

La cuestión foral y el Derecho civil

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *Propósito de este estudio.*—II. *Complejidad de la llamada cuestión foral:* 1. *La cuestión foral y el Derecho foral;* 2. *Cuestiones planteadas por el Derecho foral.*—III. *Evolución del significado de los Derechos forales:* 1. *La distinción entre Derecho común y foral hasta el siglo XVIII;* 2. *La distinción entre Derecho común y foral en el siglo XVIII.* 3. *La Novísima Recopilación;* 4. *El movimiento codificador y los Derechos forales;* 5. *Cambio de carácter del Derecho foral en el siglo XIX;* 6. *Los Derechos forales después de la publicación del Código civil:* a) *El Código civil;* b) *La Constitución de 1931;* c) *Derogación de la legislación separatista;* d) *La cuestión foral en la actualidad.*—IV. *La política jurídica y la cuestión foral:* 1. *Conveniencia de la unificación:* A) *Ventajas de la unificación:* a) *Significado de la unidad;* b) *Significado de la unidad jurídica para España;* c) *El ejemplo extranjero;* d) *Consideraciones secundarias.* B) *Desventajas de la unificación:* a) *Las diferencias regionales;* b) *Las costumbres seculares;* c) *El arraigo de los Derechos forales;* d) *Consideraciones secundarias.* C) *Conclusiones sobre la conveniencia de la unificación.* 2. *Método aconsejable para la unificación.*

I. PROPÓSITO DE ESTE ESTUDIO

Las discusiones jurídicas se han caracterizado, respecto a las entabladas en otras disciplinas, e incluso en los tiempos de mayor desenfado léxico, por su mesura y discreción; en estos últimos tiempos, la cuestión foral ha venido a desvanecer esta nuestra pequeña vanidad profesional, ya que se ha visto esgrimir la agresión como argumento contundente. El propósito de este estudio es intentar exponer mi pensamiento con franqueza, pero *modo iuridico*, llamando a la reflexión y evitando, en lo posible, desencadenar nuevas explosiones pasionales.

Para evitar viejos equívocos, señalaré los límites de este estudio

y mi posición respecto a los Derechos forales. Se pretende desvanecer, ante todo, algunos errores históricos, que han sido—parece—los creadores de los prejuicios que han desenfocado la cuestión foral, impidiendo hasta ahora su solución. En base a los hechos así obtenidos, se aborda el problema de la unificación del Derecho civil como cuestión de política jurídica.

Las conclusiones que he obtenido del estudio de la situación de nuestro Derecho civil son éstas: 1.^a Estimo que el régimen vigente es insatisfactorio y que, por tanto, debe desaparecer. 2.^a Que sin creer—lo que sería supersticiosa idolatría—que el contenido de todos los preceptos de cada uno de los Derechos forales sea impecable o que sus disposiciones estén unguidas por el carisma de la infabilidad, estimo que contienen instituciones muy valiosas, en más de un caso superiores a las codificadas, y que, teniendo en cuenta su proporción numérica, expresan más fielmente que el Derecho castellano (especialmente respecto a las Partidas) la pureza de la tradición jurídica española; es decir, que creo que los Derechos forales merecen la máxima consideración, como expresivos (cuando lo sean) del Derecho tradicional (1). 3.^a Que es preciso buscar una solución limpia y decidida a la cuestión foral, de razón, no de pasión o de fuerza; conforme a la unidad nacional y teniendo en cuenta las necesidades—sentidas en toda España—de una legislación particular para la pequeña propiedad campesina.

La cuestión foral en el Derecho civil ha sido creada por los juristas y por ellos habrá de ser resuelta. Haría falta que sacrificásemos discordias, recelos localistas y diferencias de escuela y que tuviéramos presente nuestra condición de servidores de la Justicia. También, y quizás ante todo, el que la cordialidad no está reñida con la franca defensa de la propia convicción. Buen ejemplo puede ser para nosotros la *quatuor quadrata amicitia et familiaritas ex quatuor Hispaniae regnis, Castellae, Aragonum, Cathaloniae, Valentiae*, que uniera durante toda la vida, desde sus tiempos de Salamanca, a Francisco Ramos del Manzano, Juan de Palafox, Raimundo Rubí de Marimón y Cristóbal Crespo de Valdaura: *in quatuor corporibus unam animam representantes*: la del Derecho español (2).

(1) Probablemente el estudio objetivo de las instituciones y los autores puede dar más de una sorpresa; normas tenidas como fundamentales quizás no lo sean y otras descuidadas pueden ser de máximo valor. Por ej., para FONTANELLA, el principio aragonés "standum est chartae" es: "medula multorum malorum, et aliquando causa et occasio plurimum rigorosarum resolutionum". *Sacri Regii Senatus Cathaloniae Resolutiones*, ed. 1686. Des. 407. § II, ed. 1645, II, p. 318; en cambio, la concepción de la mayoría de edad, emancipación y autoridad paterna en Aragón (no el poder del tutor), parecen expresar ejemplarmente la tradición española.

(2) Palabras del valenciano CRESPO DE VALDAURA en la dedicatoria de *Observationes illustratae Decisionibus Sacri Aragonum Consilii*, ed. 1677.

II. COMPLEJIDAD DE LA LLAMADA CUESTIÓN FORAL

La llamada cuestión foral es, seguramente, entre todas las que son objeto del Derecho civil, la que se ha tratado y se trata con menos claridad y más pasión. Es preciso hacer un especial esfuerzo para estudiar despacio todos sus aspectos, incluso los más espinosos, con rigor sistemático y, en lo humanamente posible, con intencionada asepsia sentimental, y, si ello fuera factible, hasta con apasionada objetividad.

Previamente, conviene distinguir con claridad los distintos problemas que comprende, para evitar que su complejidad se convierta en confusión y que la imprecisión sume una nueva dificultad. Para ello, habrá de fijarse el sentido en que la cuestión foral interesa directamente al Derecho civil, y luego separar las cuestiones que, en este ya reducido terreno, se plantean.

1. *La cuestión foral y el Derecho foral*

La tarea, previa e imprescindible, para desembrollar la cuestión, es concretar qué se entiende por fuero y por Derecho foral. El término "foral" se utiliza con significados muy distintos: a) En un sentido muy amplio, fuero es la regla jurídica o la norma jurídica justa; cuando se habla de defensa de los fueros, se puede entender la de las leyes existentes, de las arraigadas costumbres o de la tradición hecha regla, frente al arbitrio del príncipe o del Parlamento. b) Valor más concreto se le da cuando se quiere expresar con él la conservación, el renacer o la implantación de una situación jurídica peculiar de cierta comarca o territorio; así, con la palabra "fueros" se han expresado aspiraciones de autonomía administrativa, exenciones fiscales y de quintas, y hasta de propios órganos legislativos y judiciales, traducidas en fórmulas de descentralización, regionalismo y separatismo. c) Alcance distinto tiene el término foral cuando en la doctrina civil se emplea la frase Derecho foral: entonces se concreta al fenómeno de la existencia en el Derecho español de una diversidad local de reglas civiles.

Los diversos significados de la palabra "foral" se involucran constantemente y no puede desconocerse el hecho de que, en la dialéctica política, se les auna y se procura su mutuo apoyo, sea para fortificar o impugnar una de las concepciones en lucha. Este confusionismo (3),

(3) Observable incluso en algunos de nuestros mejores juristas. Ultimamente se ha dicho: "Pero lo que no podemos silenciar, en modo alguno, como juristas y como falangistas, es la posición de José Antonio a este respecto; en la que se nos muestra total y decidido partidario del mantenimiento, en España, de los regímenes forales" (MARÍN PÉREZ, *El Derecho en el pensamiento de José An-*

tanto más denso cuanto inconsciente, no puede borrar la distinción conceptual. Bastará, para verla con claridad, recordar que existen Estados confederados y federales en los que se ha eliminado la variedad local de sus reglas civiles con Códigos generales (Suiza) o se tiende a ello mediante leyes y doctrina uniforme (Estados Unidos) y que Estados independientes y soberanos han dictado concordemente leyes civiles uniformes (países escandinavos) o las han proyectado (Italia y Francia).

En conclusión, es de advertir que la cuestión del Derecho civil foral tiene propios caracteres que la distinguen y separan, desde el punto de vista teórico, de los otros aspectos de la llamada cuestión foral. Incluso la pregunta sobre la conveniencia de conservar la variedad o de recomendar la unidad en materia civil, problema de política jurídica (*de lege ferenda*), es independiente de las otras (autonomía, regionalismo, separatismo) planteadas por la cuestión foral. Verdad es también, como antes se apunta, que se han unido en la práctica política de modo tan estrecho y constante, que hay que contar con esa conexión como un dato más de la realidad política.

2. Cuestiones planteadas por el Derecho foral

El peculiar carácter del Derecho foral impone el planteamiento de una serie de problemas específicos, que importa también distinguir entre sí, con la mayor exactitud, para fijar su propio alcance y evitar así que se aduldere su intrínseco significado.

a) Los artículos 12 y 13 del Código civil exigen para su aplicación que se determine el ámbito del Derecho foral, o sea la enumeración de los conjuntos normativos forales vigentes, sus fronteras locales y las instituciones a que se extienden. A la vez, irremediablemente, surge una interrogante: la de cuál sea la naturaleza de las normas forales, y, en su caso, en qué se distinguen de las contenidas en el Código civil. Para cumplir estos cometidos hay que realizar una labor previa, que el Código tácita y expresamente (art. 12) ha señalado: la de averiguar el ámbito y la naturaleza que tenían los Derechos forales antes de promulgarse dicho texto legal.

b) El estudio histórico del significado que tuvieron las distintas reglas forales en los distintos territorios, en cada uno de los momentos cruciales de su historia; el valor jurídico que se les da en el siglo XVIII, y el nuevo sentido político que toman durante el siglo XIX,

onio, 1949, p. 6). Los tres "más sustanciosos" textos, únicos en que se apoya esta rotunda afirmación, señalan sólo la variedad de las características regionales y que no importar a se aflojasen los lazos administrativos o que se concediese la autonomía a las regiones en que esté arraigada la conciencia de la unidad de destino (p. ej., a la región andaluza o leonesa; sentido claro que es el mismo de "La gaita y la lira" y "Ensayo sobre el nacionalismo". *Obras completas*, 1942, p. 507, 517; también p. 513, 237. &c).

además de servir para acabar con diversos errores, hasta hace poco aceptados como dogmas, resulta indispensable para saber el valor actual que "conservan" los Derechos forales conforme al Código civil.

c) Asunto de otra naturaleza, que no debe mezclarse con los anteriormente aludidos, es el de medir las razones que pueden aconsejar a un jurista inclinarse en favor de la diversidad legislativa o de la unificación del Derecho civil de España. Su planteamiento no puede escamotearse hoy, aunque repugne al jurista mezclarse—corriendo el peligro de contagio—o que lo mezclen en el tumulto de desbocadas pasiones e irreflexivo sentimentalismo que ha ido condensándose en torno suyo; lo ha hecho imposible el propósito, solemnemente declarado, del poder público de buscarle una pronta solución legislativa.

III. EVOLUCIÓN DEL SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS FORALES

I. La distinción entre Derecho común y Derechos forales hasta el siglo XVIII

La diferenciación entre Derecho común y Derecho foral es muy antigua en la Península: es la versión española de la general distinción entre el *ius commune* (el Derecho justiniano) y los *statuta* o *ius municipale* (fueros, costumbres y usos). El término mismo se empleará para distinguir a los especialistas en el conocimiento de los fueros, a los que se llama "foreros" o "foristas", de los letrados (o peritos en Derecho romano) y decretistas (o expertos en Derecho canónico), y también para designar a personas que recibían un oficio o cargo por un fuero (4).

En todos los territorios españoles hubo Derecho foral, normas especiales o privilegiadas, otorgadas por reyes y señores o paccionadas con ellos, y costumbres o usos consentidos o impuestos. Sea cualquiera su origen, su naturaleza jurídica es la misma, pues está determinada por la existencia del Derecho común y el valor que a éste se le atribuía. Los Derechos forales en relación al Derecho romano toman estos caracteres: 1.º Valor de primera fuente jurídica (siendo

(4) En Castilla, se llamará "letrado" al conocedor del Derecho (romano y canónico) y "forero" al sabedor de los fueros (fueros de España, uso y costumbre); en la Corte había "omes buenos", letrados y foreros para asesorar la jurisdicción real. L. E. 4.

En Aragón se habla de los "foristas" y antiguos foristas, distinguiéndolos de los juristas o jurisperitos; Obser. II de *privilegium absentium*, § 2 (II, f. 7), Carta de Juan Ximénez Cerdán (II, p. 46). MOLINO, *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum*, ed. 1585 (en los prólogos latino y castellano); también se mencionan los "comisarios forales", Fueros. 4, 38 (I, f. 92 vto.), C. de Monson 1564 (I, f. 207 vto.); C. de Barbastro 1626 (I, p. 240).

Jaime I lleva letrados, decretistas y foristas en su séquito, DE LA FUENTE (V.). *Estudios críticos sobre la Historia y el Derecho de Aragón*, 1885, II, páginas 360 y ss.

subsidiario el Derecho común); 2.º Como *ius municipale* o *particulare*, no puede aplicarse más que en el territorio al que se concedió (a diferencia del Derecho común, que es Derecho general); 3.º Es *ius singulare*, Derecho excepcional, por separarse del Derecho romano, único que se estima conforme al tenor de la razón (5); llamándose también, y a la vez, privilegio (6) por entenderse como concesión especial en favor de una ciudad, de un territorio o de sus ciudadanos, beneficiándose de reglas distintas de las comunes (7). A consecuencia de ello, las normas del Derecho foral se interpretaban de modo estricto, no se podían extender por analogía y habían de ser aplicadas de modo que se conformaran lo más posible al Derecho común (8).

Esta situación jurídica, uniforme en toda la Península a fines del siglo xv, cambia cuando en Castilla el Derecho real logra valor de Derecho común, desplazando al romano (siglos xvi y xvii). Desde entonces, en la Corona de Castilla coexisten dos tipos de normas: unas forales (fueros, costumbres y usos), con el valor restringido propio del Derecho singular, cuya vigencia era preciso probar, y otras normas, las del Derecho común castellano (Partidas, Nueva Recopilación), con el mismo alcance supletorio y expansivo que antes tuviera el Derecho romano (9) y que debían ser conocidas y aplicadas de oficio (10 y 11).

La situación jurídica de Navarra es muy reveladora. Después de unida a Castilla, se plantea la cuestión de si debe aceptarse como Derecho común, en sustitución o al lado del romano, al Derecho general castellano. Burgos de Paz, al comentar la ley 1.ª de Toro, se inclina por la aplicación, en Navarra y Aragón (; !), del Derecho romano y

(5) "Statuta iuri communi contraria; odiosa censetur". CANCEL, *Variarum Resolutionum Juris Caesarei, Pontificii & Municipalis Principatus Cathalauniae*. ed. 1688. I, 1, 52 (I, p. 12).

(6) Vide: A. D. C., I, 2 (1948), p. 576 sig. WINDSCHEID, I, § 29, p. 67.

(7) "Etque certum, concessionem contra ius commune dici privilegium", CANCEL, 2, 7, 89 (II p. 150).

(8) "Extrictae sint interpretandum; nec ex identitate rationis extendetur, quod quia contra ius commune conceditur. odiosa censenda sunt": "non extendendum sed limitandum", FONTANELLA, *Decisiones*, 476, 5, 6 y 7 (II, p. 488); "Usaticos "tutores" est contra ius commune et sic non recipitur extensivam interpretationem". CANCEL, I, 7, 19 (I, p. 119).

"Statuta recipiunt suam interpretationem a iure communi". CANCEL. I II, 60 (I, p. 227); "nostris foris... in his in quibus conformes sunt recipiunt interpretationes et limitationes iuris communis", CRESPO DE VALDAURA, I, 3, 57 (I, p. 50), I, 10, 53 (I, p. 152-153). También MOLINO, fol. 155 sig.; PORTOLÉS, *Scholia sive adnotationes ad Reperitorium Michaelis Molini*, ed. 1587. I, p. 731.

(9) Vide supra.

(10) Hubo la cuestión de si las leyes de los Fueros recopiladas necesitaban prueba de su uso, y aunque hubo alguna autorizada opinión en este sentido la doctrina y la práctica se decidió en contra. porque "las leyes del Fuero insertas no son ya leyes del Fuero. sino reglas de la Recopilación", ACEBEDO, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*. ed. 1594, 2, I, 3, 12 (I, p. 207-208, vid. alii citados).

(11) Por pertenecer a la corona de Castilla, la misma situación se crea en las provincias vascogadas. Galicia y territorio del Baylio.

canónico, aunque después observe que la situación de Navarra es distinta, porque los aragoneses eran extranjeros en Castilla, mientras que los navarros se estimaban por ley y práctica igual que a los naturales de Castilla (12). El jurista navarro Juan Martínez de Olano, que estudió detenidamente la cuestión, afirma terminantemente que cuando falte norma propia de Navarra se debe aplicar el Derecho regio de Castilla, y si no, las Partidas; como razones alega: que en Navarra nunca tuvo el Derecho romano y canónico valor consuetudinario; que el reino de Navarra, como "incorporado" al de Castilla, a falta de ley y costumbre propias, debe seguir las leyes de su "cabeza", tanto más cuanto que los navarros gozan de la condición y privilegios de los castellanos (Prag. de El Pardo, 28 abril 1553); doctrina dice, afirmada por el Derecho común, respecto a los reinos agregados y Derechos vecinos; y que D. Martín Guerrero, con dignidad de Juez más antiguo del Tribunal Superior de Navarra, así opinaba y así decidía (13). En la práctica triunfa esta dirección, en lo fundamental, como resulta del prólogo de la *Recopilación de todas las leyes de Navarra*, de Armendáriz (1614), al decir que: "faltando las leyes del Reino, se juzga conforme al Derecho civil, al canónico, según los fueros generales o particulares, según las leyes de Toro, las Partidas". El Derecho romano y canónico continúan aplicándose (como Derecho racional) en la misma forma que en Castilla, pero el Derecho real castellano y las Partidas estaban vigentes en Navarra, como Derecho común del Reino (14).

En Aragón, sus juristas trataron de seguir el ejemplo castellano y, apoyándose en la autoridad de autores de Castilla, afirman el carácter de Derecho común de sus fueros (15); pero los propios pre-

(12) *Ad leges Taurinas insignes comentarii*. 1578, § 450-451, fol. 124 vto.; § 452, fol. 125.

(13) *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris communis ac regii Hispaniarum*, 1575, prefacio, § 8-25 (sin paginar); FRANKENAU (J. Lucas Cortés), *Sacra Themidis arcana*, 2.ª ed., 1780 (1.ª, 1701), dice que en Navarra, en caso de deficiencia de las leyes propias, "se ha de recurrir a las leyes españolas y romanas, lo que afirman con voz común todos los juriconsultos de Navarra y España" (citando a Olano, Armendáriz, Duck y Rec. de las leyes de Navarra, 1, 3, 4). sec. 11, § 9, p. 357.

(14) La interpretación de Rec. de Navarra 1. 3. 6 ("a falta del Fuero y leyes de este Reino, se juzgue por el Derecho común, como siempre se ha acostumbrado") como referida al Derecho romano (Alonso, p. 39), no parece exacta; no sólo es disconforme con la costumbre que señala Olano de considerar como Derecho común al Derecho de Castilla y a la enemiga que frente al Derecho romano muestran las Cortes navarras, sino porque hay la prueba de que sólo se admite la aplicación de aquellas disposiciones romanas que ya se habían introducido como "estilo y costumbre"; como se decide respecto a la aplicación de las leyes "faeminae" y "hac edictali". C. "de secundis nuptiis", respecto a la libertad de testar (ley 28 de las Cortes en Pamplona, 1765-1766, Alonso, p. 357), lo que excluye que entonces estuviese ya admitida una recepción general del Derecho romano.

(15) MOLINO, *Forum Aragonum*, fol. 156; Portolés, *id.*, § 13 y 14 (I, p. 733-734).

ceptos forales, que impedían su interpretación extensiva y que remitián como regla supletoria a la razón natural, hicieron que continuasen en la práctica con el carácter de *statuta* y necesitados, por tanto, de un Derecho complementario (16).

2. La distinción en el siglo XVIII

El propósito unificador de Felipe V no tuvo éxito completo, pero consiguió desterrar al Derecho romano de los territorios en que regía aún como Derecho común y unificar el Derecho común en toda España, implantando como tal al Derecho real castellano. Existirán, desde entonces, unos Derechos forales (aragonés, balear, castellano, catalán, navarro) y un solo Derecho común (el recopilado de Castilla y las Partidas). El cambio se produce de modo casi automático; suprimida la vigencia del Derecho romano, al prohibirse su alegación ante los Tribunales, el único Derecho capaz de sustituirlo, por su extensión y madurez, era el contenido en las Partidas y en la Recopilación.

La derogación del Derecho romano se hace, encargando “a las Chancillerías, Audiencias y demás Tribunales el cuidado y atención de observar las leyes patrias con la mayor exactitud, pues de lo contrario se procedería contra los inobedientes”, censurando la cita y empleo de doctrinas de libros y autores extranjeros, y no usar de la doctrina y disposiciones legales, añadiéndose que “aún lo que es más intolerable, creen, que en los Tribunales reales se debe dar más estimación a las civiles y canónicas que a la de estos Reinos, siendo así que las civiles no son ni deben ser llamadas leyes en España” (17). El modo de llenar el hueco dejado por el Derecho romano se señala claramente al manifestar el legislador su “deseo de reducir todos mis Reinos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables y plausibles en todo el Universo” (18). La implantación efectiva en toda España del Derecho real como De-

(16) Vide MOLINO y PORTOLÉS (loc. cit. y PORTOLÉS, § 15). En la doctrina y en la práctica se hace general el aforismo de que los fueros reciben del Derecho romano “pasivam interpretationem”, completándolos en todas sus lagunas, SUELVES. *Consiliorum Dessorum*, ed. 1641, *Centuria prima*, 100. 10 (I. 227 vto.) *Post primam centuriam. semicenturia*, 27, 13 (II, f. 58 vto.), *Semicenturia secunda*, 11, 21 (III, f. 80); 34, 8 (III, f. 112); SESSÉ. *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum*. ed. 1611-1624, 339, 36 (III, f. 364 vto.); 410, § 38 (IV, f. 206).

(17) Auto acordado del Consejo pleno de 4 de diciembre 1713 en nota 2 a Nov. 3. 2 II. en el que se recoge y da valor general a lo preceptuado en L. T. I.

(18) D. 29 junio 1707. Nov. 3. 3. 1. Importa notar que se refiere a toda España (no sólo a Aragón y Valencia), por ello—entre otras razones—se insertará en la Recopilación, aun después de concedido de nuevo el Derecho foral a Aragón.

recho común se procura, mandándose que en todas las Universidades mayores y menores “en lugar del Derecho de los romanos se estableciese la lectura y aplicación de las leyes reales, asignando cátedras en que precisamente se hubiese de dictar el Derecho patrio, pues por él y no por el de los romanos se deben substanciar y juzgar los pleitos” (19); se dispone que en todas las Universidades (Salamanca, Valladolid, Alcalá, Valencia, Sevilla, Granada, Toledo, *Huesca, Zaragoza*, Santiago, Oviedo y *Cervera*) haya dos cátedras: una en la que se explicarían las *Instituciones de Castilla*, la Recopilación y las leyes de Toro sucintamente, y otra en la que se habían de explicar las leyes de Toro con más extensión y la *Curia Filípica* (20). También se previene, al mismo objeto, que en todos los Ayuntamientos haya y se conserve el “Cuerpo de las Leyes del Reino” (21). En fin, para poder ejercer de abogado, en cualquier lugar de España, se exigía haber estudiado cuatro años leyes del Reino, conforme al plan señalado (22).

De este modo, legalmente y también en la práctica y en la doctrina, el Derecho real adquiere el carácter de Derecho común, desplazando al romano y dejando de ser el particular de Castilla. En Aragón, cuando falta disposición foral expresa, se dice: “habría que recurrir en esto o al Derecho común (romano) o a las leyes de las provincias más próximas, y ahora a las leyes de Castilla, no sólo como más vecinas, sino porque en aquello que no esté regulado por los Fueros, tenemos precepto del Príncipe de que sólo es lícito observar aquéllas” (23). En Cataluña, la cuestión hubo de parecer más dudosa, ya que al ordenarse la observancia de “las constituciones que antes había en Cataluña” (D. 16 enero 1716), pudo pensarse que se restablecía la Constitución del año 1599 (que declaraba supletorio al Derecho romano y canónico); pero esta conclusión chocaba con la prohibición general de aplicar el Derecho romano, promulgada antes y después de 1716; por ello, el Consejo de Castilla (órgano supremo de Gobierno con poderes legislativos y judiciales) hizo añadir en una obra en que (por ser de fecha anterior) se sostenía aquella opinión, que “esto procedía conforme al Derecho antiguo”, pero no conforme al vigente (24); y prác-

(19) Auto del Consejo de 29 mayo 1741, en nota 3 a Nov. 3, 2 11, repitiendo instrucciones dadas desde 1713.

(20) La explicación de cada cátedra sería de dos años; la primera debían pasarla todos, la segunda sólo los que “no pasen al estudio del Derecho canónico y quieran seguir los cuatro de leyes del Reino”. Nov. 8, 4, 7.

(21) Cap. 67, *Insrucción de Corregidores de 1788*, nota 1 a Nov. 3, 2, 3.

(22) Los canonistas deberían estudiar dos años de Derecho Real Nov. 5, 22, 2.

(23) En base de este razonamiento utiliza como supletoria a P. 5, 5, 55, y L. T. 75, por estar recopilada (R. 5, 11, 13). FRANCO VILLALBA, *Fororum atque Observantiarum Aragoniae Codex, sive emnodata methodica compilatio iure civili ac canonico fulcita, legibus Castellae conciliata, et omnigena eruditione contexta*. 2.ª ed., 1723 p. 361; en p. 88, utiliza las disposiciones castellanas sobre cartas de naturaleza contenidas en R. 1, 3, 14 y 15 (Nov. 1, 14 1 y 2).

(24) En agosto de 1760, citada por MUJAL, *Noxiter digestae Justinianici Institutionum juris et Patrii Catalauniae*, 1781, p. 9-10.

ticamente, no sólo se niega la vigencia directa al Derecho romano, sino que se utilizarán regularmente como supletorias las reglas del Derecho real (25).

Un examen más detenido de los términos en que se planteó la cuestión en Cataluña, puede servir para disipar las tinieblas que rodean—a los ojos de los juristas modernos—la situación jurídica de Cataluña y otros territorios forales, durante un período de cerca de dos siglos. Desde un punto de vista legal, parece evidente que las disposiciones generales suprimiendo la vigencia del Derecho romano ni chocaban ni podían ser derogadas por el Decreto de Nueva Planta. Un reconocimiento expreso del valor del antiguo Derecho real castellano, como nuevo Derecho común nacional, lo hace el jurista catalán De Dou, al decir: “Las leyes de Partidas y Recopilación son en realidad y pueden llamarse leyes y Derecho del Reino, ya porque se extienden a casi todo él, siendo pocas las provincias o el territorio en que se decida por leyes municipales, ya también porque son los Códigos más cumplidos de legislación y sirven de Derecho supletorio en el modo, que se explicará después, que habremos hablado de nuestras leyes” (26), tanto más, cuanto que en su obra se mencionan como vigentes en Cataluña, respecto a diversas instituciones, disposiciones de ambos textos castellanos (27). Con las frases citadas y con este modo de proceder, no parece compaginarse bien que De Dou vacile sobre la admisión de la vigencia de la Constitución de 1599 y que, aún con grandes reservas y poco seguras razones, se incline al fin en favor de ella (28). La explicación de esta conducta indecisa y oscura,

(25) A pesar del carácter elemental de su obra, Mujal cita bastantes veces textos castellanos. así, N. R. I, 1, 2; 8, 4, 4 (p. 5). Sobre la observancia e interpretación de las leyes a N. R., 2, 1, 3 (ley 1, tit. 28 O. de A., y I L. T.), 2, 4, 62, § 10, y citadas por Berni (p. 11), L. T. 49 (p. 19, 24); N. R. I, 7, 18, y doctrina de Paz (p. 38), P. 3, 3, 4 (p. 94).

(26) *Instituciones de Derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, Madrid, 1800, I, p. 69.

(27) Citadas después.

(28) Las razones que cita en pro de la vigencia de la Constitución de 1599 son: a) que no se derogó en el Decreto de Nueva Planta que dejaba vigentes las constituciones e incluso la práctica en materias de penas y pruebas; b) la decisión de Carlos III (Nov. 10, 2, 8) negando la extensión a los residentes en Cataluña de una exención fiscal a los castellanos con más de seis hijos varones. En contra señala: a) la nota impuesta al concederse la licencia para imprimir la obra de Potau, en la que se niega su vigencia; b) en R. C. de 2 de octubre de 1785 (refiriéndose a otra de 2 de octubre de 1768). en la que, ante la consulta de la Audiencia de si era Derecho supletorio el canónico y opiniones de los autores o el de España y el de la Recopilación, se contesta que por la ord. 550 se mandaba poner un ejemplar de la *Nueva Recopilación con la Nueva planta, Constituciones del Principado y Santo Concilio de Trento*. “que de esto se infería que las leyes de la Recopilación de Castilla no eran extrañas en la Audiencia de Cataluña” (p. 77-81).

Los dos argumentos en contra, Dou los cree débiles: a) porque no es claro su sentido y autoridad (p. 80); b) porque de la Cédula de 1785 y de todo su texto “bien parece que en defecto de lo prevenido en las Constituciones debe seguirse

tan poco en armonía con la pericia y conocimiento teórico y práctico de De Dou y la práctica que se observa en los Tribunales de los territorios forales, que hasta fines del siglo XIX aplican promiscuamente Derecho real castellano y Derecho romano, está en una nueva realidad jurídica: que algunas disposiciones del Derecho romano, por lo continuado de su uso y su importancia social, se habían convertido en costumbre de un territorio o provincia. De Dou se encontró ante un difícilísimo problema: si se admitía la derogación de la Constitución de 1599, se corría el riesgo de declarar ineficaces ciertas reglas romanas, de gran arraigo en la práctica; cuestión para él insoluble dado el limitado valor que la escuela de Cervera concedía a la costumbre y que le impedía apoyar en el uso inveterado y mantenimiento de ciertas disposiciones del Derecho romano frente al mandato contrario del Príncipe.

El camino elegido por De Dou, si pudo parecer un hábil expediente en el momento, no fué el más acertado, pues estaba en contradicción con la ley, con la práctica y con el modo de proceder de los autores. La realidad fué otra, la misma de la práctica navarra; había materias en que las disposiciones romanas se aplicaron, no con el valor de Derecho común, sino con el de Derecho consuetudinario, y éstas continuaron vigentes aun después de que el Derecho romano dejó de ser Derecho común. Esto es lo que de hecho aceptará De Dou, que cuando se trata de materias respecto a las que el Derecho romano no había arraigado en la práctica, utiliza exclusivamente, hasta

el Derecho de las leyes de la Recopilación, pero añade, que no lo dice expresamente y que se puede entender que la Recopilación no es extraña a la Audiencia de Cataluña en varios sentidos, así: que en ella hay muchas disposiciones posteriores a la Nueva Planta; que otras muchas anteriores están citadas al margen de la Nueva Planta y Ordenanzas, "las cuales tienen fuerza de ley", que "también puede ser verdadero en el sentido de que en defecto de lo prevenido en la Nueva Planta se observen en Cataluña las leyes de la Recopilación"; pero se inclina por la vigencia de la Constitución porque las providencias de 1760 y 1768 no se comunicaron en orden circular a los Tribunales, "como que hiciesen variación, que subsisten los argumentos en pro y que puede dársele a las providencias las interpretaciones que "hemos insinuado" (p. 82). Termina excusándose, por si no ha acertado a explicarse por la complicación del asunto, que muchos autores no distinguen "el Derecho común del patrio" y, por fin, "las graves dificultades que ocurren en cuanto a nuestro Derecho supletorio disculparán cualquier equivocación o error que hubiere yo padecido" (p. 83).

Del tono de sus palabras parece advertirse que conocía lo frágil de su conclusión: a) las Cédulas citadas no derogaban la Constitución de 1599, pero manifestaban el criterio del legislador de que estaban ya derogadas; b) los notas puestas al Decreto de Nueva Planta y a las Ordenanzas, remitiéndose a la N. R., eran posibles sólo por considerarse que ésta constituía parte del Derecho común; c) deja de citar disposiciones que debía conocer: mandato de explicar en la Universidad de Cervera (de la que fué profesor) la N. R. y la Curia Filipica, la prohibición a los Tribunales de aplicar el Derecho romano (cita la R. C. de 12 de junio de 1714, p. 50) y el mandato a los corregidores a tener la N. R. (también debió conocer la de octubre del año 1768, recogida después en Nov. 5. 9. 4); d) que las providencias de 1760 y 1768 no se circularon porque—precisamente—no hacían variación

en contra del Derecho romano, a las leyes de las Partidas y de la Nueva Recopilación (29).

La naturaleza de los distintos derechos particulares sigue siendo durante el siglo XVIII la misma de los *statuta*; lo único que cambia es el significado político de algunos de ellos. Las antiguas leyes y costumbres de Aragón, Cataluña y Mallorca fueron derogadas por Felipe V, y cuando al reorganizar sus Audiencias accede a que se sigan aplicando, tienen un nuevo valor, ya no se derivan de una soberanía propia o independiente, la de los antiguos Reinos, ni tienen el antiguo carácter paccionado, las viejas constituciones "son de nuevo establecidas", teniendo "la misma fuerza y vigor que lo individual mandado" en el Real Decreto de Nueva Planta (Nov. 5, 9, 1, § 42), "las leyes municipales" se ordena se "mantengan, queden y observen" para todo lo que sea entre particular y particular" (Nov. 5, 7, 2) que se observen las antiguas "pragmáticas y privilegios" (Nov. 5, 10, 1) (29 bis).

En Castilla continúa existiendo un Derecho foral o particular castellano (fueros municipales, usos y costumbres comarcales, disposiciones del Fuero Juzgo y Fuero Real no recopiladas); pero el Derecho real pasa de ser Derecho común castellano a ser Derecho común na-

(29) Las citas de las *Partidas* (unidas o no a los textos romanos) son numerosísimas, p. ej.: pp. 30, 37, 45, 62, 74, 97, 117, 124, 137, 149, 206, etc. También se cita, alguna vez, a la *Nueva Recopilación* junto a las leyes romanas, pero lo que importa señalar son los casos en que acude a la *N. R.* en vez de hacerlo al Derecho romano: así, respecto a emancipación *N. R.* 5, 1, 8 (ley de quincenas son naturales, *N. R.* 1, 3, 19 (p. 164), sobre prohibición de salir del Reino, *N. R.* 2, 4, 66, § 1 (p. 174), sobre extranjeros, *N. R.* 3, 5, 3, y *N. R.* 7, 3, 27 (p. 179), y *N. R.* 5, 18, 16 (p. 185), diversas disposiciones de las *Partidas* y *Nueva Recopilación* sobre penas por delito de lesa majestad (p. 206) y de la *Nueva Recopilación* sobre personas jurídicas (p. 220 a 22).

Ello explica que De Dou, al señalar la jerarquía de las fuentes jurídicas, mencione primero al Derecho general, añadiendo "entra después el de la Recopilación y de Castilla con el municipal de Cataluña" (p. XX); que la diferencia entre leyes generales y municipales la apoye en *N. R.* 2, 1, 3 (p. 65); que diga "yo en cuanto a derechos municipales, me cino al de mi provincia" (p. 68), y que continuamente cite o compare las disposiciones de la *N. R.*

También debe tenerse en cuenta que señala un medio para aplicar sin dificultades a las *Partidas*, indicando que "no son otra cosa que el Derecho de los romanos y el canónico, acomodados a la Nación" (p. 73); señalando también que algunas disposiciones de las *Pandectas* no se acomodan al estado monárquico (p. 83).

(29 bis) Hecho histórico cuya existencia no se puede desconocer ni borrar, y de innegable trascendencia jurídica. Ya la progresiva centralización del Reino se irá reflejando en toda la ordenación jurídica inclusive la privada, dando nuevo tono a las viejas reglas; la legislación de Felipe V tiene otro significado, es la ruptura brusca y radical con las organizaciones antiguas de los desaparecidos Reinos; de modo que cuando se vuelven a conceder los viejos privilegios y leyes, nacen o renacen con el nuevo carácter que les imprime su actual origen.

Fenómeno ni nuevo ni extraño; recuérdese, p. ej., la concesión de la *Lex romana visigothorum* o la recepción del Derecho romano (en Cataluña o en Alemania); las disposiciones romanas no derivan entonces su vigencia ni reciben su peculiar nuevo valor y carácter de la soberanía romana o bizantina, sino del poder que las acoge y les da eficacia jurídica.

cional, "Derecho patrio" (castellano sólo de origen), substituyendo en todos los territorios forales al *ius commune* romano-canónico (30).

3. La Novísima Recopilación

Al promulgarse la "Novísima Recopilación de las leyes de España", nada se cambia, sólo se acentúa y se pone de relieve la respectiva situación que ya tenían los Derechos forales y el Derecho común. Contiene preceptos de Derecho general, que expresa o tácitamente se declaran aplicables a toda España (31); se revela la tendencia unificadora de toda la legislación, respecto a los órganos rectores del Estado (32), la Judicatura (33) y la Administración en general (34). Se advierte también que durante el siglo XVIII se han dictado medidas complementarias, correctoras o confirmatorias de Derechos forales de Alava (35), Aragón (36), el Baylio (37), Cataluña (38), Córdoba (39), Guipúzcoa (40), Lugo (41), Mallorca (42), Navarra (43) y Vizca-

(30) El olvido de la realidad histórica explica que se haya dicho—y todavía se repita como indiscutible—que "en rigor lógico y gramatical no debe llamarse *Derecho común* más que al conjunto de leyes dictadas desde Felipe V, que concluyó con la autonomía legislativa de casi todas las provincias" y que "tan foral y excepcional debe reputarse la castellana como la de otros territorios". SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios*, I, p. 67), que todavía añade: "importada y extranjera es la de Castilla (legislación) para Aragón y Vizcaya, y más para Cataluña" (id. I, p. 521); ideas ya manifestadas antes por PLANAS Y CASALS (Memoria, p. 17) y DURÁN Y BAS (voto particular de 8 de junio de 1885 contra el Proyecto de Ley de Ba es de Silvela).

El significado de Derecho común implica cambio de carácter jurídico; inalterado su contenido material, queda desligado de su antigua fuente particular y adquiere otras notas y otro valor, que le convierten en un tipo normativo nuevo.

(31) Por ejemplo: I, I, 12; I, I, 16; I, I, 18; I, I, 22; I, 4, 4 y sig.; I, 18, 1 y sig.; 3, 2, 12, n. 4; 4, 2, 15; 5, 10, 2, n. 10; 7, 29, 9; 7, 30, 11; 7, 33, 6 y 12; 7, 34, 3; 9, 17, 8; 10, 7, 5; 10, 17, 16; 12, 17, 5; 12, 19, 19; 12, 47, 7; 4, 7, 20, etc.

(32) Consejo de Castilla: 4, 5, 9; Cámara de Castilla: 1, 4, 4.

(33) P. ej.: 4, 7, 21, n. 7; 4, 16, 2 y 7; 5, 11, 11; 5, 13, 1; 3, 2, 11 y nota; 4, 2, 4; 5, 9, 1, nota.

(34) P. ej.: 4, 15, 2 y 3, n. 2. *Pesos y medidas*: 9, 9, 5; *moneda*: 9, 17, 10 (9, 17, 8); *aranceles*: 11, 35, 12; *milicia*: 12, 9, 1, nota y 3; 12, 31, 7; *tesorería*: 12, 41, 19 y 21.

(35) 7, 4, 15; también en varias ocasiones citada con las otras provincias vascongadas.

(36) 3, 8, 17; 5, 7, 3 y 4; 5, 23, 16; 7, 15, 29; 10, 15, 9; 10, 24, 6.

(37) 10, 4, 12.

(38) 1, 2, 6, n. 4; 3, 8, 14; 1, 1, 11; 5, 12, 15, n. 2; 5, 13, 1, n. 1; 6, 2, 18; 7, 16, 10; 7, 24, 24; 9, 2, 11; 10, 15, 18.

(39) 1, 5, 21 (conservado); 10, 4, 13 (derogado).

(40) 1, 3, 4 (derogatorio); 7, 24, 25.

(41) 1, 3, 6 (reducción de la luctuosa).

(42) 1, 5, 19; 3, 8, 14; 4, 1, 13, n. 3; 12, 1, 6.

(43) 4, 2, 15; 4, 4, 1 (R. D. de Felipe II, 1, 6, 4); 7, 15, 31; 12, 9, 1, n. 2 y n. (a); 12, 36, 6.

ya (44), a la vez que se ha ordenado la generalización de diversas normas de origen local, varias castellanas (45) y algunas de origen catalán (46) o vasco (47).

La mayor importancia de este texto legal está en haber puesto en evidencia la voluntad del legislador respecto a la relación entre el Derecho común y el foral. En el Decreto de su publicación ya se dice: "por este nuevo cuerpo de leyes y por el de las Partidas se hará y formalizará *en todas* las Universidades de estos mis reinos el estudio del Derecho patrio" (R. D. 2 junio 1805). En la sistemática de la Recopilación se muestra también y claramente el valor y significado que se da a los Derechos forales. El libro tercero trata, en su primer título, del Rey y de su Real Casa y Corte; en el segundo título, de las leyes, recogiendo y dando valor general a la ley primera de Toro, bajo el epígrafe de "orden de las leyes y *fueros* que se han de observar para la decisión de los pleitos", y en el tercer título, encabezado con el rótulo de los *fueros provinciales*, se encuentran los Decretos de Felipe V sobre derogación de fueros, costumbres y prácticas de Aragón y Valencia, el propósito de uniformar todos los Reinos de España a las leyes de Castilla, un Decreto sobre la observancia de los fueros alfonsinos en Valencia y, en notas al pie de página, algunas Reales resoluciones sobre fueros y privilegios administrativos de la provincia de Guipúzcoa y el Señorío de Vizcaya. La nueva concesión que, de sus antiguos Derechos forales, hace Felipe V a las provincias de Aragón, Cataluña y Mallorca, se contiene en el libro quinto, en las instrucciones para el funcionamiento de las distintas Audiencias. De ello resultará la inclusión de los distintos Derechos forales como "fueros provinciales", en la organización jerárquica general de los Códigos españoles (de Nov. 3, 2, 3), en el mismo lugar y con el carácter de Derecho singular y privilegiado propio de los fueros municipales (de los que "en cada ciudad o villa o lugar que hubiesen"), siendo completados, como éstos, por el Derecho común nacional (48).

En la práctica se continuarán aplicando las disposiciones de las Partidas y ahora con ella las de la Novísima Recopilación (en lo que no sean de carácter particular), como Derecho común nacional; pero

(44) Muchas reproducciones de *N. R.*: 4, 2, 9 (*N. R.* 2, 5, 56); 4, 2, 15; 5, 16, 1 (*N. R.* 2, 5, 68) y 3 (*N. R.* 2, 5, 70) y 4; 5, 34, 10 y 11, § 11 (*N. R.* 2, 20, 14 y 8; 26, 18, c. 9 y 8; 14, 13, c. 9-12); 6, 6, 16; 6, 6, 12; 6, 8, 7; 7, 11, 29, § 9; 9, 2, 5 y 6; 9, 4, 15; 11, 26, 7 (*N. R.* 2, 20, 14); 12, 1, 3, n. 1 y 2 (auto.); 12, 17, 5, § 37.

(45) 1, 3, 1 (Partidas); 6, 2, 16 (a Vizcaya), 9, 4, 13 (*N. R.* 5, 18, 10); 10, 2, 1, n. 1 (*N. R.* 5, 1, 2); 10, 5, 7 (A. 3, 5, 26); 10, 8, 5 (*N. R.* 5, 25, 5); 10, 16 (sistema de contadurías de hipotecas); 10, 20, 14 (*L. T.* 36); 11, 22, 20.

(46) 10, 2, 14.

(47) 9, 2, 18 (a Cádiz).

(48) Ya antes así se entendía (respecto a *N. R.* 2, 3, 1), llamándole BERNÍ "la llave de la jurisprudencia española". *Instituta Civil y Real*, 3.^a ed., 1775 p. 8; y la utilizarán también, expresamente Mujal, loc. cit., p. 11. Dou, *Instituciones*, I, p. 65.

también se utilizarán las disposiciones romanas, unas veces como ornato erudito, otras con valor y alcance de costumbres locales o provinciales y, por tanto, con la jerarquía de tales (49).

4. El movimiento codificador y los Derechos forales

Se destaca por los autores la importancia que ha tenido para la historia de la Codificación la existencia de los Derechos forales; ello es indudable, pero convendría añadir que no siempre lo ha sido con el mismo signo; pues si bien desde 1851 se les ha podido considerar, con razón, como el máximo obstáculo para la promulgación de un Código civil, se olvida inexplicablemente que, hasta casi esa fecha, de los territorios forales vino el más enérgico impulso para la redacción del Código. La responsabilidad en la iniciativa, los alientos primeros y hasta las primeras realizaciones, serán de juristas de territorios forales. Convocadas las Cortes de Cádiz, los diputados catalanes pidieron instrucciones a la Junta Suprema del Principado, y se señala como primera consideración, para la obra constitucional, que "deben reconocerse las ventajas políticas que resultarían de uniformar la legislación de los Derechos de todas las provincias de la Monarquía para que no quede ésta, después de la actual crisis, hecha un cuerpo compuesto de partes heterogéneas" (50). Y fué un miembro de la misma Junta, el arcediano de Benasque, José de Espiga y Gadea, quien, a finales de 1810, propone primero la formación de comisiones para reformar unitariamente la legislación civil, criminal, de hacienda, comercio y educación pública, y el que, luego—con el apoyo de De Dou y de Capmany—logra su organización, y, en fin, la redacción del artículo 258 de la Constitución de 1812, que eleva a mandato constitucional que sean "unos mismos" el Código civil, criminal y de comercio para toda la Monarquía (51). El primer proyecto particular de Código, que se recuerda, se escribió y publicó en Tolosa por Pablo Gorosábel, que le dió el expresivo título de "Código civil de España" (52). El antecedente directo del Código civil, el Proyecto de 1851, fué debido principalmente a la laboriosidad y entusiasmo del

(49) Vide § 6.

(50) Se añadía en la Instrucción que si "no pensase así la pluralidad o cuando inseparables obstáculos se opusiesen a la realización de esta medida saludable", deb'a recobrar Cataluña los fueros y privilegios que disfrutó en el tiempo de la Casa de Austria.

(51) "El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes."

(52) *Redacción del Código civil de España esparcido en los diferentes cuerpos de Derecho, leyes sueltas de esta Nación. Escrita bajo el método de los Códigos modernos*, Tolosa, 1832. Nueva edición reformada y mejorada, Tolosa, 1846; autor de *Examen de los principios del Derecho civil español*, Tolosa, 1834.

aragonés Florencio (García Goyena, que en sus concordancias, repetidamente, recuerda su origen y elogia figuras jurídicas del Derecho aragonés. Parece que la situación jurídica, tan complicada y confusa en los territorios forales, y el ardiente patriotismo, desinteresado y generoso, de algunos de sus juristas mejores, han sido los acicates para la Codificación y que ello hizo que, durante medio siglo, fuese una tarea en la que los juristas de origen castellano tuvieron un papel secundario (53).

El influjo retardatario y obstaculizante de los Derechos forales, respecto a la Codificación, no se nota hasta mediados del siglo XIX, aunque sus orígenes haya que buscarlos mucho antes. Ni la existencia del Derecho foral ni las aspiraciones de los juristas de los territorios forales crean las dificultades; su causa es extraña a la técnica y a la "política del Derecho", está en la forzada conexión que los movimientos políticos, de tendencias regionalistas, autonomistas o separatistas crean entre sus aspiraciones y los Derechos forales (54). Movimientos aun no estudiados de modo completo e imparcial en sus determinantes políticos y sociológicos, y que son, al parecer, paralelos a los que llevaron a la independización de las Repúblicas americanas; primero, estimulados por la ideología revolucionaria y fomentados por agentes extranjeros, y, después, manifestados en dirección contraria, como reacción frente al afrancesamiento del Gobierno central (55). Desde un primer momento se utilizarán para uno y otro fin la idea de la defensa de los fueros, frase vaga en la que se resumían aspiraciones de justicia y de defensa de privilegios económicos y administrativos y

(53) DE DOU señalaba en 1800 que, "poco a poco y suavemente, según la ocurrencia de casos, se han ido uniformando todas las provincias en muchos asuntos en que era conveniente", loc. cit., I, p. 68.

De modo insuperable, en justeza de pensamiento y de frase, manifestaron este sentir SAVALL Y PENEN, al referirse a la tendencia a la unificación legislativa: "Lejos de nosotros lamentarnos de ese hecho, que ha de contribuir, una vez realizado, a robustecer y afirmar nuestra unidad política. Hijos de la patria de Pelayo y de Iñigo-Arista, plácenos ver refundidos en un solo cuerpo de nación las esparcidas ruinas del imperio visigótico, viniendo a formar, tras largos siglos de apartamiento, otra monarquía no menos ilustre, heredera de las glorias de Asturias, de León y de Castilla, de Aragón y de Barcelona, de Mallorca y de Navarra; y española a la vez que aragonesa, tenemos por nuestra la gloriosa historia de todos los pueblos de la península española, porque ella es la historia de nuestros padres y de nuestros hermanos". Discurso preliminar sobre la legislación foral en *Fueros y Observancias*, Zaragoza, 1860, I, p. 171.

(54) GARCÍA VENERO, *Historia del nacionalismo catalán*, 1944; *Historia del nacionalismo vasco*, 1945, y bibliografía allí recogida.

(55) El agente revolucionario Robert P.erre llevaba en su equipaje los Fueros de Vizcaya Navarra, Aragón y Cataluña como posibles instrumentos de agitación (1791); la capitulación de San Sebastián (1794), y los proyectos de creación de una república independiente en Guipúzcoa y para su anexión a Francia, son hechos característicos de la primera tendencia. De la segunda, las promesas de la Regencia de Urgel de restablecer los fueros y privilegios de Cataluña; y la entrada en Vizcaya de los realistas, con los cien mil hijos de San Luis, como restauradores de los Fueros.

con la que las más de las veces no se pensaba aludir a los Derechos civiles forales.

La decadencia política de España, reducida a ruedo de luchas entre poderes extranjeros, es el clima abonado para el desarrollo de estos movimientos. La guerra de la Independencia auna a los españoles contra las legiones de Napoleón; la falta de visión política de Fernando VII y de sus ministros hará que se convierta en el principio de las tendencias disgregadoras. Las necesidades de la lucha y el abandono del poder central hicieron que cada provincia, comarca y hasta que cada pueblo organice independientemente su administración y su defensa. Las aspiraciones utópicas de los progresistas y sus intentos de unificar y nivelar instituciones y preceptos, según un extranjero e irreal racionalismo, subleva el sentido tradicional de ciudades y comarcas, reavivado en la defensa contra el invasor, y que ahora, por la falta de autoridad moral y fuerza física de los Gobiernos, se traducirá en luchas locales y en que las particularidades comarcales se defiendan, como últimos refugios, contra las ideas afrancesadas. Las guerras carlistas, fomentadas por esa contradicción, dejarán campo abonado para las maniobras habilidosas del regionalismo y las estridencias del cantonalismo.

El enlace entre las tendencias regionalistas y separatistas y la defensa de la intangibilidad de los Derechos forales se debe a la recepción de la teoría de la escuela histórica. El conocimiento de la traducción francesa del sistema de Savigny hizo que un grupo de juristas de la Universidad de Barcelona aceptase la idea de que "la nacionalidad de un pueblo en nada encuentra expresión tan espontánea como en el organismo de sus instituciones jurídicas" (56) y que—en sus obras—encontrase un arsenal de argumentos para oponerse a la unificación. La importancia de este enfoque teórico está en que ahora la Codificación se estima incompatible con las aspiraciones regionalistas (57); el Derecho se considera como síntoma, expresión o prueba de un espíritu o alma nacional, como importante hecho diferencial a cultivar, como justificante de una autonomía o independencia; así, el significado técnico de la Codificación, sus ventajas prácticas, el valor intrínseco de las instituciones a conservar o reformar carecerán de importancia ante la urgencia de la pasión política. De este modo, la Codificación que se acometiera como tarea nacional, por iniciativa de juristas de Cataluña, Navarra y Aragón, se tratará de convertir en invención castellana y hasta en imperialismo centralista, ofensivo para las demás regiones.

Una conjunción de circunstancias heterogéneas favorece el crecimiento de estas ideas, a pesar de la resistencia que opusiera el buen

(56) DURÁN Y BAS. Prólogo a la traducción del *Sistema* de Savigny, I. p. xxv. Sobre su significación y obra, y sobre la de Planas y Trias, véase después.

(57) Doctrina del regionalismo catalán, seguida en general por los demás movimientos similares, excepto el nacionalismo vasco, que defiende una cerrada concepción racista.

sentido y el patriotismo de muchos juristas de los territorios forales. Quizás el ingrediente más poderoso fué el prestigio científico que logran los propagandistas de la escuela histórica, consiguiendo unificar en contra de la Codificación a los grupos más influyentes de universitarios de la época. Ungidos los viejos derechos feudales, los textos recopilados por Justiniano y las antiguas costumbres nobiliarias con el carisma del espíritu del pueblo, se postula su intangibilidad por hombres de las más encontradas ideas políticas. Motor de otro tipo, considerable también en su eficacia, será la mecánica del régimen parlamentario, que, con sus partidos turnantes, esclavos de mayorías artificiales, fabricadas por organizaciones locales, permite que pequeños grupos regionalistas, separatistas o simplemente personalidades aisladas, puedan parecer importantes, a pesar de su escasa fuerza real, y que, luego, al amparo del poder que se les deja en la Administración Central, logren verdadero influjo en los distritos electorales.

De forma paradójica, los Derechos civiles forales, desconocidos para el pueblo y poco aplicados por los juristas, se defienden, en pintoresca y eficaz amalgama, en nombre de la tradición, del conservadurismo y del progreso científico, por reaccionarios, moderados y revolucionarios extremistas: lo que fuera una cuestión técnica y de política jurídica se convierte en insoluble problema político, de esos "que no conviene tocar", y de espuela que azuzara la Codificación en rémora que la retrasa y ocasiona su mutilación final (57 bis).

5. *Cambio de carácter del Derecho foral en el siglo XIX*

Uno de los hechos más curiosos e interesantes de la vida jurídica española del siglo XIX es la transformación de la naturaleza del Derecho foral, en la práctica de los Tribunales, por las confusiones de la doctrina.

El Tribunal Supremo, en un primer momento, admitió como doctrina legal la de los Tribunales de Audiencia; sus más antiguas sentencias nos dicen así cuál era el uso de los Tribunales en los territorios de Derecho foral. De la masa de sentencias que pueden examinarse, se obtienen resultados, al parecer, contradictorios y extraños. Una gran cantidad de sentencias, respecto a Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra, aplican, como vigentes en estos territorios, a normas de las Partidas y a disposiciones de la Novísima Recopilación, tomadas del Ordenamiento de Alcalá, del Fuero Real, de las Leyes de Toro o de otros textos de Derecho castellano: unas veces para declararlas no infringidas; otras, para acceder al recurso por su infracción, y, a veces, interpretándolas para señalar el porqué de su aplicación por las Au-

(57 bis) Sobre los trabajos para la codificación y el Derecho foral, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 2.ª ed., 1949, p. 223-226.

dencias correspondientes (58). A su lado, casi en seguida, hay algunas sentencias—mucho menos numerosas—que afirman lo contrario: la

(58) En *Aragón*, p. ej.: Se deniega el recurso por no infracción de las *Partidas* (13 enero 1854, 19 febrero 1860, 28 febrero 1860, 8 mayo 1862, 5 junio 1863, 20 septiembre 1863, 16 octubre 1863, 22 enero 1864, 20 febrero 1864, 18 junio 1864, 18 octubre 1864, 17 octubre 1864, 16 diciembre 1864, 19 diciembre 1864, 11 marzo 1865, 30 mayo 1865, 2 junio 1865, 30 junio 1865, 17 septiembre 1865, 26 septiembre 1867, 9 julio 1868, 1 marzo 1870, 19 abril 1870, 7 noviembre 1870, 18 diciembre 1874, 26 mayo 1876, 7 julio 1879, 20 febrero 1880, 23 noviembre 1880, 14 marzo 1881, 28 junio 1881, 10 mayo 1884), la *Novísima Recopilación* (8 mayo 1862, 22 enero 1864, 20 febrero 1864, 24 marzo 1865, 5 mayo 1865, 5 diciembre 1866, 3 junio 1867, 9 julio 1868, 18 diciembre 1874, 7 julio 1879, 26 abril 1880, 23 noviembre 1880, 10 mayo 1884), de las *Leyes de Toro* (24 marzo 1859, 28 febrero 1860, 4 abril 1865, 2 junio 1865, 17 noviembre 1865) *Ordenamiento de Alcalá* (18 diciembre 1861) y *Fuero Real* (7 noviembre 1870). Se admite el recurso por infracción de las *Partidas* (28 junio 1864, 17 octubre 1864, 28 febrero 1865, 14 mayo 1867, 13 diciembre 1867, 24 febrero 1868, 15 octubre 1868, 9 diciembre 1870, 7 febrero 1880, 1 febrero 1881) y de la *Novísima Recopilación* (23 abril 1864, 9 diciembre 1870, 7 febrero 1880); se hace aplicación de las *Partidas* (21 marzo 1861, 20 junio 1861, 7 marzo 1866, 17 septiembre 1867, 21 julio 1868, 2 diciembre 1874) y de la *Novísima Recopilación* (14 noviembre 1863, 16 diciembre 1875).

En *Baleares*, p. ej.: Se deniega el recurso de casación por no infracción de las *Partidas* (28 octubre 1859, 3 marzo 1862, 21 febrero 1863, 29 mayo 1863, 25 junio 1864, 30 enero 1865, 12 diciembre 1865, 5 marzo 1866, 27 marzo 1866, 12 octubre 1868, 16 noviembre 1868, 16 noviembre 1869, 20 diciembre 1869, 12 enero 1870, 24 enero 1870, 24 marzo 1870, 12 junio 1871, 24 junio 1871, 4 julio 1873, 27 octubre 1873, 1 marzo 1875, 14 marzo 1879, 11 julio 1879, 22 marzo 1882) y de la *Novísima Recopilación* (21 febrero 1863, 1 marzo 1863, 29 mayo 1863, 12 diciembre 1865, 5 marzo 1866, 20 diciembre 1869, 26 marzo 1870, 24 junio 1871, 1 marzo 1875, 14 marzo 1879). Se concede la casación por infracción de las disposiciones de las *Partidas* (6 noviembre 1856, 2 noviembre 1861, 18 octubre 1863, 30 junio 1866, 14 mayo 1868, 10 diciembre 1869, 3 junio 1870, 25 diciembre 1871, 25 enero 1875, 14 noviembre 1879, 11 diciembre 1879). y la *Novísima Recopilación*, disposiciones anteriores a los Decretos de Nueva Planta (9 junio 1857, 25 septiembre 1863, 20 octubre 1864, 21 octubre 1861, 5 marzo 1870). Aplican disposiciones de las *Partidas* (8 octubre 1864, 25 enero 1867, 30 enero 1868, 20 abril 1870) y de la *Novísima Recopilación*, también anteriores al Decreto de Nueva Planta (1 abril 1862, 8 octubre 1864, 2 marzo 1865, 30 enero 1868, 12 enero 1870, 8 abril 1876).

En *Cataluña*, p. ej.: Se deniega el recurso por no infracción de las *Partidas*, en SS. 1 agosto 1848, 11 diciembre 1855, 30 mayo 1857, 29 junio 1858, 30 junio 1859, 30 septiembre 1859, 26 octubre 1859, 10 noviembre 1859, 6 enero 1860, 28 marzo 1860, 30 abril 1860 (y del Derecho romano), 11 junio 1860, 17 septiembre 1860, 26 noviembre 1860, 30 enero 1861, 1 febrero 1861, 1 marzo 1861 (y del Derecho romano), 21 marzo 1861 (y del Derecho romano), 16 abril 1861, 26 abril 1861 (y del Derecho romano), 28 marzo 1862, 9 abril 1862, 12 junio 1862, 23 junio 1862, 21 octubre 1862, 21 noviembre 1862, 12 diciembre 1862, 10 enero 1863 (y del Derecho romano), 13 febrero 1863, 20 abril 1863, 13 mayo 1863 (dos S.), 30 junio 1863 (dos S.), 2 octubre 1863, 5 octubre 1863, 9 noviembre 1863, 13 noviembre 1863, 27 noviembre 1863, 14 diciembre 1863, 23 abril 1864 (y del Derecho romano), 20 mayo 1864, 24 mayo 1864, 10 junio 1864, 10 octubre 1864, 29 octubre 1864 (dos S.), 10 noviembre 1864, 17 noviembre 1864, 25 noviembre 1864, 3 diciembre 1864, 5 diciembre 1864, 12 diciembre 1864 (dos S.), 17 diciembre 1864, 18 enero 1865, 24 febrero 1865, 18 marzo 1865 (y del Derecho romano), 5 abril 1865, 6 mayo 1865, 10 junio 1865, 24 junio 1865, 28 junio 1865, 5 septiembre 1865, 11 octubre 1865, 14 octubre

vigencia en los territorios forales de sus antiguos Derechos supletorios

1835, 31 octubre 1805, 13 noviembre 1805, 9 diciembre 1805, 22 diciembre 1805 (dos S.), 29 enero 1806, 1 febrero 1806, 5 febrero 1806, 3 marzo 1806, 13 marzo 1806, 9 abril 1806, 23 abril 1806, 3 mayo 1806, 26 mayo 1806, 5 junio 1806, 28 septiembre 1806, 12 octubre 1806, 7 noviembre 1806, 29 noviembre 1806, 20 diciembre 1806, 28 diciembre 1806, 15 enero 1807, 13 febrero 1807, 27 junio 1807, 19 octubre 1807, 16 mayo 1808, 30 junio 1808, 4 junio 1809, 5 junio 1809, 21 junio 1809, 3 julio 1809, 11 diciembre 1809, 17 diciembre 1809, 24 enero 1870, 27 enero 1870, 7 febrero 1870, 8 febrero 1870, 12 febrero 1870, 18 febrero 1870, 15 marzo 1870, 24 marzo 1870, 14 abril 1870, 30 abril 1870, 11 mayo 1870 (y del Derecho romano), 20 mayo 1870, 3 junio 1870, 6 junio 1870, 18 junio 1870, 1 julio 1870, 11 julio 1870, 29 diciembre 1870, 15 marzo 1871 (dos S.), 22 marzo 1871, 4 mayo 1871, 4 mayo 1871, 30 junio 1871, 24 octubre 1871, 15 noviembre 1871, 21 noviembre 1871, 28 diciembre 1871, 26 mayo 1873, 6 junio 1873, 23 junio 1873, 2 julio 1873, 4 julio 1873, 27 octubre 1873, 5 diciembre 1874, 11 febrero 1875, 17 febrero 1875, 10 marzo 1875, 13 marzo 1875, 23 marzo 1875, 10 abril 1875, 11 mayo 1875, 29 mayo 1875, 9 junio 1875, 21 septiembre 1875, 11 octubre 1875, 27 noviembre 1875, 21 diciembre 1875, 10 abril 1876, 17 abril 1876, 17 mayo 1876, 18 mayo 1876, 26 mayo 1876, 8 junio 1876, 10 junio 1876, 27 junio 1876, 26 junio 1877, 21 octubre 1878, 23 febrero 1879, 26 febrero 1879, 27 febrero 1879, 31 mayo 1879, 7 junio 1879, 7 julio 1879, 3 septiembre 1879, 30 diciembre 1879, 30 julio 1880, 11 octubre 1880, 13 noviembre 1880, 23 noviembre 1880, 25 enero 1881, 21 marzo 1881, 26 marzo 1881, 26 marzo 1881, 3 junio 1881, 28 junio 1881, 7 enero 1882, 16 marzo 1882, 17 marzo 1882, 7 marzo 1884, 21 mayo 1884, 7 junio 1884. Se deniega el recurso por no infracción de la *Novísima Recopilación* (disposiciones anteriores al Decreto de Nueva Planta), p. ej., en S. de 4 mayo 1857, 29 junio 1858, 6 enero 1860, 21 marzo 1862, 1 mayo 1862, 21 junio 1862, 23 junio 1862, 21 octubre 1862, 21 noviembre 1862, 13 febrero 1863, 24 marzo 1863, 3 abril 1863, 13 mayo 1863, 22 mayo 1863, 30 junio 1863 (dos S.), 13 noviembre 1863, 1 diciembre 1863, 23 abril 1864, 29 abril 1864, 23 septiembre 1864, 10 noviembre 1864, 12 diciembre 1864 (dos S.), 17 diciembre 1864 (del F. R.), 28 enero 1865, 24 febrero 1865, 29 mayo 1865, 8 junio 1865, 20 junio 1865, 15 septiembre 1865, 18 septiembre 1865, 21 octubre 1865, 9 diciembre 1865, 12 diciembre 1865, 2 marzo 1866, 9 marzo 1866, 3 mayo 1866, 27 junio 1866, 21 septiembre 1866, 12 octubre 1866, 13 octubre 1866, 29 enero 1867, 24 abril 1867, 26 octubre 1867, 24 diciembre 1867, 30 junio 1868, 18 octubre 1868, 10 noviembre 1868, 1 diciembre 1868, 21 junio 1869, 8 febrero 1870, 12 febrero 1870, 27 enero 1870, 8 febrero 1870, 12 febrero 1870, 30 abril 1870, 30 junio 1870, 21 marzo 1871, 15 abril 1871, 25 abril 1871, 25 octubre 1871, 6 junio 1873, 11 junio 1873, 17 febrero 1875, 10 marzo 1875, 23 marzo 1875, 11 octubre 1875 (del F. R.), 17 abril 1876, 17 mayo 1876, 26 febrero 1879, 31 mayo 1879, 30 septiembre 1879, 30 junio 1880, 1 julio 1880, 11 octubre 1880, 16 marzo 1882, 28 mayo 1884. Se admite el recurso por infracción de *Leyes de las Partidas*, p. ej., en S. de 2 marzo 1853, 12 octubre 1857, 29 marzo 1858, 28 mayo 1858, 17 marzo 1860, 10 noviembre 1860, 31 enero 1861, 29 octubre 1861 (y de Derecho romano), 24 diciembre 1861 (y de Derecho romano), 16 enero 1863, 3 febrero 1863, 13 febrero 1863, 10 marzo 1863, 25 abril 1863, 18 marzo 1864, 14 mayo 1864, 17 octubre 1864 (y de Derecho romano), 22 octubre 1864, 10 diciembre 1864, 16 diciembre 1864, 29 diciembre 1864, 27 enero 1865, 21 noviembre 1865, 18 enero 1866, 27 marzo 1866, 23 abril 1866, 30 junio 1866, 16 septiembre 1866, 24 abril 1867, 24 febrero 1868, 31 junio 1868, 18 junio 1869, 6 noviembre 1869, 9 diciembre 1869, 9 enero 1871, 21 febrero 1871, 23 febrero 1871, 24 abril 1876 (y del Derecho romano), 23 octubre 1876, 25 octubre 1878. Se concede el recurso de casación por infracción de disposiciones de la *Novísima Recopilación*, p. ej., en S. de 20 mayo 1864 (disposición del Fuero Real), 27 enero 1865 (disposiciones de las Ordenanzas de Medina de 1489), 12 diciembre 1865 (Ley 65 de Toro), 27 marzo 1826 (del Ordenamiento de Alcalá), 24 febrero 1868 (del Ordenamiento de Alcalá), 9 diciembre 1869 (del Fuero Real).

y hasta la inaplicación, en ellos, de las normas del Derecho común anteriores al Decreto de Nueva Planta (59).

7 enero 1870 (del Ordenamiento de Alcalá), 17 octubre 1878 (Ordenanzas de Madrid de 1502). Se hace aplicación de leyes de las *Partidas*, p. ej., en S. de 25 febrero 1860, 23 marzo 1860, 3 octubre 1860, 23 noviembre 1860, 8 febrero 1861 (y del Derecho romano), 10 diciembre 1861, 2 diciembre 1862, 30 diciembre 1863, 17 septiembre 1863, 26 octubre 1863, 7 abril 1864, 20 enero 1865, 18 marzo 1865, 20 junio 1865, 4 diciembre 1866, 26 febrero 1867, 17 abril 1868, 27 junio 1868, 8 noviembre 1869 (refiriéndose a sus "leyes de testamentificación"), 25 septiembre 1871, 23 mayo 1873, 10 junio 1873, 21 noviembre 1878, 29 noviembre 1878, 14 octubre 1879, 26 noviembre 1880, 8 enero 1882. Se hace aplicación de disposiciones de la *Novísima Recopilación* (anteriores al Decreto de Nueva Planta), p. ej., en S. de 21 marzo 1862 (Ley 11 de Toro), 22 mayo 1862 (Ordenamiento de Alcalá), 20 abril 1866 (Ordenamiento de Alcalá), 12 mayo 1866 (Leyes 55 y 57 de Toro), 4 diciembre 1866 (Ley 65 de Toro), 24 diciembre 1867 (Ordenamiento de Alcalá), 30 junio 1868 (Leyes 55 y 58 de Toro), 19 junio 1869 (Ley 63 de Toro), 10 junio 1873 (Fuero Real), 5 diciembre 1874 (Fuero Real), 21 marzo 1874 (Fuero Real).

En *Navarra*, p. ej., el T. S. declara no infringidas las *Partidas*, en S. de 26 octubre 1850, 23 diciembre 1857, 25 noviembre 1858, 28 junio 1860, 1 marzo 1862, 10 septiembre 1864, 8 abril 1865, 15 enero 1866, 17 enero 1866, 24 junio 1868, 4 febrero 1870, 13 octubre 1873, 26 noviembre 1873, 22 junio 1877, 25 junio 1877, 16 noviembre 1878, 15 abril 1879, 10 octubre 1879, 3 febrero 1880, 27 enero 1880, 26 enero 1881, 28 enero 1881, 9 febrero 1881. Se rechaza el recurso por no infracción de leyes de la *Novísima Recopilación*, p. ej., en S. de 25 noviembre 1858, 28 junio 1860, 17 enero 1866, 3 octubre 1868, 15 abril 1879, 27 enero 1880, 9 febrero 1881. Es admitido el recurso de casación por infracción de ley de las *Partidas*, p. ej. en S. de 16 agosto 1848, 27 noviembre 1849, 18 abril 1863, 6 diciembre 1875. Se admite el recurso por infracción de leyes de la *Novísima Recopilación*, p. ej., en S. de 5 febrero 1865 (de la Ley 61 de Toro), 18 febrero 1881 (de la Ley 71 de Toro). Se hace aplicación de disposiciones de las *Partidas*, p. ej., en S. de 23 diciembre 1857, 10 octubre 1879. Se aplican disposiciones de la *Novísima Recopilación*, p. ej., en S. de 16 agosto 1848 (Ordenamiento de Alcalá y Ley 35 de Toro), 18 octubre 1861 (Leyes 55 y 61 de Toro), 5 junio 1862 (Ordenamiento de Alcalá), 20 enero 1866 (Ley 63 de Toro), 24 junio 1868 (Ordenamiento de Alcalá), 3 octubre 1868 (Fuero Real), 26 enero 1881 (Fuero Real).

(59) Respecto a *Cataluña*, la S. T. S. de 21 mayo 1845 dice: "Considerando que por la Ley 1, título IX, libro V de la *Novísima Recopilación* se mandó observar las Constituciones que antes había en Cataluña, entendiéndose que sean de nuevo establecidas, según las cuales en lo que no estuviese prevenido en ellas debe aplicarse el Derecho canónico, y en defecto de éste, el civil." La S. T. S. de 28 abril 1858 dice que las leyes romanas del Digesto (*de verborum significatione*) tienen vigor en Cataluña. La S. de 11 diciembre 1866 dice que la Ley 61 de Toro "no tiene autoridad ni se halla en observancia en Cataluña mediante ser anterior al Decreto llamado de Nueva Planta". La S. de 15 enero 1857 dice que "la cita de la Ley 1, título I, libro X de la *Novísima Recopilación* es insuficiente para el objeto, puesto que, como anterior al Decreto de Nueva Planta, no tiene fuerza en Cataluña"; la S. de 28 septiembre 1867, que es "inopertuna la cita de las Leyes 5 y 9, título XVII, libro X de la *Novísima Recopilación*, porque, como anterior al Real Decreto llamado de Nueva Planta no se hallan en vigor en Cataluña"; la S. de 26 febrero 1870 dice de las *Partidas* "inaplicables, por otra parte, a Cataluña, como anterior al Decreto de la Nueva Planta". Afirma también la vigencia de la Ley única, título XXX, libro I de las Constituciones de Cataluña la S. de 19 mayo 1876.

Respecto a *Navarra*, la S. de 17 junio 1865 dice: "Considerando que por la Ley 1, título III, libro I de la *Novísima Recopilación* de Navarra, el Derecho

La primera dirección se afirma en una masa enorme de sentencias, pero no es justificada teóricamente; se le ha creído resultado de la inercia, del respeto hacia la jurisprudencia de las Audiencias y territorios y de los hábitos mentales en que se educaron sus juristas; de hecho, manifiesta la continuidad de la realidad social y jurídica creada por los Decretos de Felipe V. La segunda dirección tiene a su favor la opinión, que se creyó teóricamente fundada, de la pervivencia legal de los Derechos supletorios (60). La falta de un estudio cuidadoso de la obra

supletorio de la Ley especial de esta provincia es el común o romano y, por lo tanto, deben decidirse con arreglo a él las cuestiones litigiosas en aquel territorio a falta de disposición foral."

Respecto a *Baleares*, la S. de 12 octubre 1868 dice que en Mallorca "rigen las leyes romanas en materia de sucesiones testamentarias", y la S. de 28 marzo 1879, "en materia de sucesiones".

(63) La gran autoridad de VIVES será decisiva en este sentido (*Traducción al castellano de los Usages y demás Derechos de Cataluña*, 1832, I, páginas 91-96; resumida en segunda ed. 1845, I, págs. 109-110). Sigue a De Dou, extremando los argumentos de éste, a pesar de tener menos fundamento jurídico para ello, por haberse publicado ya la Novísima Recopilación y consolidado la práctica de los Tribunales. Alega que el mandato contenido en la Ordenanza de la Audiencia de Cataluña (R. C. 30 mayo 1741, § 550, repetido en RR. CC. de 1768 y 1785) de tener en este Tribunal un ejemplar de la Nueva Recopilación se explica por las disposiciones en ella contenidas, dictadas desde tiempos de Felipe V. No es ello, sin embargo, convincente, pues si hubiera sido así no sería necesario tener la Nueva Recopilación, sino sólo los cuadernos de Autos (la edición de la N. R. de 1723 contiene pocas disposiciones añadidas; las de 1745 tiene un tomo tercero de los autos acordados del Consejo). La R. C. de 1768, recogida en Novísima 5, 9, 4 al decir: "Ejecutando lo mismo en todos los recursos que sean de esta clase y gobernándose a falta de leyes municipales no revocadas por las leyes generales del Reino; y en su defecto se me consultará por medio del Consejo las dudas que se le ofreciesen, como lo ha practicado otras veces, para que yo resuelva lo que debe ejecutarse", no puede reducirse, en su referencia a las Leyes generales como pretende Vives a las causas feudales; si fuera así, hubiese bastado la frase primera ("Ejecutando lo mismo en todos los recursos de esta clase"), y serían superfluas las frases finales; de hecho, la R. C. expresa lo contrario, pues la alusión a las "leyes municipales no revocadas" completa la referencia al valor supletorio de las Leyes generales del Reino, recordando la derogación general del Derecho romano (o común) como supletorio; confirma—además—el significado de la nota impuesta a la licencia para imprimir el libro de Potau (1760), en la que también se dice "por el nuevo Derecho hay que consultar al Prncipe". La R. C. de 1782 (Novísima 10, 2, 8) también confirma que se aplicaban en Cataluña legalmente, y de modo corriente, las disposiciones del Derecho real castellano; si se niega la aplicación en Cataluña de lo dispuesto en Novísima 10, 2, 7 es por tratarse de una extensión fiscal que no se desligaba del régimen impuesto por la residencia; por eso se agrega que pueden gozar del beneficio los catalanes que viven en Castilla; importa subrayar que el haberse creído necesario dar una disposición especial para negar la extensión del privilegio a Cataluña implica una normal extensión del Derecho real al territorio catalán.

El hecho de la utilización en Cataluña de las leyes del Derecho común castellano lo reconoce (sin explicar el porqué) el mismo Vives en diversas ocasiones: así, p. ej., diciendo: "Supuesto que en esta provincia no hay ley especial sobre esto, véanse las leyes del tít. VII, partida 3", "véase igualmente la Ley 12, tít. IV, libro XI de la Novísima Recopilación" (que es la Ordenanza de Madrid de 1501, N. R. 4, 3, 1), I, pág. 216-17; también reconoce la aplicación de Nov. 11, 28, 1 (que es N. R. 4, 2, 2), I, p. 309, n. 17, decididamente

legislativa del siglo XVIII y la desconexión entre la teoría y la práctica hacen posible el que, durante tanto tiempo, persista una jurisprudencia dividida, en general correcta, y que sólo yerra al dar oídos a la opinión patrocinada por los teóricos. Todavía, en alguna sentencia del Tribunal Supremo, se encuentra el intento de formular una regla justificativa de la aplicación simultánea del Derecho común castellano y del antiguo Derecho común, pero la carencia de apoyo doctrinal impide el desarrollo de esta tendencia (61). La explicación de estos fenómenos resultaba imposible, partiendo de la perduración de los antiguos Derechos supletorios, que necesariamente excluían al Derecho de origen castellano. Es fácil, en cambio, si se admite el punto de partida contrario, la derogación por los Decretos de Felipe V de los antiguos Derechos supletorios y su sustitución por el Derecho común castellano. Entonces, el mantenimiento de la vigencia de algunas instituciones romanas tiene su razón en que ellas habían adquirido individualmente carácter de Derecho consuetudinario de un territorio foral (62). El error

en 2.ª ed., I, p. 255; del tít. último de la tercera Partida en especial de la Ley 8 (I, p. 510, n. 1) de Nov. 4, 12, 2 y 3 (N. R. 4, 14, 5 y 12); de Nov. 3, 4, en cuyo tít. hay 11 Leyes de la N. R., I, p. 102. También señala la aplicación judicial de Nov. 40, 2, 7 (N. R. 5, 1, 14), pero sólo desde 1814, p. 152 (debe hacerse notar que Dou admitía ya su aplicación, I, p. 139).

La práctica de los Tribunales no dejó de influir en la doctrina, como en "esos escritores", a los que estigmatiza DURÁN y BAS por declarar que estaban "existentes en Cataluña las Leyes de Toro", *Discursos*, p. 101.

(61) En varias sentencias se afirma que las Partidas son Derecho supletorio en Cataluña, 28 enero 1861, 12 mayo 1861, 11 junio 1862 (dubitativamente, S. 18 julio 1857, "aun siendo aplicable", y 11 octubre 1869), 8 mayo 1861, 11 junio 1862, 30 diciembre 1862. En alguna sentencia se amplía este carácter de supletorio al Derecho "patrio anterior a la citada Ley de la Novísima Recopilación" (5, 9, 1) (siempre con el Derecho canónico y romano), S. 2 diciembre 1862; en otra se habla junto a la legislación romana de "la general del Reino" (Partidas y Novísima Recopilación), S. 19 mayo 1886.

(62) Se manifiesta en: 1.º, la primacía dada a la jurisprudencia o uso de la Audiencia de territorio foral (p. ej.: S. de 5 diciembre 1863, 16 diciembre 1864, 9 mayo 1865, 19 abril 1865, 30 mayo 1866, 16 diciembre 1867, 30 septiembre 1870); 2.º, la consideración de Derecho secundario dado al Derecho romano respecto a "la doctrina legal constantemente seguida en todo el Reino" (institución sin nombre de heredero), S. 18 junio 1857; que la legislación general vigente "hace ya innecesarias las declaraciones que el Derecho romano exige con tal objeto" (solemnidades testamentarias), S. 20 octubre 1865; se justifica la aplicación de una ley romana, "con la cual está conforme la doctrina admitida como jurisprudencia por este Tribunal Supremo", S. 11 noviembre 1865; "considerando que, según el Derecho civil catalán, combinado con el romano y el patrio y como emanación de sus prescripciones..., *coadyuvándose* entre sí y *complementándose* las unas por las otras, es doctrina legal admitida por los Tribunales y como regla de jurisprudencia en Cataluña", S. 7 noviembre 1866; a veces se independiza un "principio vigente en Cataluña", en base a la jurisprudencia, sin basarlo en ninguna norma jurídica, S. 24 abril 1880; 3.º, que se acude, en la práctica judicial, a la prueba de la aplicación del Derecho romano (en Baleares, por declaración de los abogados), S. 12 octubre 1868; y que el valor de la práctica podía ser superior a las normas romanas, "que, según las diversas prácticas de Cataluña, que se han justificado en la prueba, en los testamentos nupciales, expresan o no los notarios públicos la rogación de testigos", S. 26 mayo 1871.

teórico de no reconocer estos hechos tendrá una grave consecuencia: origina el primer cambio artificial en la evolución de los Derechos forales, con el renacimiento jurisprudencial de los derogados Derechos supletorios forales y el consiguiente mayor apartamiento de los Derechos forales respecto al Derecho común castellano (63).

El hecho cotidiano de la aplicación del Derecho común castellano en los Tribunales de los territorios forales resultaba tan evidente y llamativo que no podía ocultarse, y estaba tan arraigado en las costumbres que no se consideraba posible, por el momento, suprimirlo. Una solución, a la vez teórica y práctica, se piensa encontrar en la admisión de una facultad, en favor de los vecinos de los territorios forales, para elegir entre la aplicación de las reglas del Derecho foral y de las del Derecho común castellano; idea grata a la concepción liberal predicada por Costa y que podía creerse concordaba con la consideración de privilegio, que tuvieran todos los antiguos Derechos municipales. Así, en los Proyectos de Apéndices forales, se concede a los aforados la facultad de someterse a la legislación común o renunciar en favor de ésta a su legislación privilegiada, o sea, un derecho de opción entre ambas, como indica el Proyecto de Ley de Bases de 1881 (64). De este modo, se conciben las normas forales todas, con una naturaleza peculiarísima, no ya de mero Derecho singular y privilegiado respecto al Derecho común, sino como unos privilegios de tipo personal, que permitían a los interesados acogerse o no a ellos, aunque las disposiciones en cuestión tuviesen carácter imperativo.

(63) No deja de haber quien sostenga el buen criterio jurisprudencial; así se señala como indudable: "Que la legislación de España es supletoria del antiguo Principado, siempre que ésta no enfrente ley alguna distinta que pueda considerarse vigente" (I, p. 389), y que "en los casos de duda y a falta de prescripción clara del Derecho excepcional, y éste es uno de los más vulgares principios legales (se regulará) por el Derecho común" (I, p. 64). Biblioteca Judicial. *Derecho vigente en Cataluña* (con prólogo de Castells y de Bassols) 1877. Elas y De Ferrater (*Manual de Derecho civil vigente en Cataluña*. 1.ª ed., 1842; 2.ª ed., 1864; 3.ª, 1885) siguió prácticamente igual sistema (el Derecho catalán aparece más que como "excepción" del Derecho romano, como excepción del común nacional—Partidas y Novísima—, con numerosas citas de las Leyes de Toro).

(64) En el Congreso jurídico español de 1866 se aprobó la propuesta de que la unificación se hiciera compatible con el dejar a la libre voluntad de los interesados conservar alguna institución foral (en pro, 186 votos; en contra, 158; 61 absteneridos). En la base 17 del Proyecto de 1881 se decía que, "en todo caso, los naturales de las provincias aforadas y los que en ellas poseen muebles, inmuebles o derechos reales, podrán optar a su voluntad entre sus *peculiares* instituciones y la *legislación general* del Reino en cuanto no perjudique a los derechos de un tercero". En el artículo IX del proyecto de Durán y Bas (1883) se dice: "A pesar de lo dispuesto en los artículos anteriores, los catalanes podrán someterse, mediante declaración expresa y no de otra manera, a las disposiciones del *Derecho común*, salvo en lo que se refiere al régimen de bienes inmuebles o que redunde en perjuicio de derechos adquiridos por un tercero." En el proyecto de Franco y López (1886), el artículo 1.º, en su párrafo último, dice: "Y en caso de *renunciar* (un aragonés) a su *propia* legislación, únicamente podrá someterse a la *general de España* y no a otra alguna."

La admisión de estas ideas, en la doctrina y en la práctica, tendrá importantes derivaciones. De un lado, se limita arbitrariamente el ámbito del Derecho común castellano, dando a los antiguos Derechos supletorios el mismo valor que tuvieron antes de los Decretos de Felipe V; de otra parte, se reduce el significado de los Derechos forales a privilegios personales. De este modo, mientras se aumenta la extensión de los Derechos particulares, se disminuye su fuerza jurídica, al acentuarse su carácter de excepción y de privilegio (65). Extraña y paradójica situación, ilegal en su origen y doctrinalmente errónea, que será aceptada tácitamente por el legislador en 1889 y, con ello, se convertirá en base de la realidad jurídica vigente.

Todavía puede observarse un pequeño cambio de matiz en la consideración de los Derechos forales. La distinción entre Fueros municipales y Fueros provinciales, que había señalado la Novísima Recopilación y recogido la doctrina (66), se va olvidando hasta perderse. La asimilación que, sea por finalidad política o por fidelidad a la escuela histórica, se hace entre los Derechos de Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra, y los Fueros y costumbres de Ayala, el Baylio, Galicia y Vizcaya, comprendiéndolos todos bajo una rúbrica y justificación, amplía artificialmente el ámbito territorial de los Derechos especiales y hace perder su particularidad a los Fueros provinciales, que quedan igualados con los municipales, dentro de la denominación de Derecho foral. Considerándose equivalentes por la doctrina y la jurisprudencia los términos de ley o legislación foral y los de "fuero municipal vi-

(65) La jurisprudencia utiliza, al principio, la idea de privilegio de igual modo que el antiguo Derecho, "debiendo en todo caso interpretarse estrictamente la legislación en Cataluña... por lo mismo que siendo privilegiada limita en gran parte las que el Derecho común exige para su validez", S. 28 enero 1861.

ALONSO MARTÍNEZ (*Reformas legislativas que demanda con urgencia nuestra Patria*. Disc. apertura Tribunales, 1881; R. G. L. J., 59, 1881, pág. 191) contraponen las "provincias sometidas al Derecho común" a las "provincias en que impera un régimen de privilegio o excepción", GUTIÉRREZ (*Códigos*, I, p. X) distingue al Derecho común, "regla en materia civil", de los Fueros, que son las "excepciones". En el art. 5 del Proyecto de Ley de Bases de 1885 se habla de "las Leyes, fueros y disposiciones legales, usos, costumbres y doctrinas que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla".

(66) El Real Consejo de Instrucción Pública dice que en la cátedra de Ampliación de Derecho español, "respecto a los fueros provinciales, explicará los puntos cardinales en que se separan los de Aragón, Cataluña, Valencia (?) y Navarra del Derecho de Castilla". Cita de GÓMEZ DE LA SERNA, en nota bibliográfica a "Códigos" de Gutiérrez. R. G. L. J., 21, 1862, págs. 650-651. Más claramente habla dicho Gómez de la Serna. "no son iguales siempre las leyes civiles que rigen en todas las circunscripciones territoriales, pues existen fueros provinciales en algunas, como los de Aragón, Cataluña, Mallorca, Navarra y Vizcaya (?) y quedan todavía vestigios de los fueros municipales, aunque ya, por el no uso, ex racinariamente limitados", ed. 1881, I, § 423, págs. 233-234.

gente" y "ley municipal" (67). Por ello, cuando en las disposiciones finales de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1856 (art. 1.418), en la vigente de 1881 (art. 2.182) y en la Ley de Enjuiciamiento criminal (artículo 998) se declaran derogadas todas las leyes, Reales Ordenes, Reales Decretos, Reglamentos y Fueros, en cuanto contengan reglas procesales, se entendió que con ellas se derogaban las disposiciones de los Fueros todos, municipales y provinciales (68).

De este modo, los "fueros especiales" todos, que subsistían en el territorio nacional, serán comprendidos dentro del concepto de Derecho foral, como "excepción al Derecho común de Castilla" (69). Así, mediante un rodeo, y a pesar de haberse resucitado artificialmente a los antiguos Derechos supletorios, se reconocerá al Derecho real de Castilla el carácter de Derecho patrio, Derecho general o Derecho común de la nación, que tuviera desde tiempos de los Decretos de Felipe V.

Proceso análogo al de los "fueros provinciales", aunque más tardíamente, seguirá el Derecho de Navarra. No afectado directamente por las reformas de Felipe V, continúan celebrándose Cortes navarras hasta 1828-1829, y los reyes, hasta Fernando VII, juraban guardar sus fueros, usos y costumbres. La intervención de los navarros en las guerras carlistas, en contra de la Monarquía constitucional, hace perder lo que le quedaba a Navarra de autonomía legislativa, aunque conservando (como las Provincias Vascongadas) sus fueros. Respecto a su Derecho particular civil, estos hechos tuvieron relativamente poca importancia; mayor la tiene el que la doctrina y jurisprudencia le asimilen a los demás Derechos forales o municipales, incluso en el desplazamiento del Derecho general castellano por el Derecho romano, como Derecho común o supletorio de primer grado.

6. Los Derechos forales después de la publicación del Código civil

a) *El Código civil*.—El artículo 12 del Código civil, al disponer que se conserve el Derecho foral "sin que sufra alteración su actual régimen jurídico", mantiene el valor que las normas forales tenían

(67) De Ley o legislación foral o Derecho foral; p. ej.: S. de 13 noviembre 1863, 17 julio 1864, 16 diciembre 1867, 11 febrero 1870, 10 julio 1869, 2 febrero 1875, 22 junio 1877. Como fuero o ley municipal, o como fuero especial o de la tierra; p. ej.: S. de 2 diciembre 1862, 30 septiembre 1865, 30 mayo 1866, 26 junio 1869, 18 junio 1875, 31 diciembre 1883. En otras sentencias se le designa como derecho o legislación especial; p. ej.: S. de 28 enero 1861, 17 junio 1855, 30 mayo 1866, 23 noviembre 1867, 21 diciembre 1867, 12 octubre 1868.

(68) P. ej.: S. T. S. 20 octubre 1858, 8 mayo 1862. Escribano piensa que en la ley hubiera debido hacerse expresa mención de los "fueros generales", *Diccionario*, voz Fuero.

(69) Ya la Real Orden de 12 de junio de 1851 hablaba de "legislaciones especiales"; especialmente véanse: R. D. 2 febrero 1880, Proyecto de Ley de Bases de 7 enero 1885, art. 5; Base 17 del Proyecto de 22 de octubre de 1881; exposición del R. D. de 2 de febrero de 1880. Especialmente, los artículos 2, 50 y 51 del C. de c., que explican el cambio de expresión del primitivo artículo 1.976. en la segunda edición del C. c., y el art. 1.317 del C. c.

antes de publicarse el Código. De este modo se mantiene en el ordenamiento jurídico español una serie de disposiciones con caracteres radicalmente distintos a los del Derecho general y común; conviviendo así reglas conforme al régimen propio del Estado moderno con otras hijas del mundo jurídico medieval.

Las disposiciones forales, por regla general, mantienen sus viejos caracteres, agudizados por su inadecuación al clima moral y social de la vida moderna. En base al sentido de Derecho municipal que históricamente siempre tuvieron, de la exageración que de su carácter privilegiado hacen. Los modernos foralistas y de las afirmaciones de la doctrina, la práctica jurisprudencial ha ido perfilando los caracteres peculiares que hoy, en la realidad jurídica, tienen los Derechos forales. Caracteres imprecisos, como resultado de una evolución histórica deformada por una interpretación doctrinal equivocada y manifestados en decisiones judiciales que atienden primariamente a juzgar un caso y no a resolver una cuestión general. Aun con estas reservas, hay que destacar una serie de notas, que la jurisprudencia atribuye a las reglas forales y que las distinguen de modo acusado de los del Derecho general y común.

a) Como *Derecho particular*. Su aplicación requerirá la prueba de la cualidad jurídica que determina su aplicación. Normalmente, deberá hacerse conforme a las reglas del Derecho interterritorial o interprovincial (art. 14 C. c.), teniendo en cuenta la vecindad de la persona (art. 15 C. c.), situación de los bienes y el lugar de celebración del acto (arts. 10 y 14 C. c.) (70).

b) Como *Derecho excepcional*. Se mantiene la misma condición de normas de interpretación restrictiva que tuvieron los fueros y no puede aplicarse la analogía para ampliar sus preceptos en contra del Derecho común (71).

c) La concepción de los Derechos forales como *derechos privilegiados* en favor de los aforados ha tenido importantes consecuencias prácticas. Los actos realizados contra lo dispuesto en las reglas del Derecho foral no se consideran necesariamente nulas, por haberse entendido por la jurisprudencia que los aforados pueden elegir entre la aplicación del Derecho foral y el común; así, se decidirá que puede renunciarse a sus mandatos, sea de un modo expreso o tácito, lo que sucederá cuando el aforado se aproveche de las situaciones creadas al

(70) S. T. S. 21 diciembre 1940; R. 10 noviembre 1926.

(71) El brocardo de *singularia non sunt extendenda* lo aplican los antiguos autores a todos los Derechos municipales. En el Derecho aragonés se utiliza para ello, además, el principio *s'andum est chartae* (Obser. I, I, de *equo vulnerato*) (vide la crítica DE LA FUENTE, *La interpretación de los fueros de Aragón*, R. D. Pr., 1945, mayo, p. 315). S. 3 diciembre 1878. En Navarra, por el mandato de Novísima Rec. de Nav., 4, 3, 6, recogido en S. T. S. 22 diciembre 1933. Respecto a Cataluña, S. 28 enero 1861.

amparo del Derecho civil común (72). A consecuencia de ello, las reglas del Derecho interterritorial no se siguen de modo estricto; bastará la prueba positiva de la cualidad foral y no se exigirá la negativa de no tener la cualidad de sometido el Derecho común, por considerarse aquélla un privilegio del que se puede aprovechar, en lo que le favorezca, el interesado—o renunciar a él—si no hay perjuicio para tercero (73).

d) Respecto al contenido del Derecho foral, no rige de modo completo la regla *iura novit curia*, pues a lo poco conocido de sus reglas se une la dificultad de distinguir las que tienen todavía vigencia, el que hay muchas de mero valor consuetudinario, la posibilidad respecto a unas y otras de su derogación por costumbre contraria y, en fin, la posibilidad de su renuncia por los interesados. Por todo lo cual es aconsejable siempre su alegación y, en caso de que no sean notorias, la prueba de su contenido y vigencia (74).

e) El encontrarse los Derechos forales en la situación de normas singulares antiguas, completadas por un Derecho común más moderno, hará que la posición complementaria del Código sea de mayor alcance que la de los antiguos Derechos supletorios.

El haber nacido las normas forales (en especial las de sus Derechos supletorios) conforme a una organización social muy distinta de la actual, hará que el influjo de los principios generales del Derecho se revele en su máxima eficacia, siendo derogados aquellos preceptos forales que resulten incompatibles con los principios vigentes en el Derecho español (75).

(72) S. T. S. 10 diciembre 1926, que da "valor y eficacia a la voluntad de someterse a la legislación común", inferida de meros hechos, y que añade que "no es lícito ni moral que después de haberse disfrutado de unos derechos sobre la base de las disposiciones del Código, se alegue la legislación foral". En S. de 18 diciembre 1928 parece (de los hechos) admitida una transacción sobre vecindad foral. En la R. de 10 noviembre 1926 se tiene en cuenta "la voluntad presunta" de las partes de no someterse al Fuero del Baylio. También S. T. S. 15 marzo 1927.

En S. T. S. (social) 27 junio 1944 se dice que "inútilmente se investigará en el campo de la legislación foral, para encontrar en ella principios que, por razón de analogía pudieran seguirse", por la "supremacía del pacto lícito" (artículos 1091, 1090 C. c.).

(73) En S. T. S. 14 diciembre 1901 se trata de averiguar, conforme al Derecho aragonés (la causante falleció en 1877), la condición de aforada, pero no se acude a la legislación castellana para saber cómo la consideraba ésta.

(74) En S. T. S. 15 marzo 1927 se casa la sentencia recurrida, por aplicarse en ella Derecho catalán, cuando en la primera instancia "se invocan sólo preceptos de la ley común". También vide: S. T. S. 12 marzo 1907, 11 diciembre 1923, 15 marzo 1927.

(75) S. T. S. 17 diciembre 1860, 28 enero 1861, 16 octubre 1906, 11 noviembre 1907, 13 diciembre 1909, 4 julio 1941, 22 junio 1948.

Sobre la naturaleza y eficacia de las normas de Derecho foral. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*. 2.ª ed., 1949. p. 245-263.

7. Los Derechos forales después de la publicación del Código civil

a) *La Constitución de 1931*.—El particularismo, fomentado paradójicamente en las regiones que con hechos más heroicos habían demostrado su patriotismo, más prósperas y privilegiadas, rectoras de la vida financiera de la nación, culmina en la Constitución de 1931, que legalizará el separatismo, aunque no contente a los separatistas; ninguna concesión puede satisfacer cuando el descontento tiene su raíz en lo injustificado de las mismas pretensiones.

Una consideración superficial ha podido hacer pensar que la Constitución de 1931 suponía la culminación del ideal foralista; en realidad, ha significado su total arrumbamiento. Los teóricos del foralismo veían en los Derechos forales a la creación del espíritu de los pueblos y repugnaban la improvisación legislativa (76); los constitucionalistas implantan la ilimitación del poder legislativo. Conforme a la Constitución, el Estado tiene un ámbito propio de poder y, al ejercerlo, sea en el restringido que le corresponde en las regiones autónomas (art. 15) o en el indefinido que le corresponde en las demás, para nada tiene que respetar a los Derechos forales, y lo mismo puede decirse de las regiones. Con igual criterio, la extensión de la autonomía regional no se concede por motivos históricos, antigua independencia legislativa o conservación del Derecho foral, sino abstractamente "en la medida de su capacidad política" (art. 15) (77).

Esta ruptura con la doctrina foralista se revela agriamente en los proyectos legislativos y en las leyes de la Generalidad de Cataluña; ya no se piensa respetar, conservar o adaptar normas tradicionales, se pretende imponer disposiciones innovadoras o revolucionarias, de estilo modernista, análogas a las dictadas en cualquier país extranjero y sin asomo de semejanza o contacto con las antiguas Constituciones de Cataluña. Después del Estatuto, los Derechos forales no se necesitan como ocasión de afirmaciones separatistas ni como prueba del hecho diferencial, y los nuevos políticos los estimarán objetos de guardarropía medieval, buenos para conservados en los Museos, pero no para ser utilizados por un pueblo moderno y progresivo (78).

b) *Derogación de la legislación separatista*.—Lo inadecuado de la Constitución (9 diciembre 1931) y del Estatuto de Cataluña (15 septiembre 1932) a la realidad española crea un estado de desasosiego general, de guerra civil latente, que cierra el Alzamiento Nacional. Su

(76) Compárese la tendencia antiparlamentaria de la escuela histórica; p. ej.: TRÍAS Y GIRÓ, *Conferencias de Derecho civil catalán*, 1899, p. 38 sig.

(77) Vide: PÉREZ SERRANO, *La Constitución española* (9 diciembre 1931), 1932; FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Catalanismo y República española*, 1932; SÁNCHEZ ROMÁN Y GALLIFA, Prólogo a *Instituciones de Derecho civil*, de De Buen, 1932.

(78) Así se hizo en las leyes dictadas por la Generalidad: Ley de la mayoría y habilitación de edad (8 enero 1934), Ley sobre capacidad jurídica de la mujer (19 junio 1934), Ley de sucesión intestada (11 julio 1936).

triunfo trae consigo la derogación de la Constitución de 1931. De modo especial y expreso, la Ley de 5 de abril de 1938 declaró que "el Estatuto catalán dejó de tener validez en el orden jurídico desde el día 17 de julio de 1936". La Ley de 8 de septiembre de 1939 la aclara y completa, ordenando en su artículo único: "Quedan sin efecto y, por tanto, dejarán de aplicarse desde esta fecha todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, restableciéndose en toda su integridad el Derecho existente al promulgarse el Estatuto."

Derogada la Constitución de 1931 y el único Estatuto que, conforme a ella, llega a promulgarse, ha desaparecido la distinción entre Derecho del Estado y Derecho regional y se ha restablecido la que antes existía: la de Derechos forales y Derecho común.

c) *La cuestión foral en la actualidad.*—Ya antes, pero sobre todo durante y al terminar la guerra civil, la cuestión foral fué perdiendo interés político ante la importancia creciente de las concepciones sociales antagónicas, acordes sólo en postular un cambio revolucionario de todo el Derecho; después, con la paz, poco a poco, ha vuelto a ocupar el primer plano, coincidiendo este nuevo auge con la debilitación de los supuestos que antes impulsaron había una general renovación jurídica (78 bis). Sólo que ahora parece haberse enfocado la cuestión foral con un nuevo matiz que conviene destacar.

La iniciativa en la nueva dirección la ha tomado un grupo entusiasta de jóvenes juristas, que, desde el Consejo de Estudios de Derecho aragonés, consiguen, con aprobación oficial (O. 3 agosto 1944), que se celebre en Zaragoza un Consejo Nacional de Derecho civil (3 a 9 octubre 1946) para tratar de la cuestión foral. Importa a nuestro objeto destacar sus principales conclusiones. La situación de nuestro Derecho civil se estima inadecuada por la: "vigencia de regímenes jurídicos que, por falta de renovación u otras causas, no responden del todo a los supuestos sociales de la vida social de hoy..."; "dificultad en el conocimiento y manejo de algunas de las fuentes territoriales, de la cual proviene en gran parte la aplicación extensiva de preceptos e instituciones de Derecho común"; inexistencia en el Código civil de "normas adaptadas a los principios y sistemas en que se inspiran" los ordenamientos civiles de los territorios forales. La finalidad última, a que debe aspirar la legislación civil, es "la elaboración de un Código general de Derecho civil, que recogiera las instituciones de Derecho común, de los Derechos territoriales o forales y los peculiares de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la evolución jurídica y social". El método propuesto para conseguir esta finalidad comprende tres etapas: a) compilación de las instituciones forales o territoriales; b) determinación del modo en que se recogerían en el futuro

(78 bis) Comp. p. e. L. BATLLE, *El Derecho civil y el nuevo Estado* (Discurso apertura curso), 1940. p. 33.

Código general de Derecho civil; labor investigadora sobre fuentes históricas e instituciones vivas, "hasta hallar en ellas un subtrato nacional que permita construir doctrinalmente al Código general de Derecho civil español"; c) reunión de un nuevo Congreso nacional de Derecho civil para examinar la forma y carácter del futuro Código general de Derecho civil (79).

Resalta, en las conclusiones aprobadas por el Congreso, la aceptación por los juristas de los territorios forales (80) de la necesidad de una codificación unitaria, un "Código general" del Derecho civil y de la existencia de un "subtrato nacional" en el Derecho civil, de una concepción jurídica común para toda España. Han tomado así el timón de la empresa unificadora los juristas aragoneses y, de nuevo, parece que la impulsan y le dan tono los hombres de Derecho de los territorios forales.

El Decreto de 23 de mayo de 1947, recogiendo el sentir del Congreso, inicia la preparación de un "Código civil general para toda España" en una primera etapa destinada "a la compilación de las instituciones forales, lo que dará lugar a la comunicación de los distintos Derechos hispánicos, en busca de aquellos principios comunes en que se asentó el espíritu cristiano de nuestra unidad y nuestra grandeza"; para ello, se crean Comisiones de juristas especializados en cada territorio foral para que formulen Anteproyectos de Compilaciones de las instituciones forales o territoriales, que, según dispuso la Orden de 24 de junio de 1947, se constituyen en las provincias de Aragón, Cataluña, Navarra, Baleares, Galicia, Alava y Vizcaya (81).

IV. LA POLÍTICA JURÍDICA Y LA CUESTIÓN FORAL

1. La conveniencia de la unificación (82)

Encarrilada, en la forma indicada, la cuestión foral, se ha pensado que sería prudente no tocarla más; desgraciadamente, no es posible;

(79) LACRUZ, *El Congreso Nacional de Derecho civil de 1946*, A. D. C., I, 1, 1948, p. 145-155. *El Congreso Nacional de Derecho civil*, R. G. L. J., 180, noviembre 1946, p. 588-603. *Actualidad jurídica. El Congreso Nacional de Derecho civil*, R. D. P., 30, 1946, p. 797-800. También: el "Boletín informativo" publicado durante la celebración del Congreso. Compárese: PASCUAL SERRES *Ante el Congreso civil de Zaragoza. Imposibilidad de llegar a la Codificación única*, R. J. de C., 43, 1945, p. 43-80; Anexos, id., p. 80-85.

(80) Que fueron los que, por su número y actividad, dieron color al Congreso.

(81) Se conoce sólo el Anteproyecto presentado por la Comisión de Galicia. GALLARDO, *El novísimo Proyecto de apéndice foral gallego al Código civil*, R. E. P., 24, 1949, p. 82.

(82) DEL VALLE, *En pro de la unificación del Derecho civil español*, R. Crit. D. I., 19, 1943, p. 671; GARCÍA REVILLO, *El problema de la unificación del Derecho español*, R. Crit. D. I., 20, 1944, p. 98; JIMÉNEZ ASENJO, *El Derecho foral catalán ante la unidad codificadora*, E. J., 4 (fasc. 3, Derecho privado), 1944, p. 3; I. J., enero 1945; MARTÍN BALLESTERO, *Aragón ante la uni-*

el problema queda sin resolver, en espera de la decisión legislativa y las resoluciones adoptadas por unanimidad en Zaragoza, no han hecho desaparecer la enemiga de principio que importantes núcleos de juristas todavía mantienen frente a la unificación (83). La cuestión sobre la conveniencia y posibilidad de la codificación es un problema político, pero de política jurídica, y que como tal debe tratarse; no es ciertamente un problema técnico, pero sí es jurídico, en cuanto afecta a la organización jurídica, y por su naturaleza puede y debe ser tratado con método científico (84).

El interrogante abierto está limitado así: ¿Es conveniente y, en su caso, factible la unificación del Derecho civil en España?, separado, por tanto, de todas las demás cuestiones que se han incluido bajo el rótulo de cuestión foral. Para contestarlo conviene distinguir los distintos aspectos del problema.

A) *Ventajas de la unificación*

a) *Significación de la unidad.*—La primera divergencia surge ya respecto al valor mismo de la unidad. Se nos dice ahora: “Unificar es hacer desaparecer todas las diferencias, borrar la vida que Dios nos ha dado en igualdad relativa” (85). Se había enseñado de siempre: “En la unidad está la vida, fuera de la unidad está la muerte cierta” (86). Discrepancia fundamental que corresponde, más que a dos temperamentos, a dos tendencias del ser mismo. En todo organismo vivo hay dos fuerzas contrarias, centripeta y centrífuga, de asimilación y de descomposición: mientras predomina la primera hay vida; la victoria de la se-

ficación del Derecho privado, R. D. Pr., 28, 1944, p. 209; PASCUAL SERRES, *Ante el Congreso civil de Zaragoza. Imposibilidad de llegar a la Codificación única*, R. J. de C., 43, 1945, p. 43; FAIREN GUILLÉN, *El Derecho aragonés desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código civil*, R. D. Pr., 29, 1945, p. 358 y 428; MARTÍN LALLESTERO *La integración del Derecho foral y el común en el concepto genérico del Derecho civil hispano*, Universidad (Zaragoza), 1947 (enero-marzo), p. 43-72; GUILARTE, *La unidad legislativa y el momento actual*, A. D. C., I, 2, 1948, p. 535; ALVAREZ (URSICINO), *Los derechos provinciales romanos y el problema del Derecho foral español*, A. D. C., I, 4, 1948, p. 1330; VITORIA BURGOA, *De la identidad del Derecho hacia la unidad legislativa civil española*, 1948; LACRUZ, *La discusión actual en torno a los derechos forales*, Arbor, 1948 (julio-agosto), p. 401-408; *Los derechos forales*, Universidad (Zaragoza), 1948, p. 3-17.

(84) Comp. el “Boletín de Información” del Congreso; PASCUAL, loc cit., *Exposición al ilustre señor Decano del Colegio de Abogados de Barcelona*, R. J. C., 43, 19-5, p. 81.

(84) Comp. D’ORS, *De la “prudentia iuris” a la “jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, I. J., 1947, p. 79; F. DE CASTRO, *La ciencia libre del Derecho, ¿es fuente primaria del Derecho?*, A. D. C., I, 2, 1948, p. 569.

(85) PASCUAL SERRES, loc cit., p. 58; también DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, 1863 p. xxxvi y sig.

(86) BOSSUET, citado por Calvert, *Bossuet, l’homme et l’œuvre*, 1941, p. 37-

gunda significa el morir. Con frase enérgica se ha dicho que “ser no es otra cosa que el ser uno” (87).

Caben todavía las preguntas de si esta afirmación tiene validez respecto a los cuerpos sociales y de si importa algo para su fortalecimiento la unidad jurídica. La esencia del grupo nacional está en su unidad; todo lo que aumente o disminuya la unidad consolidará o pondrá en peligro la vida de la nación. Por eso, los sociólogos señalan el peligro de la “desintegración”, la posibilidad regresiva del “primitivismo”, que puede hacer que “cada aglomeración, cada pueblo, cada ciudad, tienda a romper sus relaciones con las aglomeraciones vecinas y a convertirse en la conciencia de sus miembros en la sola comunidad existente” (88). Respecto al valor del Derecho común para afirmar la unidad nacional y como causa de su permanencia y solidez, tampoco parece haber dudas en la doctrina. Desde antiguo, se entenderá, como característica del Estado (*civitas*), el tener las mismas leyes (89), y modernamente se ha llegado hasta a decir que “es la ley nacional la que hace a la Nación” (90).

b) *Significado de la unidad jurídica para España.*—La historia de la nación española parece ofrecer un ejemplo de lo antes dicho; la mayor unidad jurídica, los movimientos de unificación jurídica corresponden a los momentos de mayor vitalidad, a la reacción frente al ataque extranjero; la tendencia a la diversidad jurídica será utilizada por los enemigos internos y externos de la unidad nacional y marcará el momento de más gravedad para la misma vida de la nación.

Nada más que el existir de los Derechos forales hace—según frase de un ilustre catalán—que sean “extranjeros los españoles dentro de nuestra misma patria” (91). Este hecho, la posibilidad de crear efectivamente este sentimiento, es el máximo peligro de la diversidad jurídica. Es cierto que no puede identificarse al partidario de mantener los Derechos forales, al enemigo de la unificación, con los que mantienen ideales autonomistas, federales, regionalistas o separatistas; pero no puede borrarse el hecho de que el foralismo ha sido tierra abonada que aprovecha, en fin de cuentas, el separatismo. Tiene am-

(87) *Nihil est autem esse quam unum esse. Itaque in quantum quidquid unitatem adipiscitur, in tantum est... concordia partium imitantur unitatem, et in tantum sunt in quantum assequantur.* SAN AGUSTÍN, *De mor. manich.*, 2, 6 8 (32 col. 1348) (cita de GILSON, *Saint Augustin*, p. 278, n. 1).

(88) AKSIN, *La sociologie de la nationalité*, p. 8; *La Nationalité*, Institut de Droit comparé (Université de Paris), s. d.

(89) GROCIUS, recogiendo la doctrina antigua, la define “consociatio iuris atque imperii”. *De iure belli ac pacis*, 2, 9, 8, 2 (ed. 1735, p. 370), y añade que muere cuando desaparece la “completa comunidad en el Derecho”, 2, 9, 6 (p. 363).

(90) MAUNIER, *La Nation et l'Etat en Algérie, La Nationalité* (Institut de Droit comparé, Université de Paris, s. d.), p. 187, que añade: “Es lo que separa completamente a la nación y al Estado de la tribu y la ciudad”.

(91) PLANAS Y CASALS, *Memoria sobre las fuentes de conocimiento y método de enseñanza de la asignatura de Ampliación del Derecho civil y Códigos españoles*, Barcelona, 1873, p. 298.

plia justificación que los antiguos foralistas y los regionalistas que los siguieron, pensaran poder conjugar su indudable patriotismo con la defensa del mantenimiento de los Derechos forales (92); es natural también que los separatistas y los cripto-separatistas consideren útil táctica el defenderlos ahora; es un hecho menos fácil de comprender—aunque indudable—el que haya personas de buena fe que crean poder compaginar la defensa de la unidad española y la conservación o agravación de los regímenes forales (93).

Se olvide o se quite importancia a la utilización de la disparidad jurídica por los movimientos separatistas (94), parece que no puede negarse que significa—por sí misma—un peligro para la unidad nacional. El pueblo español—y en esto no hay diferencias regionales—se caracteriza por lo extremoso de su lógica y, al contrario del anglosajón, no concibe el compromiso ni el quedarse a mitad del camino. Admitida la premisa de la diversidad jurídica, sacará sus últimas consecuencias, hasta llegar al separatismo o al cantonalismo. No es una hipótesis, sino una realidad sociológica; el proceso seguido y vuelto todavía a proponer ahora es el siguiente: Si se tienen leyes diferentes, propias, deberán tenerse “Tribunales propios” para que las apliquen, compuestos por personas nacidas y educadas en el territorio, y como esa legislación debe acomodarse a los tiempos, deberá contar “con renovación legislativa propia” (95); o sea, se llegará no sólo a crear Estados separados, sino a separar a los españoles de los distintos territorios, resucitando las tachas de extranjería.

Más, en este camino, ni siquiera el separatismo nacionalista será la meta lógica; ésta sería continuar hasta la completa disgregación.

(92) DURÁN Y BAS, respondiendo a los que ya entonces señalaban el peligro del “particularismo” foral, se preguntaba: “¿Y hay alguna provincia de España que pueda abrigar la insensata aspiración de formar una nación independiente en el territorio de la Península? ¿Puede pasar semejante absurdo por la cabeza de un hombre medianamente pensador? ¿Puede ninguna provincia soñar en que pueda vivir independiente, ni en que todas juntas puedan formar una confederación? ¿Y podrá alguna de ellas soñar unirse a una nación extraña?” *Discursos en defensa del Derecho catalán*, 1885.

(93) “Pesada cadena de la falta de unidad precisamente en aquel ámbito legislativo que más hondamente cala en sus intereses y en su constitución”, dice DEL VALLE que es la que califica también de “llaga nacional”, loc. cit., p. 671-674.

(94) Recuérdense las otras causas aprovechadas por el separatismo: achacar la culpabilidad general de la decadencia a Castilla, identificándola con los políticos gobernantes desde Madrid y oriundos de todo el país; el deseo de escapar a las cargas y vergüenza de la común derrota (como indicara Salmefón en 17 de junio de 1907, en nombre de la Solidaridad catalana); la aspiración de ciertas clases privilegiadas de gozar de mayores ventajas y privilegios; el natural sentimiento de cariño hacia la “patria chica”. La utilización política de estos hechos hace crear una doble corriente separatista, pues las manifestaciones de apartamiento y singularidad ocasionan efectos reflejos de desapego y desafecto. Situación tanto más grave cuanto sin remedio racional, dado lo falso de sus causas y los movimientos sentimentales creados.

(95) PASCUAL SERRES, loc cit, p. 63-66.

Como ya se ha apuntado (96), la existencia de peculiaridades forales en Barcelona, Gerona, Tarragona, Tortosa y en el Valle de Arán impondrían, por igual razón, la admisión de propias autoridades que aplicaran las leyes y organismos legislativos que las renovarían en estos territorios. Si el disgregacionismo separatista parece se contentaría con esto (97), la fórmula final del liberalismo individualista sería la de convertir a cada familia, a cada individuo en su propio legislador (98), con su propio e individual fuero (99).

c) *El ejemplo extranjero.*—Con razón se dice y se repite que el ejemplo de otros países no nos vincula; es cierto, debemos seguir nuestro propio camino, conforme a nuestra propia condición y circunstancia; mas no debe olvidarse el consejo de la prudencia: conviene observar lo que ocurre fuera y aprovechar la ajena experiencia. La historia del Derecho de las naciones continentales nos dice que en todas se ha ido a la unificación del Derecho civil y que ella ha coincidido con el florecimiento del país (100). Incluso en los países anglosajones hay cada día más leyes generales, leyes uniformes, que suponen una constante y progresiva unificación.

Puede ser instructivo recordar algunas de las razones dadas para la Codificación. En Francia, al presentarse el Código civil se dice: "Hasta aquí, la diversidad de las costumbres formaba en un mismo Estado cien Estados diferentes; la ley, en todos sitios, opuesta a ella

(96) PELAYO HORE, *No. a bibliográfica del artículo de Pascual Serres*, R. D. Pr., 31, 1947, p. 79-80.

(97) Que lleva a postular la vigencia de todos los antiguos fueros (p. 90) y a considerar que el Derecho de cada país de la Península tiene "personalidad tan propia como el Derecho de cualquiera otra nación autártica"; que la legislación general es traducida "casi siempre de Francia", "como la Ley hipotecaria" (!!) (p. 17); a hablar de la "liberación de la Península por los invasores árabes" (p. 27), y a condenar el "hecho injusto" de que Castilla se "apropió la obra y esplendor de todos" (p. 66). & MONEVA. *Introducción al Derecho hispánico*, 3.ª ed., 1942.

(98) COSTA llega a hablar del "estado individual" (persona física) y estado social (familia, clan, Municipio, provincia, etc.) (*Teoría del hecho jurídico*, 1880, p. 69 y sig.); ideas que cree ver en el aforismo *standum est char. ae* (*La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*, 1883, p. 102 y sig.; *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el "status" individual, el referéndum y la costumbre*, 1901, p. 27 y sig.).

(99) GANIVET explica este proceso diciendo: "En la Edad Media nuestras regiones querían reyes propios no para estar mejor gobernadas, sino para destruir el poder real: las ciudades querían fueros que las eximieran de la autoridad de esos reyes ya achicados, y todas las clases sociales querían fueros y privilegios a montones; entonces estuvo nuestra patria a dos pasos de realizar su ideal jurídico: que todos los españoles llevaran en el bolsillo una carta foral con un solo artículo, redactado en términos breves, claros y contundentes: este español está autorizado a hacer lo que le dé la gana" (*Idearium español*, I, p. 63; ed. V. Suárez).

(100) PASCUAL SERRES ve en esto un peligro: "Seguramente en algún país, como Alemania, la idea exagerada de lo que la unificación jurídica significa le habrá ayudado a conducirla a su actual hecatombe, resultante de su orgullo de gran Reich" (loc. cit., p. 60). Olvida que la unificación jurídica se había hecho cerca de medio siglo antes.

misma, dividía a los ciudadanos, en lugar de unirlos. Este orden de cosas no podía existir más tiempo. Hombres a los que a la voz poderosa de la patria y por un impulso sublime y generoso han renunciado súbitamente a sus privilegios y a sus hábitos, para reconocer un interés común, han conquistado el derecho inapreciable de vivir bajo una ley común" (101). El valor de la unidad nacional, la justicia y la belleza de sacrificarse por ella, se expresa en Alemania así: "La entrada en una gran nación cuesta su precio; los de Hannover, los de Hesse y nosotros, los de Schleswig-Holstein, estamos dispuestos a pagarlo, bien que sentimos que con él entregamos un trozo de lo que nos es más propio. Pero lo damos a la patria común" (102). En Suiza se indicará como razón de la unificación del Derecho privado el ser un postulado del Estado moderno (103) y la posibilidad de encontrar el espíritu nacional a través de los Derechos de los cantones, en el parecido familiar que se les puede descubrir (104).

d) *Consideraciones secundarias*.—En tono menor, aunque no por ello menos atendibles, se han indicado otras ventajas propias de la unificación: 1.^a, el aumento de la seguridad jurídica, creada con la generalidad de las normas, y su más fácil conocimiento (105), al servicio de la Justicia, que así será más fácilmente realizable (106); 2.^a, impedir el fraude a la ley, facilitado por la variedad de leyes; 3.^a, evitar las dificultades e injusticias intrínsecas que originan los conflictos de leyes; 4.^a, hacer posible la implantación general de las ideas tradicionales del Derecho español (concepción católica de la vida), obscurcidas o relegadas a último término por los restos de Derecho feudal y romano conservados en algunos territorios; 5.^a, facilitar el progreso de la ciencia jurídica española.

(101) PORTALIS, *Exposé des motifs*, II, p. 1-2.

(102) MOMMSEN, *Reden und Aufsätze*, p. 424.

(103) HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, 2.^a ed. reformada por Mutzner, 1932, I, 1, p. 32.

(104) HUBER, loc. cit., p. 40; *Erläuterungen zum Vorentwurf*, 1901, p. 2-3.

(105) PLANAS pensaba que lo contrario es ventajoso: "Los letrados, no sabiendo a veces cómo fundamentar su opinión, no se atreven a plantear determinadas cuestiones ante los Tribunales"; el día en que se publique un Código y crezcan los comentarios, "los letrados, teniendo más fuentes a que acudir, no vacilarán en sostener cuestiones que de otra suerte no se atreverían a plantear" (*Discursos*, p. 42). En esta afirmación, condenadora de la ciencia jurídica, se oculta el beneficio implícito que la obscuridad del Derecho supone a las clases económicamente más poderosas que pueden pagar los servicios de especialistas y arriesgar el planteamiento de un pleito largo y de inciertos resultados.

La mayor eficacia social de la norma clara ha sido llamada "vulgarismo jurídico" (MONEVA, loc. cit., p. 59); mas parece preferible al "snobismo" pseudo-científico del especialista (que se deleita en textos arcanos, en latín o en lengua medieval, poco conocidos y difíciles de entender), el Derecho comprensible por todos, apto para ser guía y amparo del pueblo.

(106) Es un error contraponer Justicia y seguridad (comp. PASCUAL, p. 77 y sig.); el Derecho más justo es el que produce más seguridad social, y sin seguridad social no es posible la realización de la justicia.

B) *Desventajas de la unificación*

a) *Las diferencias regionales.*—En España, la diversidad de idiomas y lo distinto del carácter de sus habitantes es grande, y el Derecho, se dice, debe reflejar esa variedad. La cuestión que así se plantea parece ser doble y referirse al alcance de las diferencias sociales y a la necesidad de su reflejo en el Derecho.

Respecto a Cataluña, se han señalado estos “distintivos”: “es el primero su grandísima afición a los espectáculos teatrales, y entre ellos los que recuerdan hechos notables de nuestra historia y no solamente de la peculiar de Cataluña, sino de la general de la nación, cual queriendo saturarse de las glorias patrias o llorar con las generaciones pasadas sus desdichas. Es el segundo, la no menos general afición a la música, a ese arte que *emollit mores* y que lleva al pueblo a las asociaciones corales y en las poblaciones de importancia a frecuentar los teatros en las funciones líricas; siendo, sobre todo en Barcelona, muy común oír acertadísimos juicios sobre ellas entre la clase artesana. Y es el tercero lo general del espíritu de asociación del pueblo catalán, lo mismo para el socorro mutuo en la más ordinaria desgracia de la vida, como son las enfermedades, que para la instrucción popular y para las diversiones aun entre las clases que viven de su jornal, costumbres todas que son propias de un pueblo culto, de un pueblo viril, de un pueblo sensato y previsor” (107).

Fuede dudarse de que los reseñados “distintivos” sean exclusivos de Cataluña y hasta de que justifiquen una diferencia de legislación civil: pero parece indudable que, dentro de cualquier región, pueden señalarse más hondas diferencias; piénsese, por ejemplo, en la existente entre la vida en Barcelona, una aldea de los Pirineos y un pueblo de Lérida. Entonces, ¿las menores diferencias justifican, y las mayores no, la variedad jurídica?

b) *Las costumbres seculares.*—Con el predominio de la escuela histórica, se ha investido a la costumbre de un valor carismático, que hace estimar intangible al uso más “desaforado”. Los Derechos forales, incluso las normas dictadas por los Reyes, las Cortes y las del Derecho romano, se han procurado, a tal efecto, revestir del carácter de Derecho consuetudinario, y ello aunque el pueblo ni los conozca ni

(107) DURÁN Y BAS, *Memoria*, pp. xcix-c, también xlvii. Vide también LORENTE, MARTÍN BALLESTERO, A. D. A. I. 1944, p. 45. La enumeración de PASCUAL (p. 68) no se refiere a una región, sino a todas las posibles diferencias sociales, económicas y de concepción de vida, desde el sentido de la propiedad rústica hasta el folklore y la “religión práctica”, diciendo en nota 34: “¿No existen acentuadas diferencias entre Navarra y Sevilla?” Puede contestarse con otra pregunta: Esa supuesta diferencia, ¿implicar a un Derecho foral canónico para Sevilla o para Navarra?

los utilice (108). Corresponde al estudio particular de la costumbre señalar los defectos de la teoría de la escuela histórica y mostrar que la costumbre nace muchas veces de la opresión y explotación de las clases débiles por las más poderosas y que es inadecuada a la moderna vida ciudadana (108 bis); aquí será oportuno decir que excede de la cuestión foral el problema más amplio de la relación del poder estatal y de las fuerzas paraestatales creadoras de usos y costumbres, y que el considerar Derecho consuetudinario a un Derecho foral (109) no significa, en sí, ni una razón para conservarlo ni para derogarlo.

c) *El arraigo de los derechos forales*.—Es un hecho histórico indudable e insoslayable que, en varios momentos de nuestra Historia, la sospecha o el intento de tocar al Derecho foral ha levantado ardorosas protestas en los territorios forales, afirmándose en todos los tonos el amor de los pueblos por sus instituciones, reacción que tuvo la fuerza de paralizar primero y luego de limitar la Codificación (110). Pero la cuestión del arraigo de los Derechos forales parece ser una realidad social más compleja que el simple y sencillo afecto por el propio Derecho. Ya lo indica el que la conducta popular no fué siempre la misma y que—como se ha indicado—surgiera de los territorios forales la iniciativa unificadora del Derecho civil, y, sobre todo, las continuadas quejas que se escriben y que se gritan por los foralistas sobre el desconocimiento práctico del Derecho foral, la ignorancia de las fuentes, los errores en su interpretación y aplicación y su desarraigo de las costumbres (111). Quizás que, con estos datos

(108) Se ha dicho: "Nuestros foralistas suelen invocar, muchas veces con grandes excesos retóricos y sentimentales, la santidad de las costumbres locales, deleitándose en lo que podríamos llamar rústico conservadurismo. Se deleitan ante el hecho diferencial, ante el mínimo residuo muchas veces inobservado por la mayoría, ante todo lo que pueda revelar un sentir específico de la vida jurídica, el localismo. Desde un punto de vista objetivo, tales deleites y excesos sentimentales carecen de interés" (D'ORS, *De la "prudentia iuris" a la "jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, I. J. 1947, p. 80).

(108 bis) F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 2.^a ed., 1949, p. 378.

(109) Comp. PASCUAL, loc. cit., p. 68 y 69.

(110) Que ingenuamente alegró a Silvela, creyendo encontrar en ella el pulso de la nación, que no acertaba a sentir en otras ocasiones (comp. *Discursos*, p. 80).

(111) DURÁN Y BAS dice que no es bien conocido ni "aun por los propios" y que "no es aún patrimonio del común saber la doctrina que encierra" (voto particular, 8 junio 1885); "que las legislaciones especiales no son bien conocidas por los mismos que dentro del país las practicamos" (*Discursos*, p. 97); que "la mayor parte de estos documentos (fuentes), de necesario conocimiento general, lo son únicamente del corto número de aficionados a las investigaciones históricas", siendo indispensables "los trabajos doctrinales sobre estas instituciones (forales) para popularizar su conocimiento, hacerlas amar por los que no las conocen y rectificar conceptos por los que con más o menos ligereza las rechazan" (*Memoria*, p. LVII). FRANCO Y LÓPEZ afirma, sobre el Derecho aragonés, que "puede decirse que casi completamente ignoradas, por lo menos en sus principales fundamentos y en sus detalles más importantes, sus instituciones civiles. El conocimiento superficial que de muy pocas de ellas tienen algunos, se halla oscurecido y desfigurado por los más crasos errores" (*Memoria*

y los que pueda ofrecer la propia observación, no pueda llegar a decirse, sin más, que es una "cuestión artificial e impopular" (112); pero quizás ellos sirvan para ponernos en la buena pista que conduzca a la solución del enigma. Podría atenderse a estos dos datos: a) que el arraigo de las instituciones forales es desigual en los distintos lugares de un mismo territorio foral, es firme en las regiones montañosas y en algunos pueblos de pequeñas explotaciones campesinas, mientras las instituciones forales son indiferentes o mal soportadas en los grandes núcleos urbanos; b) que el motor de la reacción frente a la unificación ha sido la defensa frente a las disposiciones progresistas o reformadoras del Código y contrarias a las ideas políticas o a los intereses de las clases más poderosas de la región de que se trate (113).

d) *Consideraciones secundarias*.—También se alegan, con menos energía o aisladamente, estas otras consideraciones: 1.^a, que el régimen foral ha sido causa de la prosperidad económica de los territorios forales; 2.^a, que la variedad jurídica es el criterio más científico; 3.^a, que la ley para ser razonable "debe ser limitada a aquella más reducida manera de ser", no siendo en otro caso Derecho; 4.^a, que es el modo de proceder del Derecho canónico, respetuoso siempre de los privilegios locales; 5.^a, que nada auna más que los privilegios; 6.^a, que la unificación es una manifestación más del espíritu opresor de Castilla (114).

sobre las Instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés, Zaragoza, 1886, p. 12); MARTÍN BALLESTERO: "Es indudable que la difusión de los textos castellanos, aun de los que carecían de fuerza legal, como las Partidas, ha relegado a segundo término en los países de fuera el complicado estudio de sus leyes no recopiladas" (*Aragón ante la unificación del Derecho privado*, R. D. Pr., 28, 1944, p. 216. También LACRUZ, *Arbor*, 1948, p. 404; *Universidad*, 1948, p. 16). En fin las conclusiones del Congreso de Zaragoza.

Respecto al paulatino desarraigo de las costumbres, véase la dramática exposición de OTTO, *Derecho foral*, 1945, p. 65.

Sobre el origen popular del Derecho, puede compararse la observación de PLANAS Y CASALS: si a ello se une que "lo diminuto de la legislación foral de estas provincias (Cataluña y Navarra) hace que el Derecho romano sea su verdadero Derecho" (*Memoria*, p. 25. También VITORIA BURGOA en su citado estudio).

(112) "La cuestión es artificial e impopular, puesto que, encerrada en la zona de profesionales y los técnicos del Derecho, apenas si ha trascendido a la masa, que, embebida en sus preocupaciones vitales de la hora presente, sólo cuando el azar de la vida les obliga a plantearse el problema de la subsistencia de las leyes forales y su competencia legal con el Derecho común es cuando su sentido natural no puede reprimir su gesto de asombro. ¿A estas alturas alegar leyes medievales, romanas, canónicas... para enjuiciar un pleito vivo que nació en la entraña del hoy mismo! ¿Qué absurdo es éste que aun pervive entre el dinamismo de la moderna vida industrial, mercantil, regional y progreso jurídico y ético de nuestros tiempos?" (JIMÉNEZ ASEÑO, loc. cit., p. 21).

(113) Lo que apunta DURÁN Y BAS (*Discursos*, p. 89) y desarrolla ampliamente TRÍAS (*Conferencias*, p. 35 y sig.).

(114) MCNEVA (p. 170), DURÁN Y BAS (*Memoria*, p. XCIII-C) TRÍAS (*Conferencias*, p. 52 y sig.), PASCUAL (p. 71, p. 48, p. 75).

Otra observación no va frente a la unificación, sino al método de ella, es

Parece ocioso un examen detenido de estas consideraciones; bastará una somera indicación respecto a cada una de ellas: 1.^a, el hecho de la desigual prosperidad de las comarcas que están bajo el mismo régimen foral, y que la prosperidad de Valencia no ha cesado de aumentar desde la derogación de sus fueros; 2.^a, que la escuela histórica—en la que se apoyan—ni es la última palabra de la ciencia ni combatió la unificación; sólo opuso su falta de oportunidad; sus epígonos fueron, por el contrario, los inspiradores de la Codificación alemana y suiza; 3.^a, que la doctrina del bien común impone la subordinación de las comunidades menores a las superiores; 4.^a, que el Derecho canónico tiende a la supresión de los privilegios locales y no permite desviaciones en nada fundamental; 5.^a, que nada separa más que el ser privilegiado, respecto al no privilegiado; 6.^a, que no sólo no se aporta ninguna prueba de la opresión castellana, sino que se ha sostenido que la decadencia de Castilla se ha debido a los privilegios fiscales que se concedieron a otras regiones (115).

C) Conclusiones sobre la conveniencia de la unificación

De lo expuesto se deduce la respuesta, al parecer mejor, que cabe dar a la cuestión formulada. De un modo terminante, sin titubeos ni reservas, la contestó Durán y Bas, al decir que la conveniencia de la unificación “nadie la puede negar” (116). Añadía que lo que había de demostrarse, para ir a ella, era una necesidad. No cabe replicar con el fácil argumento de que lo conveniente no requiere llegar a ser necesario para que la prudencia lo imponga; pues la verdad es que la lógica no es aquí decisiva. Junto a las razones que se alegan de uno y otro lado, juega un factor de valor imponderable, el del efecto que por el propio

el negar la posibilidad de un “intercambio de instituciones”, “como si se tratase de mercancía” (PASCUAL, p. 69-70). Observación exacta, si se dirige a estigmatizar compromisos de toma y daca, pero no si se trata de buscar el “subtrato nacional” (Congreso de Zaragoza) o de dar valor general a una institución por reconocerse su excelencia. Es notable el afán de algunos foralistas (vide B. I. Congreso Zaragoza) de que las instituciones forales sigan siendo particulares (¿diferenciadoras?) y no se generalicen, mientras que para las grandes naciones es motivo de satisfacción el que su Derecho sea aceptado por otros países.

(115) El reparto de culpabilidades y méritos entre las regiones, respecto a la decadencia y grandeza de España, puede convertirse de juego de ingenio en fomento de vanidades localistas y, a la postre, en fuente de injustificados resentimientos. Tan responsable se es por acción como por omisión, y activa o pasivamente, en primera o última línea, los hombres todos de España hicieron nuestra historia; del mismo modo que las familias directoras del vivir nacional (nobles, políticos, financieros, alta burocracia) cuenta entre sus ascendientes a nacidos en las más alejadas regiones.

Sobre la “querrela de las regiones”, recientemente, con brillantez y pasión, ELÍAS DE TEJADA (F.), *Las Españas. Formación histórica, tradiciones regionales*, 1948, y PÉREZ EMBID, *Sobre lo castellano y España*, Arbor, noviembre 1948, p. 263-276.

(116) *Discursos*, p. 107.

Derecho foral sienten grupos influyentes de juristas, que simbolizan en él su cariño por el suelo natal. Este sentimiento no cederá, como sentimiento noble, sino ante otro de igual naturaleza. Podrá renunciarse al Derecho foral, como se ha renunciado con emocionadas y emocionantes palabras, en aras de la unidad nacional (117), del sentimiento patriótico (118), o bien por el sentimiento de justicia, en el deseo de lograr normas más justas y más ajustadas a los tiempos y circunstancias, o, en fin, por obra de ambos en la aspiración de implantar en toda España un mismo Derecho civil, que sea reflejo exacto de la idea católica y española de la vida. Este es el camino que parece haberse seguido en el Congreso de Zaragoza y el que parece haber triunfado allí.

2. Método aconsejable para la unificación

De todo lo dicho puede deducirse el acierto con que parece ha procedido el Congreso de Zaragoza, al señalar la finalidad de elaborar un Código general de Derecho civil y que su elaboración se dirija a hallar "el substratum nacional" y el del Decreto de 23 de mayo de 1947 que lo precisa en "los principios comunes en que se asentó el espíritu cristiano y nacional de nuestra unidad". El más grave error de nuestros codificadores, aunque no imputable a ellos (119), fué no haber integrado en el Código civil las instituciones de los Derechos forales, que muchas veces representan mejor que el Derecho castellano o el común a la concepción tradicional española, o el haberlas recogido al fin de modo parcial e inarmónico; es muy plausible que ahora se trate de subsanar esta tacha de nuestro Código.

En cambio, parece cuestionable el procedimiento que se ha propuesto y adoptado. Las dudas que sobre la bondad del método se pueden tener están basadas en estas reflexiones: 1.ª Que entregada la formación de las compilaciones forales a especialistas de los distintos territorios se corre el riesgo de que esa su misma condición les incline a la exageración de las diferencias y que, unas veces por falta de preparación en la crítica histórica y otras por natural simpatía, se aumente artificialmente la diversidad jurídica, creando obstáculos para la futura propuesta unificación (120). 2.ª Que los Apéndices que así resultaren con dificultad sa-

(117) SAVALL Y PENÉN, cuyas palabras se recogen en n. 53.

(118) Es de notar que el separatismo, que exalta el orgullo localista, estigmatiza al patriotismo de "orgullo nacional". Así, Moneva, p. 15.

(119) Por el general desconocimiento que se tenía del Derecho foral.

(120) El progresivo aumento de la "materia foral", en manos de los especialistas, se observa fácilmente. BERNÍ decía: "El *quid iuris* casi es conforme en todos Reynos; y digo casi, porque en dotes, donaciones y últimas voluntades hay alguna disimilitud, y en lo demás sólo hay que ver en lo ritual, que no es del caso" (*Instituta civil y real*, 3.ª ed., 1775, p. xxxix). ALONSO MARTÍNEZ pensaba recoger el sentido general, al decir que las diferencias esenciales entre la legislación general y los fueros se reducían a las legítimas, al derecho de viudedad y a la donación *propter nuptias*. *El Código civil en sus relaciones con las*

tisfarian a todos los foralistas, ya por su forma, ya por no ser probable el acuerdo sobre muchas cuestiones (121); mientras que los partidarios de la unificación tampoco quedarían satisfechos si en las compilaciones (122) se restablecían instituciones forales o se ampliaba su ámbito. 3.^a Que el sistema adoptado supone dos cambios de legislación, uno del régimen actual al de las compilaciones, otro del de las compilaciones al Código civil general, con la inseguridad jurídica, lesión de intereses y posibles injusticias que impondría la doble transición.

Parece recomendable otro sistema, apuntado también en las conclusiones (4.^a concl.) del Congreso de Zaragoza, menos brillante pero quizá más fructífera a la larga. Este sería: el estudio comparado de los varios derechos hispánicos por comisiones de juristas de todos los territorios (123), que en base de ellos redactarían proyectos de leyes generales sobre instituciones determinadas, a las que se daría efecto derogatorio respecto a las disposiciones correspondientes del Código y de los Derechos forales. A la vez, se haría un especial examen de la situación de las pequeñas explotaciones agrícolas y de la conveniencia

legislaciones forales, 1884, I, p. 46). Claramente DURÁN Y BAS (*Discursos*, página 106). El sistema de compilación, que parece incluso más amplio que el de "expresión sumaria", seguido por Durán y Bas, tiene el peligro—que indicara GONZÁLEZ (Jerónimo)—de las variantes superfluas con el Código civil, redactadas de distinta forma dos reglas de igual o parecido significado, originarán dudas y litigios innecesarios (comp. *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil* III, p. 77-78).

(121) Los errores de los tratadistas a que se refiere DURÁN Y BAS (*Memoria*, p. LVIII; DE LA FUENTE, *La interpretación de los Fueros de Aragón*, R. D. Pr., mayo 1945, p. 213). El sentido folklorista a que se refiere ROCA SASTRE (A. A. M. del N., I, 1945, p. 366), el "localismo" señalado por D'ORS (I. J. 1947, p. 80), y el peligro de la "mitificación" de las instituciones forales, creyéndose de buena fe que expresaban las ideas políticas o técnicas del autor (tan generalizado antes, hoy quizás algo menor, gracias al progreso de la investigación histórica), o dándoles un valor "carismático", postulando la general e indudable "bondad" de sus instituciones, aunque a seguida se admita la existencia de reglas que repugnen a la conciencia de un hombre civilizado (comp. LACRUZ en *Universidad*, 1948, p. 8, y en *Arbor*, 1948, p. 407).

(122) Porque quizás se recogerían disposiciones forales "que quizás no con- vendrá respetar" (DURÁN Y BAS, *Discursos*, p. 103); porque se haría una duplicación formal, incluyéndose normas iguales a las del Derecho común o que con facilidad podrían incluirse en él (GONZÁLEZ, J., loc. cit., III, p. 74).

VITORIA BURGOA añadirá que si se recoge el Derecho escrito foral se "apartará y anotará como Derecho en vigor leyes e instituciones sin arraigo, a veces olvidadas y a veces odiosas, que, al considerar vigentes y darles fuerza, ofrecerán a la región, para la que hace siglos fueron dadas, o que se incorporaron de Derechos extraños, un regalo y ofrenda que constituirá grave enfermedad y perturbación para quienes lo reciban" (loc. cit., p. 85).

(123) Grupos de juristas, al modo de la "Comisión mixta", que propusiera DURÁN Y BAS (*Discursos*, p. 96).

VITORIA BURGOA dice que "la meta, el blanco, el fin o aspiración económico-jurídica es el mismo para castellanos, aragoneses, catalanes y navarros"; que las diferencias existen sólo en las leyes: "que no responden en manera alguna al sentir de los ciudadanos que se hallan sometidos a tales normas", lo que sucede tanto respecto de las instituciones reguladas por el Código civil como en las forales (loc. cit., p. 7).

de dictar normas especiales sobre ellas, teniendo en cuenta las disposiciones forales, las enseñanzas de la práctica y la protección social de los campesinos (124). Claro es que para el buen éxito de tales tareas será preciso una colaboración sin recelos, el olvido del origen o "pintoresquismo" (125) de las disposiciones estudiadas y un gran espíritu de sacrificio para olvidar simpatías y preferencias personales y preocuparse sólo de encontrar las soluciones más justas (126).

En resumen, podrá concluirse diciendo que la unificación jurídica resultará tanto más fácil de lograr cuanto más alta se ponga la mira. Las componendas y arreglos, las recopilaciones locales, no disiparán los recelos ni satisfarán las necesidades de la realidad. Sería quizás factible lograr la cooperación de todos para una reforma total del Derecho privado, para que reflejase la concepción jurídica española y satisficiera a las necesidades actuales del pueblo español. Para lo primero se tendrían en cuenta todos los derechos hispánicos, sin valorar la mayor o menor extensión de su ámbito de aplicación o su carácter distintivo o singular, con el solo criterio de preferir a las instituciones intrínsecamente mejores por más adecuadas a la vida española. Derechos forales, Derecho de Castilla y Derecho común serían medidos por el mismo rasero, el de su justificación intrínseca (127). Para lo segundo, sería preciso abandonar la servidumbre respecto a las ideas extrañas a nuestro Derecho, reconocer decididamente a la persona su punto de centro del Derecho privado, dar a la familia su significado propio, a la que todos sus componentes, comenzando por su jefe, han de servir, uniendo estrechamente las relaciones personales con la organización económica de la sociedad conyugal y con el Derecho hereditario; determinar claramente el valor social de la atribución de derechos y "humanizar" el tráfico de bienes, conforme a sus funciones, al

(124) El buen camino ha sido señalado por ROCA SASTRE (*La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*, A. A. M. del N. 1, 1945 p. 335 y sig. en especial p. 337-340 y p. 372-377); también FUENMAYOR (*La mejora de labrar y poseer*, A. D. C., t. 3, 1948, p. 877, especialmente p. 920-921. Comp. URIARTE *Unificación del Derecho nacional*, R. Cr. D. I., agosto 1940, p. 437; febrero 1941, p. 79. y VITORIA BURGOA, loc. cit.). Importaría distinguir bien las unidades de explotación agraria, no sólo para impedir el irracionalismo de las unidades mínimas en la sucesión, sino también entre vivos y en caso de ejecución, creando una indivisibilidad que impida la creación de minifundios. También convendría estudiarse, para estas explotaciones, la ampliación de la trencalidad.

(125) MARÍN LÁZARO añora la "pintoresca variedad de nuestras instituciones locales" (R. G. L. J. 89, junio 1944 p. 685). ROCA SASTRE, en cambio, se queja de que en el Derecho foral "se resiente su estudio de una concepción excesivamente tipista, folklórica" (loc. cit. p. 336); también D'ORS (I. J., 1947, p. 80).

(126) Se ha pedido en este respecto que se "procediera a legislar para todos los españoles" (GARCÍA REVILLO, loc. cit., p. 106).

(127) Las comisiones preparadas por las comisiones forales (conforme al D. de 1947) podrán ser muy útiles, con tal que se las someta a la debida crítica y contraste y sobre todo, que no se haga cuestión de amor propio la defensa de cada una de las instituciones en ellas recogidas.

servicio de la persona, de la familia y de la economía nacional; en fin, dar valor normativo a la jerarquía de valores, en su natural subordinación para la realización de la justicia en la sociedad.

Podría añadirse todavía que la urgencia de la tarea y la necesidad de no demorarla no deben llevar a precipitadas improvisaciones; obra clave para la constitución de la sociedad española, decisiva para su vivir, debe calcularse con vigencia para siglos; habría que construir, como los antiguos arquitectos, con piedras de granito y huir de toda concesión a la moda, sea de tipo político o técnico.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

