por haber fallecido sin sucesión el cónyuge dotado se efectúa en doble número de plazos. Esta restitución es muy gravosa para la casa que la sufre, al paso que el otro rescata sumas que había dado ya por perdidas.

VII.6. Adopción

Este tema fue tratado por el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1889, habiendo planteado la comisión organizadora el problema en los siguientes términos: “¿Cabe defender con fundadas razones que el padre que tiene hijos legítimos pueda adoptar a extraños?”.

Al respecto, manifiesta Costa, en primer lugar, que por derecho aragonés, la filiación por adopción es idéntica a la afiliación en cuanto a sus efectos jurídicos y compatible con ella. El fuero único *De adoptionibus* y la observancia 27 *De general privilegiis* autoriza a todo hombre de cualquier condición, aunque tenga hijos legítimos, para adoptar a un extraño, quién en tal caso queda igualado a ellos, contrayendo la

obligación de pagar las deudas del padre difunto y adquiriendo el derecho de sucederle. Según los intérpretes, la capacidad de adoptar alcanza a las mujeres en iguales condiciones que a los hombres.

En el congreso ocurrió que hubo un grupo de oradores que combatieron el fuero, pretendiendo que se prohibiese en absoluto la adopción o que se autorizase tan solo para el caso de que no existiera filiación natural legítima. Por el contrario, Joaquín Costa abogaba por la subsistencia íntegra del fuero y observancia citados, sin más limitación que la impuesta por las leyes de beneficencia; diferenciando las siguientes modalidades admitidas por fuero o costumbre en Aragón:

1. Adopción de menores con padres naturales.
2. Adopción de expósitos y huérfanos desvalidos.
3. Adopción simultánea de dos personas casadas o por razón de casamiento (costumbre muy generalizada denominada casamiento en casa).
4. Arrogación o adopción de una persona célibe *sui iuris*, siendo esta muy común en el Alto Aragón, donde se denominan arrogados o donados.

Considerando que estas costumbres deben incluirse en el código con carácter de ley supletoria con el objetivo de darles unidad y fijeza.

El proyecto de código civil de 1851 pasaba la adopción por alto, a pesar de que las leyes administrativas de 1822 se habían visto obligadas a ocuparse de ella y de que esas leyes se remitían a las leyes civiles para la declaración de los derechos de los adoptables; si al fin le consagraron un capítulo, fue por causa tan incidental como la de haberse acordado un vocal de que en Andalucía había visto algunos casos de adopción.

Con estas razones abogaba Joaquín Costa por la consideración de que, dado que la única soberanía en la sociedad es la soberanía del pueblo, cuando el soberano declara por sí su voluntad, únicamente les queda a sus representantes acatar sus resoluciones. El pueblo ha introducido en sus hechos la adopción y al legislador no le es lícito prohibirla, ni menoscabarla con limitaciones tan absurdas como las de las *Partidas*.

VII.7. Hermandad conyugal

Analiza Costa que bajo un mismo nombre se conocen en Aragón dos instituciones: una, de derecho general, el pacto de hermandad o hermandad llana y, otra, de derecho consuetudinario, el agermanamiento designado como hermandad.

El pacto de hermandad existe con caracteres casi idénticos en los dos extremos oeste y noroeste de la península y en una isla del norte (regiones lusitana, aragonesa y cantá-

brica), siendo desconocido en el resto. Conforme al mismo, todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieren por cualquier razón se comunican y sujetan a partición como gananciales.

Sustancialmente son idénticas, las tres hermandades citadas con algunas diferencias accidentales:

1. En Aragón, para que rijan, han de pactarla los contrayentes y, en Portugal y Bailío, existe por ministerio de la ley y, para que deje de regir, han de renunciarla los interesados.

2. Según la ley portuguesa y el fuero de Bailío, muerto uno de los cónyuges, se procede al inventario y partición de bienes entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, mientras que, en Aragón, el sobreviviente no pierde el usufructo que por fuero le corresponde en la mitad perteneciente a su consorte, si no lo renunció expresamente.

De dos modos puede constituirse esa asociación, expresamente o implícitamente, declarando que llevan al matrimonio los bienes inmuebles o sitios en concepto de muebles. El agermanamiento consuetudinario del Alto Aragón equivale a la hermandad del fuero real de Castilla. Los legisladores aragoneses no lo trasladaron a los fueros; el uso lo desterró de Castilla, reemplazándolo con el testamento mancomunado de hermandad, que se ha perpetuado por costumbre en el Alto Aragón. Ha nacido una costumbre *praeter legem*, el testamento de hermandad, otorgado mancomunadamente entre marido y mujer con las mismas solemnidades que los testamentos ordinarios y, como todo testamento, revocable.

No se trata, como en la hermandad del fuero, de hacer comunes los bienes de toda clase de ambos cónyuges para ser divididos por mitad entre los herederos del premuerto y el sobreviviente o los suyos, sino que se suceden uno a otro en el dominio universal de la herencia; el que sobrevive se hace dueño absoluto de los bienes que poseyeron en común durante el matrimonio, lo mismo que de los que fueron de la pertenencia de cada uno. Institución tan individualista como esta, parece, a primera vista, una desarmonía en el cuadro del derecho consuetudinario altoaragonés, eminentemente familiar y troncal e inclinado al vínculo y al señorío y, sin embargo, según estima Costa, no es así por dos razones:

1. Porque este derecho distingue cuidadosamente entre matrimonio de herederos y matrimonio de solteros, y el agermanamiento es privativo de los segundos, como el casamiento en casa lo es de los primeros.

2. Porque limitan la institución diversidad de condiciones, en consonancia con el carácter familiar que reviste dicha legislación consuetudinaria.

Cuando, en la capitulación matrimonial, uno de los contrayentes es instituido heredero universal del patrimonio de los padres y el otro dotado, se impone a aquel

como condición que nombre a su vez sucesor en la universalidad de los bienes heredados a uno de los hijos que nacieron de aquel matrimonio y, al segundo, la reversión de la dote a la casa nativa, si llegase a morir sin hijos. También se observa esto en los matrimonios de solteros, cuando hay gran desigualdad en cuanto a los bienes aportados por cada uno de ellos; no se agermanan, porque los donantes imponen a la dote la condición de la reversión y no pueden donarse sus bienes. Este modo de asociación prácticamente solo es utilizado entre contrayentes solteros que entran en el matrimonio en condiciones de igualdad y, principalmente, cuando los bienes que poseen los han adquirido de mancomún, si bien, algunas veces, esta asociación se constituye, ya desde el principio, en la capitulación matrimonial, lo ordinario es que se dilate para cuando han perdido la esperanza de tener descendencia o, al menos, para cuando ha pasado un año desde el matrimonio.

VII.8. Aventajas, firma de dote y gananciales

Por ventajas forales se entienden aquellos bienes que el cónyuge sobreviviente puede sacar, por fuero, de la masa de bienes comunales antes de la división. No es extraña esta institución al derecho castellano, si bien generalmente se renuncia a las ventajas forales antes de celebrar las bodas. Cuando no los renuncia, casi siempre quedan limitadas a las joyas aportadas al matrimonio, yendo la costumbre más lejos que el fuero. Según la costumbre, el derecho de sacar ventajas es personal en la mujer, no transmitiéndose a sus herederos si no sobrevivió a su marido, adquiriéndolos del marido aunque fallezca antes que su mujer, de modo que pueden concurrir a sacar ventajas los herederos del marido y la mujer o los suyos, pero no los herederos de la mujer con el marido.

Destaca Costa que la firma de dote del fuero aragonés es la finca o cantidad de dinero con que el marido dota a la mujer cuando casa con soltera; puede dotarla en todos sus bienes, constituir y aumentar la firma en capitulación matrimonial, en testamento y en toda clase de documentos durante el matrimonio. Es costumbre en Aragón que consista en una cantidad igual a la tercera parte de la dote que lleva la mujer. Esa firma entra en el dominio absoluto de la mujer, como caudal enteramente libre, sin que tenga parte en ella el marido ni los herederos de este y, por ello, en defecto de hijos, la adquieren los parientes derechohabientes de aquella, no el marido ni los suyos, aunque sobre esto hay dudas, entendiéndose que también en Aragón se rige esta donación por el principio de troncalidad. Suele pactarse en Aragón que, en caso de no haber sucesión, la mujer disponga únicamente de la mitad y el resto ceda en beneficio del heredero. Como es en metálico, ni siquiera la viudedad alcanza en ellos el marido, si no se pactó expresamente o no se llevó los muebles en concepto de sitios, ya que la viudedad foral solo se extiende a los sitios o inmuebles.

Se diferencia el reconocimiento altoaragonés de la firma de dote y de las arras en que aquel es recíproco: el marido dota a la mujer y la mujer al marido. Constituido el “reconocimiento”, si el cónyuge forastero enviuda y casa en segundas nupcias fuera de la casa, dejando en ella hijos, saca la dote sin el reconocimiento; si carece de hijos, lo saca, una vez terminado el recibo de la dote, en dos o tres plazos anuales; si fallece intestado y sin hijos, el reconocimiento cede a favor del cónyuge heredero o de sus sucesores. No se concede casamiento en casa al cónyuge forastero que enviuda sino para el caso de tener sucesión menor de edad; si carece de ella tiene que casar fuera, y el reconocimiento es una especie de indemnización o salario por el tiempo que ha trabajado en la casa, un modo de hacerle menos difícil la nueva colación que si solo llevase la dote sin aumento. Los reconocimientos de mujer y marido no son iguales sino en proporción de medio a uno.

En cuanto a los gananciales, son comunes en Aragón y Castilla. En Aragón, los bienes muebles adquiridos por cualquier título y los inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio se hacen comunes de los dos. También se parten las mejoras hechas en los bienes de un cónyuge, si lo gastado en ellas se sacó de los bienes comunes. La principal diferencia estriba en los siguientes aspectos:

1. En Aragón, por fuero de Aragón, puede aportarse al matrimonio los bienes muebles como sitios y los sitios como muebles, con lo cual se alteran las consecuencias del principio de gananciales.

2. En Aragón, los gananciales son renunciables sin ningún género de duda, por facultad expresa de la ley.

Se siguen tres distintos sistemas con respecto al sistema de gananciales:

1. Aceptar el sistema de gananciales por mitad.

2. Renunciar los gananciales.

3. Participar de los gananciales en proporción al número de personas que haya en la casa cuando ocurre la división.

VII.9. Casamiento en casa

Considera Costa que la viudedad o usufructo, por sí solo, es decir, conforme al fuero, adolece de graves inconvenientes. En primer lugar, cuando el heredero contrae matrimonio y la madre enviuda; en segundo lugar, la situación de los viudos jóvenes. Para conciliar intereses tan opuestos, el derecho altoaragonés ha creado algunas costumbres que pueden reducirse a dos:

1. Casamiento en casa, por el que el cónyuge forastero, en caso de enviudar, contrae matrimonio con derecho al usufructo viudal.

2. Agermanamiento o hermandad, que es el heredamiento mutuo de los dos cónyuges para el caso de que no tengan hijos, usual y casi constante entre los que se casan solteros.

Fruto de sus investigaciones, concluye que el casamiento en casa no es debido a la sola conveniencia de los cónyuges, ya que, por regla general, solo se concede cuando existen hijos menores de edad del primer matrimonio y aun, en ocasiones, se convierte en obligatorio el matrimonio bajo pena de perder la dote. No lo reconoce solo por utilidad de los hijos, pues se dan casos de reservarse el casamiento en casa faltando estos y, otros, en que, negándose al viudo por los parientes, se le permite retirar la dote íntegra, sin necesidad de dar legítima a los hijos. Es consecuencia lógica del principio de viudedad que no solo se prorrogue el usufructo a favor del viudo del primer matrimonio a quién se dejó casamiento en casa, sino que se extienda a la persona con la que contrajo segundas nupcias, por si este enviudara.

El usufructo se prorroga por todo el tiempo que dure la viudedad del nuevo cónyuge, pero no la facultad de casar sobre los bienes. Esta institución es contraria a los intereses de los herederos del cónyuge premuerto por las siguientes razones:

1. Si hay que dividir la herencia entre los hijos o parientes del cónyuge premuerto.

2. Si nacen hijos del segundo matrimonio.

Por tales motivos es frecuente imponer al ejercicio de este derecho algunas limitaciones:

1. Que haya hijos no mayores de 14 años.

2. Que pueda casar, si es viuda, con persona de la edad que guste, pero, si es viudo, con mujer mayor de cuarenta años o de edad proporcionada.

Si los padres instituyentes no han fallecido al ocurrir la muerte del instituido heredero, ellos son los árbitros para conceder o denegar el casamiento en casa al viudo, reservándose a veces el derecho de conceder o negar, mientras vivan, el segundo al heredero mismo. Si estos ya fallecieron deben distinguirse dos supuestos.

1. Que se haya dejado enteramente libre el casamiento en casa.

2. Que se haya encomendado al consejo de familia que examine y decida, determinándose en capitulaciones matrimoniales el criterio del consejo de familia.

Llegado el caso de enviudar el cónyuge forastero, puede suceder:

1. Que el viudo y los parientes del premuerto decidan de común acuerdo el nuevo casamiento y la persona con la que será contraído.

2. Que el cónyuge viudo quiera y proponga el casamiento en casa y se lo nieguen los parientes.

3. Que quieran los parientes y el viudo resista.

Para los dos últimos supuestos, algunas capitulaciones han previsto determinadas previsiones: si la viuda es quien propone y el consejo de parientes niega el nuevo matrimonio y, para contraerlo, tiene que salir de la casa de su primer marido, las capitulaciones la autorizan a recobrar la totalidad de la dote que aportó como si no tuviese hijos. Si la propuesta procede de los parientes y la negativa de la viuda, que prefiere dejar la casa de su primer marido y contraer fuera de ella nuevas nupcias, pierde el derecho a todo recobro, obligándole las capitulaciones a abandonar toda su dote aun cuando solo tenga un hijo. Estos pactos tienen fuerza de obligar porque los dos interesados los han suscrito aun antes de llegar el caso de ponerlos en ejecución.

En muchas capitulaciones matrimoniales, por olvido o por otra causa, no se estipula el “casamiento en casa”, previendo únicamente que un hijo o hija de aquel matrimonio ha de suceder en la universalidad de la herencia, pudiendo ocurrir en tal caso alguno de los siguientes supuestos:

1. Que el heredero al morir otorgue testamento y deje casamiento sobre su casa y bienes al sobreviviente.

2. Que no le haya sido otorgada tal facultad por el acto de última voluntad. En tal caso, o bien se resigna a permanecer en su viudedad, o a casar fuera de la casa, o bien contrae nuevo enlace en ella lo mismo que si estuviese facultado para hacerlo, continuando en el goce del usufructo foral porque no pueden impedirlo los hijos que son menores de edad, ni los abuelos que han fallecido. Cuando los hijos entren en la mayoría de edad, o bien reconocen y aprueban de buena voluntad el hecho consumado o lo toleran.

Por lo que respecta al orden de los hijos, el rasgo más característico es la igualdad de derechos entre los hijos del primer matrimonio y los del segundo. No obstante, tal igualdad no es absoluta, tanto por la preferencia de los hijos del primer matrimonio respecto al nombramiento de heredero, como por la relativa separación en que suelen mantenerse los bienes de los diferentes matrimonios.

Los mismos principios legales que regulan los bienes del primer matrimonio han de tener aplicación a los del segundo: los aportados por el nuevo cónyuge son legítima de sus hijos, de los hijos del segundo matrimonio. Para esta finalidad le son asegurados dote y reconocimiento en la herencia del cónyuge heredero del primer matrimonio. Por otra parte, al estipularse en la primera capitulación el casamiento en casa, se consigna que los hijos del segundo matrimonio recibirán legítima al haber y poder de la casa lo mismo que los del primero. Mantiene Costa que la solución equitativa

para evitar desigualdades consiste en considerar que si la legítima del nuevo cónyuge basta para cubrir las dotes de sus hijos, computadas por el haber y poder de la casa y, con mayor razón, si excede de tal cantidad, no se les da más; si no alcanza, se suple lo que falta a expensas del patrimonio de la casa, no siendo absoluta la confusión de bienes. Si el nuevo cónyuge enviuda, le alcanza la prórroga del usufructo pero no el casamiento en casa.

La excepción a la regla general es pactar que de los bienes del primer matrimonio sea heredero un hijo del primero y, de los bienes del segundo, un hijo de este, si bien no es común.

Por derecho de Castilla y de Aragón, los hermanos consanguíneos y los uterinos dividen entre sí la herencia del padre o madre común y adquieren, con carácter exclusivo, la del progenitor no común.

Concluye Costa señalando que la viudedad consuetudinaria es más amplia que la foral. Un paso más y el usufructo se convertiría en pleno dominio, habiendo dado este paso el derecho consuetudinario del Alto Aragón por la figura del agermanamiento. Entre esta y aquella institución existe un tránsito natural que es “el casamiento en casa con prórroga del usufructo foral y facultad de vender”, siendo esta figura característica del Somontano, principalmente, e instituyéndose habitualmente en el testamento y, en menor medida, en la escritura nupcial. Autoriza el heredero a su consorte, en el caso de que le sobreviva con hijos, a que se case en la casa y venda bienes del patrimonio si las necesidades lo exigen, ya por su propia autoridad, ya con aprobación de los parientes, pero sin necesidad de intervención judicial.

VII.10. Derechos de la mujer en la familia; patria potestad, poder marital

En la obra de Joaquín Costa destaca esencialmente su concepción jurídica de los derechos de la mujer en la familia, patria potestad y la peculiar consideración del poder marital y, si bien este constituye uno de sus aspectos menos conocidos de su obra, es a mi parecer uno de los más interesantes. Para señalar la novedad de estas propuestas, cabe mencionar que el principio de equiparación entre marido y mujer en el matrimonio no entró en la legislación española hasta la Constitución de la II República y, caída esta, la discriminación por razón de sexo permaneció en el código civil, en sus aspectos fundamentales desde la perspectiva civil, hasta la Ley de 2 de mayo de 1975; casi un siglo después de que Costa pidiera la reforma relativa a la desaparición del poder marital; llegando las propuestas de Costa a solicitar la introducción del divorcio vincular.

La cuestión se planteó en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses celebrado en Zaragoza en 1880, preguntando la comisión organizadora en su cuestionario: “si conve-
dría a Aragón conceder la patria potestad a la madre viuda”. Al redactar el pro-

yecto de dictamen que la sección primera confió a Joaquín Costa, se planteó el dilema siguiente:

[...] la patria potestad es el poder necesario para la guarda, tutela y educación de los hijos; constituye así una función jurídica cuyo ejercicio no nace de la ley, sino de la naturaleza; no es un derecho accidental, sino que nace y depende de una condición de capacidad en la persona que ha de ejercerla. Si la mujer careciera de la necesaria aptitud para constituirse sujeto activo de la tutela, como el fallecimiento del marido no cambia las facultades personales de la mujer, no existe razón para su concesión. Si por el contrario se considera que la madre viuda puede ejercer los derechos inherentes a la patria potestad, no existe ninguna razón para que el derecho que nace de aquellas obligaciones y la capacidad no se traduzca en ejercicio activo; no existe ninguna razón para negar a la mujer casada el ejercicio de la autoridad doméstica en la forma de patria potestad. Por otra parte, la madre casada no puede ejercer patria potestad alguna sobre sus hijos mientras exista el principio de la potestad marital.

Como puede apreciarse, el argumento mantenido por Joaquín Costa en su proyecto de dictamen no puede ser más lógico, si bien no le facilitó su éxito. Propuso Costa la discusión en los siguientes términos:

1. Si se sigue negando en la mujer casada el ejercicio de la potestad que por naturaleza posee conjunta e individualmente con su marido, también debe negarse a la madre viuda.

2. Para atribuir a la viuda el ejercicio de la patria potestad, hay que comenzar por reconocer igual derecho a la mujer casada, llevando a todas sus consecuencias el principio, universalmente admitido, de la igualdad entre los dos esposos, y eliminando de ella, por consiguiente, cuantas disposiciones tengan por fundamento el poder marital.

Esto último es lo que la sección entendió por justo y lo que propuso al congreso, criticando Costa el hecho de que la sección, conforme en principio con su doctrina, temió la novedad, quedándose a medio camino, en el mismo lugar donde lo había hecho la ley española de matrimonio civil, proponiendo la sección al congreso un acuerdo que posteriormente fue aceptado por este último: “Debe reconocerse a la madre viuda, respecto de sus hijos, los mismos derechos y autoridad que el Fuero de Aragón reconoce y atribuye al padre”.

El cambio que con esta propuesta se pretendía introducir en la legislación aragonesa no resultaba tan radical como lo fue en Castilla, porque la viuda en Aragón ha disfrutado en todo tiempo ciertas prerrogativas y cumplido ciertos deberes equivalentes de hecho a la patria potestad. La sección, por el contrario, había eludido la cuestión relativa a la potestad marital y a la posición de la mujer dentro de la familia. No satisfecho Costa con esta solución adoptada por la sección y deseando que el congreso abordase ambos problemas, propuso el siguiente tema que fue tomado en consideración:

¿Es preferible en materia de patria potestad el sistema aragonés o el castellano? ¿Qué obligaciones impone esta función? ¿Qué derechos atribuye? ¿A quién incumbe su ejercicio? ¿Debe subsistir en las leyes el llamado poder marital? ¿Quién debe llevar la voz y representación de la familia?

Acompañó al mismo el siguiente proyecto de conclusiones:

1. Es más conforme a los principios eternos de justicia el sistema foral de la protección o tutela paterna que el sistema castellano de la patria potestad, y, por tanto, aquel es y no este el que debe introducirse en el Código, al desarrollar las consecuencias de que dicho principio se derivan.

2. Las obligaciones que imponen la patria potestad y tutela paterna con respecto a los hijos son: desarrollar sus facultades físicas y morales, instruirles y enseñarles una carrera, oficio o destino útil, para que puedan valerse por sí mismos; educarlos para la vida social; asistirlos y alimentarlos mientras no puedan mantenerse por sí mismos con su profesión o industria; representarlos en juicio, cuidar y administrar sus bienes.

3. Los derechos que atribuye a los padres la tutela paterna son: tener al hijo en compañía, corregirlo e instar su reclusión en un establecimiento correccional; usufructuar sus bienes en la cantidad necesaria para cubrir los gastos de alimentación y de crianza, y si los padres fuesen pobres, usufructuar dichos bienes en totalidad y hacer suyos los productos del trabajo del hijo, y por último, darles tutor en testamento.

4. Siendo comunes al padre y a la madre los deberes que impone la protección o tutela de los hijos, también debe serlo la autoridad necesaria para cumplirlos, y, por tanto, el ejercicio de los derechos que hacen posible ese cumplimiento.

5. Siendo el marido y la mujer iguales ante el derecho, deben desaparecer de la legislación, como han desaparecido ya de las costumbres, las consecuencias que se derivaban del llamado “poder marital”, en lo tocante a la obediencia, domicilio y demás cuestiones similares.

6. Representarán a la familia los dos cónyuges mancomunadamente o uno de ellos con el poder del otro.

Estas proposiciones de Costa no fueron discutidas, si bien consideraremos a continuación los argumentos esenciales utilizados por Costa como razonamiento del dictamen.

Destaca que hubo un tiempo en la historia de la humanidad durante el cual la familia se gobernaba por el régimen matriarcal, en el que la potestad no era paterna, sino materna: los hijos llevaban el apellido de la madre y no el del padre, heredaban a este, no sus propios hijos, sino los hijos de sus hermanos, y era la hija primogénita quien casaba y dotaba a sus hermanos. Posteriormente la familia se volvió patriarcal, anulándose la personalidad de la mujer que quedó absorbida en la del marido.

Continúa Costa exponiendo que en Roma la mujer carecía de personalidad, su incapacidad era perpetua. El pueblo español exageró menos que el romano esos principios, debiéndose principalmente a dos causas el hecho de que no prevaleciera en toda su crudeza el derecho teodosiano y justiniano: el influjo del cristianismo y la acción del derecho consuetudinario hispano-céltico.

Considerando Costa que, por influjo de este último, subsistió en el derecho portugués y en el extremeño la comunidad absoluta de bienes, los gananciales por mitad y el reconocimiento de la patria potestad a la viuda; y en el derecho aragonés, además de los gananciales, el derecho de viudedad o usufructo viudal. Como consecuencia, las legislaciones pirenaicas de una y otra vertiente derivadas del primitivo derecho ibero o euskaro consagraban, como en parte consagra todavía la costumbre altoaragonesa, la absoluta igualdad entre los dos sexos, citando en este punto Costa a Cordier al indicar este último que "... La igualdad absoluta de derechos entre los dos sexos es la característica que distingue las legislaciones pirenaicas de las demás de Europa". En Aragón, por costumbre, el poder no compete ni al marido ni a la mujer, sino a la familia misma, y debe ejercitarlo aquel que tenga capacidad y aptitud para ello, señalando que la idea fundamental que inspiraba el derecho de familia de los estados pirenaicos de Barèges, Lavedan, Bearne, de los vascongados y navarros y del Alto Aragón es que "la mujer tiene la misma aptitud que el hombre para representar, gobernar y perpetuar la familia".

Distingue Costa entre poder y derecho, proponiendo al legislador el reconocimiento de que los esposos entran en el matrimonio en igualdad de condiciones, renunciando a establecer dos derechos diferentes, uno para el marido y otro para la mujer. Por lo que corresponde al poder, el legislador debe abandonar su ejercicio a la libre iniciativa de los esposos, a quienes compete la división del trabajo, es decir, de las funciones domésticas, en la forma que se lo aconsejen las diversas aptitudes de cada uno.

Opina Costa que uno de los errores del legislador provenía de haber considerado exclusivamente como modelo el de la familia acomodada, donde el marido administra y trabaja y la mujer no; mientras que, por el contrario, la clase donde se encuentra la mayoría de la población no es esta, sino que, en la mayoría de las familias, la mujer era quien ejercía preferentemente todos los actos de potestad, por lo cual concluye que era un contrasentido que las leyes negaran el ejercicio del poder doméstico al cónyuge que mejor sabía ejercerlo y además se le situara bajo el poder del otro cónyuge.

Considera Joaquín Costa que el congreso de Zaragoza, al proponer la abolición de la potestad marital, no solo se hacía eco de las tradiciones, sino que además obedecía a la tendencia más generosa de la razón jurídica de su tiempo.

Menciona que, consecuentemente con la postura adoptada por el congreso, si la potestad marital existiera, el marido tendría facultad de castigar a la mujer, como la tiene de castigar a los hijos, pero si el legislador se la concediera se rebelaría la sociedad. Sus investigaciones le llevaron a concluir que la patria potestad se ejerce por los dos cónyuges conjuntamente o por aquel de ellos que se siente con mayor suma de cualidades y de aptitudes para ello, de modo que los mutuos deberes de los cónyuges no se rigen por lo que estatuye la ley, sino por el libre acuerdo de las partes interesadas, siendo la mujer tan soberana como el marido.

Continúa insistiendo en su argumentación en el sentido de que “si la ciencia y la costumbre consagran la unidad del poder doméstico en cabeza de los dos cónyuges, ¿por qué no ha de reconocerlo así el legislador?”. Su argumentación en la materia era perfectamente coherente con su concepción de la libertad civil, de modo que, si los mutuos deberes de los cónyuges pertenecen al derecho inferior de la familia, no admiten regulación ni ordenamiento del exterior, pudiendo solo ser cumplidos por el acuerdo de las partes interesadas.

Solo considera una razón para comprender la postura adoptada por el congreso: el temor que inspira toda novedad cuando afecta a la regulación de la familia, temor que provoca a su juicio que se vayan reproduciendo en el código de siglo en siglo las disposiciones que califica de inocuas, descendientes del derecho romano, inspiradas por una falsa noción acerca de la familia y de las relaciones entre los dos sexos. Como ejemplo práctico de tal influjo cita la Ley de Matrimonio Civil, interpretándola de modo que, a pesar de su preámbulo, podría deducirse que consagra la igualdad entre los dos cónyuges. En el cuerpo de la ley establece multitud de disposiciones que colocan a la mujer bajo la potestad del marido, de modo que, si bien una de las innovaciones que introduce es otorgar a la mujer, en defecto del padre, la potestad sobre los hijos, sin embargo, la emancipación jurídica de la mujer no será completa mientras no se reconozca que la patria potestad es función común a los dos cónyuges, llegando a afirmar en su tiempo que “aquella emancipación no será completamente un hecho mientras se diga, como la ley de Matrimonio, que la mujer debe obedecer a su marido como si él fuese soberano y ella súbdita”.

Resumiendo su concepción, aboga Costa porque el ejercicio del poder doméstico no pertenece al marido ni a la mujer, sino al matrimonio, esto es, conjuntamente al marido y a la mujer. Este poder doméstico abraza toda la vida y tiene por fin todos los fines de la familia, encontrándose entre estos la guarda y educación de los hijos. Así, el poder doméstico, en cuanto se aplica a este fin especial de la tutela, crianza, alimentación y cuidado de los hijos, se denomina patria potestad, resultando obvio que, si el poder doméstico compete por igual a los dos cónyuges, a los dos por igual les ha de pertenecer la patria potestad.

Admitida esta doctrina, el reconocimiento de la patria potestad a la viuda tendría una explicación tan lógica como racional, manifestando Costa que, siendo atribución de los dos esposos, en su calidad de órganos de la familia, la protección, tutela, crianza, alimentación y educación de los hijos, forzosamente ha de ser también atribución de los dos por igual la autoridad, el poder y la patria potestad que nace como una consecuencia de esas funciones domésticas, no obrando marido y mujer por derecho propio y para sí, sino en concepto de ministros y representantes del matrimonio, subsistiendo el poder de dirección aun cuando uno de sus miembros desaparezca y, por consiguiente, si la capacidad de representar el matrimonio la pierde uno de ellos por enfermedad o fallecimiento, continua ejerciéndola el otro, cualquiera que este sea, sin otra diferencia que la de ser ahora representante único, en vez de lo que ocurría antes, que compartía la representación. En conclusión, si la mujer casada tiene por derecho la patria potestad, no ha de perderla por el hecho de quedarse viuda o de incapacitarse su marido, sino que se hace más plena desde el momento en que no tiene que compartirla. Así se vuelve al punto de partida, haciendo patente la incoherencia de la Ley de Matrimonio Civil y del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de Zaragoza, por el hecho de atribuir patria potestad a la madre viuda, mientras que a la mujer casada no solo se le niega, sino que la somete a la patria potestad del marido.

En cuanto a la defensa del divorcio, llevaba a cabo la misma a través de las siguientes argumentaciones:

Por ventura, ¿Es preciso que el Código mande al marido proteger a su mujer si la ve atropellada, y procurarle cuanto le sea posible para que el marido lo haga? Y si no quiere hacerlo, si no quiere protegerla, ni vivir cerca de ella, legislador inocente que tales artículos redactas, ¿qué recursos imposibles sugieres al juez para que no queden ociosas e ilusorias esas disposiciones? Nada de cruzarte de brazos, no, me equivoco, haces algo; le impides repararlo, la mantienes ligada a aquel error. Mandas que el orden natural de la familia no se turbe, pero cuando se turba, careces de medios para restablecerlo, conviertes el desorden en un estado normal y definitivo.

Para finalizar esta cuestión cabe recordar el siguiente texto de Costa manifestándose claramente a favor de la igualdad entre sexos, verdaderamente novedoso en su época:

No hay que extrañar que, cuando hay todavía escritores tan bien sentidos como el obispo Mgr. Isoard, que dicen con San Pablo al marido: ama a tu mujer, y a la mujer: teme a tu marido, haya jurisconsultos y legisladores que consagren ese funestísimo e inocuo principio de desigualdad, imponiendo a la mujer un deber de obediencia del cual se declara perfectamente libre y exento al marido, y que las leyes mantengan aún en pie, cuando ha desaparecido ya de las costumbres, ese supuesto poder marital, arcaísmo inconcebible en nuestra sociedad, legado de una época en que la fuerza era el primer fundamento de la justicia.

VIII. CREACIÓN DE UNA CÁTEDRA DE DERECHO CONSUECUDINARIO

A continuación será tratada la cuestión relativa a la creación de una cátedra universitaria de derecho consuetudinario. Al respecto se transcribe la carta remitida por Giner de los Ríos a Costa solicitándole unas notas relativas al tema que encontramos publicada en el libro *El don de consejo. Epistolario Joaquín Costa—Francisco Giner de los Ríos (1878-1910)*, con el número 27, siendo su tenor literal el siguiente:

11 (5.1887)

Obelisco, 8

Mi querido Costa:

Dentro de una semana, agradeceré a V. me haga el favor de enviarme una nota —sin redactar— sobre las razones que hay para fundar en el Doctorado de Derecho una cátedra de Derecho consuetudinario. Que vengan numeradas y escuetas.

Veo que no sale V. de Madrid, lo cual no sería tan grave, si no llevase consigo, para V., la ausencia del descanso que tanto ha menester. Hasta me dicen que se ha metido en un trabajo sobre la Atlántida! Qué borrachera y que fiebre! Aunque se fuese V. a una Cartuja, jamás hallará V. reposo: la inquietud y el demonio los lleva V. dentro, como en la Edad Media!

No me conteste V. un Memorándum, ni me envíe arriba de dos cuartillas o tres sobre el asunto en cuestión.

Suyo, que lo quiere de corazón, y le detesta de cabeza.

Giner

Al respecto de esta carta cabe señalar que Antonio Jimenez-Landi, en *Don Francisco Giner de los Ríos y la Institución Libre de Enseñanza* (New York, 1959), señala que Giner solicita a Uña que consiga en el colegio de abogados la creación de una cátedra de orígenes e historia del derecho y que debería encomendarse a Costa. La contestación a esta carta de Giner se fecha el 8 de septiembre de 1887, siendo transcrita en la obra señalada con el número 28:

8.9.(1887)

Querido Giner:

Creo haber oído a V. que envió esa nota a Azcárate y tal vez V. no lo recuerda. No siendo así, le reharé con mucho gusto, caso de que insistan en crear esa asignatura independientemente de toda consideración personal, pues por mi parte he principiado ya mis preparativos para la oposición de Galicia que Oliver ha ofrecido anunciar esta quincena, recibido instrucciones de G. de las Casas, etc. Si yo soy condición, desistan, y no hay que decir cuánto le agradezco su proyecto y gestión por la parte que me toca en ello.

Suyo affmo.

J. Costa

En el Archivo Histórico Provincial de Huesca encontramos la caja 93, carpeta 17.3 tales anotaciones, llevando por rúbrica: “Razones que justifican la creación de una cátedra de Derecho Consuetudinario” con el texto manuscrito por Costa que se transcribe a continuación:

No encuentro fácil esa justificación en forma de un plan general cuya necesidad está más al alcance de la gente singular. Luego, una especialidad tan especial (se trata de un concepto cuya realidad pone en duda la mayoría), parece ajeno a una Facultad, no yendo envuelto en un concepto más genérico: poder legislativo; Como hay derecho administrativo, para eso ya está el Derecho Político, aunque en Derecho Político debería tratarse del Derecho consuetudinario, a no ser que se considere el doctorado como cosa de investigación o que la asignatura de Derecho Consuetudinario tenga carácter de complemento de varias otras. (Del Derecho civil, del administrativo, estudiando el consuetudinario positivo, del político, estudiando las formas de las costumbres y su relación con las Cámaras legislativas; del Natural relacionado con la biología jurídica...);

1. El problema existe y se impone (los dos Congresos Jurídicos de Zaragoza y Madrid lo han debatido, discusión en las Cortes; discursos de la Academia de Jurisprudencia; Ministros; no está resuelto (diversidad de pareceres y de votos); solución tan esencial, que no dándola la ciencia se atiene al precepto tradicional (*Partidas*). No hay que ventilarlo constituyendo una materia especial de estudio.

2. Corrientes de la filosofía desde Savigny, Rovert Spencer, etc., principian a dar importancia en el derecho, lo mismo que en la estética (folklore, etc.), y en la lógica, a las actividades, a pesar de que se ha impuesto la práctica reflexiva del Derecho (Universidades, Cámaras, Tribunales): siendo doctrinario lo contrario que en el siglo XVI; hay que poner en armonía la enseñanza jurídica con los progresos de la sociología contemporánea.

3. Gravedad que entraña el problema de las legislaciones regionales (castellana, catalana, aragonesa...); en relación con el poder legislativo nacional.

4. Razón ordenada a la autonomía de las especiales comarcas cuyas relaciones civiles se rigen en todo o en parte por un derecho no escrito, distinto de los Códigos o fueros. Hay que estudiarlo, primero porque en la práctica del bufete, notaría, registro y tribunal se presentan todos los días: su regulación la conozcan las Cámaras y Códigos, para que al codificar vea si alguna de las instituciones consuetudinarias deben entrar en los Códigos.

5. En Derecho administrativo sucede igual: el estudio previo del derecho municipal consuetudinario (subsistente de los Fueros antiguos, costumbres nacidas de las necesidades modernas y de la lucha con las reformas abstractas, desamortizadoras); es condición esencial para formular una ley vividera y cumplida y que no desmoralice el sentido jurídico-administrativo de las localidades ni embarace la vida de las costumbres.

6. Urgencia de acabar educando unas generaciones en el análisis de este problema y en la atención de aquellos hechos y costumbres, en el endosamiento intelectualista de otros licenciados y doctores cuyo mecanismo estéril se manifiesta en ordenamientos y

leyes, en los discursos de las Cortes, en los programas de los partidos, en las votaciones, por desconocer las formas más sólidas y vivas de manifestarse la opinión, no obstante que todos la invocan, quedando por esto reducida la invocación a categoría de tópico, con igual influjo en la vida que cuando el poder la condenaba y perseguía, etc. etc.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS DE JOAQUÍN COSTA

- COSTA, Joaquín. *La vida del Derecho. Ensayo sobre el derecho consuetudinario*. Guara Editorial, Zaragoza, 1982.
- . *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*. Guara Editorial, Zaragoza, 1981.
- . *Derecho consuetudinario y economía popular de España*. Tomos I y II, Guara Editorial, Zaragoza, 1981.
- . *Teoría del hecho jurídico. Individual y social*. Guara Editorial, Zaragoza, 1984.
- . *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre*. Imprenta de San Francisco de Sales, Madrid, 1901.

BIOGRAFÍAS DE JOAQUÍN COSTA

- CHEYNE, George. *Joaquín Costa, el gran desconocido*. Ed. Ariel, Barcelona, 1972.
- CIGES APARICIO, M. *Joaquín Costa. El gran fracasado*. Madrid, 1930.

ESTUDIOS ESPECIALIZADOS

- CHEYNE, George. *El don de consejo. Epistolario Joaquín Costa–Francisco Giner de los Ríos (1878-1910)*. Guara Editorial, Zaragoza, 1983.
- . *Estudio biobibliográfico de la obra de Joaquín Costa (1846-1911)*. Guara Editorial, Zaragoza, 1981.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Joaquín Costa y el derecho aragonés*. Facultad de Derecho, Zaragoza, 1978.
- El legado de Costa*. Ministerio de Cultura. Zaragoza, 1984.