

HISTORIA JURIDICA Y CODIGO POLITICO: LOS DERECHOS FORALES Y LA CONSTITUCION

Negar a una nación culta o a la profesión jurídica misma la capacidad de hacer un código (no tratándose con ello de formar un sistema de leyes nuevas en cuanto a su contenido, sino de conocer el contenido legal existente en su generalidad determinada, de concebirlo teóricamente con el aditivo de su aplicación a lo particular) constituiría uno de los mayores insultos proferibles contra la nación o contra la profesión.

G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821 (§ 211).

1. Puede perfectamente afirmarse que la historia se ha distanciado del derecho desde que existen Constituciones en su sentido estricto; si, con anterioridad, la labor de los historiadores podía de continuo incidir en el campo del derecho, hoy, fundado éste en una Constitución escrita, poco tendría que esperarse en dicho campo de parte de la historia. Matícese cuanto se quiera esta afirmación —al fin y al cabo, unas mismas leyes, doctrinas y costumbres pueden subsistir; o también: parte del Derecho político contemporáneo ha sido doctrinalmente construido desde una historiografía constitucional...—, pero su valor más sustancial habrá de permanecer: los principios del derecho que antes podían perfectamente derivar del debate histórico, ahora, tras las Constituciones, han de corresponder finalmente a una tarea más positiva, a una tarea no histórica. Puede perfectamente afirmarse que los historiadores, con las Constituciones, quedamos antes o después relegados a funciones de una incidencia social bastante reducida

Mas no parece quererlo así la actual Constitución; se diría que la misma pretende en cambio rehabilitar la tarea de los historiadores en el campo del Derecho. Comunidades autónomas que se suponen con «identidad histórica», «entidad regional histórica» o, al menos, con «características históricas» (arts. 143-1 y 147-2a), y

que pueden asumir competencias legislativas en el campo del Derecho civil en virtud de la existencia previa de unos derechos «forales o especiales» indefinidamente aludidos o no definidos conforme a su identidad escrita actual (art. 149-1,8), derechos que luego, con carácter más general, se declaran objeto de especial protección: «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales» (disposición adicional primera)... ¿No se diría con todo ello que nuestra Constitución ha querido resolver a su modo aquella crisis social de la historia —la conocida crisis de la historia del derecho— convocándola de nuevo al campo de los contenciosos políticos y jurídicos presentes, al área de la propia fundamentación y desarrollo de cuestiones actuales de primera magnitud?

Y son éstas atenciones para con los historiadores que aún podrán acentuarse tras la propia Constitución; véase, si no, el Estatuto vasco: la fijación de su propio alcance (art. 37-2: «lo dispuesto en el presente Estatuto no supondrá alteración de la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias de los regímenes privativos de cada Territorio Histórico»), la definición de alguna de las competencias de la nueva comunidad autónoma (art. 10-5: «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario, propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco»), o el mismo pronunciamiento de su disposición adicional en el sentido de que «la aceptación del régimen de autonomía... no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia...», etc. ¿No parece, según decimos, que la historia vuelve a ser constitución; que los historiadores volveremos a ser constitucionalistas?

El problema, sin ironías, está ahí; y el problema está ahí como una efectiva peculiaridad de nuestra Constitución que, de este modo, mediante esencialmente el reconocimiento tanto civil como —parece también— político de los «Derechos forales», resulta que no ha sometido a parte de la historia a su propia disposición o poder constituyente: esta historia —esta parte de la historia— pasa a ser constitución con todas sus intrínsecas dificultades y con todas sus incertidumbres científicas; con toda su inseguridad. Ahí está el problema: intentemos considerarlo respecto al referido tema

de los Derechos forales que ha de resultarnos ciertamente familiar a los historiadores del derecho.

Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4.º, libro 1.º [*De las formas del Matrimonio*].

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales.

CÓDIGO CIVIL, 1889 (art. 12).

2. Desde sus propios orígenes, el constitucionalismo contemporáneo en España se ha definido frente a la existencia de los derechos forales en cuanto que derechos históricos; o mejor dicho, éstos últimos, con su principio de legitimidad histórica, se han conformado contemporáneamente frente al proyecto codificador definido en las sucesivas normas fundamentales, frente a su principio también constituyente. Las constituciones que acudían a la fundación de un nuevo sistema jurídico y los derechos forales de determinación histórica —no otras posibles formas de derecho regional— eran, justamente, realidades antagónicas; las primeras nunca han reconocido o ni siquiera mencionado a los segundos, rechazándolos siempre implícitamente en su precepto de codificación del Derecho: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes», según manifestación, por ejemplo, de la Constitución de 1876¹.

1. Véanse los diversos artículos constitucionales referentes al tema en Alfonso GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, II, *Antología de fuentes del antiguo Derecho*, Ff. 169-171 (ed. Madrid 1973, pág. 110). El citado, de la Constitución de 1876, es el art. 75, añadiéndose que «en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales», todo lo cual procede de los últimos párrafos del art. 91 de la Constitución de 1869 y, con variantes secundarias, del 258 (más el 248) de la de 1812. Las Constituciones de 1837 y 1845 formulaban el principio de unidad de códigos sin salvedad alguna en su

«Sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen —precisamente— las leyes», salvedad que para algunos significaría, en cambio, que nuestra tradición constitucional reconoce de alguna forma un orden foral a ser de algún modo respetado por la unificación del derecho en los códigos², aunque más bien parece que tal cláusula constitucionalmente se refería a legislación especial de los territorios de Ultramar, y no a derechos históricos de los territorios peninsulares, los cuales, para la perspectiva constitucional, podrían ser atendidos sólo para su posible integración en el nuevo sistema o en la nueva planta de los códigos, por cuya promulgación, en cuanto que derechos históricos y en lo que aún pudieran subsistir, habrían de quedar definitivamente erradicados. Tal es incluso la composición del proyecto de constitución federal de 1873³; otra cosa, entonces, no se se concebía

propio artículo (art. 4; la salvedad aparecerá en un art. adicional, explícitamente aplicada a los territorios de Ultramar), llevándolo además del título «De la Administración de Justicia», donde aparece en aquellas otras Constituciones, al más importante «De los españoles» y sus derechos políticos.

2. Consideraba detenidamente la cuestión respecto a los primeros momentos del sistema constitucional, y llegando sustancialmente a la conclusión que a continuación recogemos pese a resaltar indicios regionalistas, Joaquín CAMPS Y ARBOIX, *Historia del Derecho catalán moderno*, Barcelona 1958, págs. 54-62; y quiere ahora todavía identificar aquí más claramente una vía de reconocimiento de los derechos forales Encarna ROCA TRÍAS, *El Derecho Civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los derechos civiles españoles en las distintas Constituciones y en la vigente*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, 1, págs. 7-36. Y parece desde luego que el foralismo menos identificado con la tradición constitucional tiene en cambio menos empacho en reconocer la realidad contraria; véase, por ejemplo, FRANCISCO SALINAS QUIJADA, *Derecho Civil de Navarra*, Pamplona 1971, I, págs. 301-305.

3. Lo reconoce E. ROCA TRÍAS, *El Derecho Civil catalán*, cit., págs. 10-11. Y la posible generalidad de tal composición en el constitucionalismo —digamos hoy— autonomista puede desprenderse de la amplia documentación de J. A. GONZÁLEZ CASANOVA, *Federalisme i autonomia a Catalunya, 1868-1938*, Barcelona 1974, y del hecho consecuente de que el autor, en su estudio, no trate la cuestión foral, sino en desafortunadas —y no menos desafortunadas por consabidas— alusiones como «elementos de castellanización» a las nuevas leyes generales del XIX, tan nuevas —comprendidas las Constituciones— para Castilla como para las otras regiones.

desde posiciones propiamente constitucionales⁴; el concepto de «derecho foral», como derecho particular de algunos territorios por razón de permanencia histórica, se había formado a lo largo del XIX al margen de las constituciones⁵.

4. Y también convendrá dejarse apuntado que no es otra tendencialmente la composición para el caso vasco-navarro; la Ley de 25 de octubre de 1839 confirma «los Fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía» (art. 1), instándose al Gobierno para que, oídas las provincias afectadas, proponga a las Cortes «la modificación indispensable» de tales fueros; en su cumplimiento, la ley ordinaria —luego dicha «paccionada» y «constitucional»— de 16 de agosto de 1841, entre otros extremos, admite Derecho navarro «hasta que, teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias del Reino, se formen los Códigos generales que deben regir en la Monarquía» (art. 2); y véanse los mismos testimonios históricos que aporta la interpretación diversa de Rodrigo RODRÍGUEZ GARRAZA, *Navarra de reino a provincia, 1828-1841*, Pamplona 1968, págs. 371-435 y 458-499; o sobre la más problemática continuidad de instituciones civiles vascongadas, una vez que no se llegó aquí a promulgar la ley de adaptación de Fueros prevista en 1839, interesa todavía Víctor FAIREN GUILLÉN, *El Fuero del Señorío de Vizcaya en lo civil durante los siglos XVIII y XIX*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 179, 1946, págs. 300-332. Para los otros territorios, como se sabe, y aparte el caso de Galicia (véase nota 11), el tema podía plantearse conforme a los llamados Decretos de Nueva Planta del siglo XVIII, pero véanse notas siguientes y 13.

5. Asume ya esta categoría de «Derecho foral» la enseñanza universitaria tras la frustración del proyecto de Código civil de 1851: «Historia e Instituciones del Derecho civil español, común y foral» es ya al menos disciplina del plan de licenciatura de 1857; pero es una historia por hacer ésta de la formación de la idea de «Derecho foral» antes de 1870 (fecha de su primera aparición legislativa, en la Ley de Matrimonio Civil), su idea contemporánea como derecho a subsistir por razones históricas tras los códigos, que es algo diverso a la institución de los derechos territoriales históricos anteriores al sistema constitucional; ambos conceptos suelen confundirse o asimilarse (y una expresión ocasional de Mayans sirve de nexo) sobre todo desde posiciones foralistas, soslayándose el problema; véase así cómo sigue abordando el tema en relación de continuidad con la problemática de la Nueva Planta E. ROCA TRÍAS, *El Código civil y los Derechos nacionales, en especial el Derecho civil catalán*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, 3, págs. 7-59, y escritos posteriores que citaremos. Y me parece que el matiz no carece de significación: las leyes generales del XIX (salvo los sabidos paréntesis no constitucionales hasta 1836) no rigen, por ejemplo, en Cataluña en virtud de los títulos de victoria militar del siglo XVIII y subsiguiente

Mas, pese a todo, es bien sabido que, finalmente, dicha cláusula de la Constitución de 1876 sirvió de hecho para salvarse los derechos forales; o mejor, sirvió para ello la desvirtuación o verdadero incumplimiento de dicho precepto constitucional⁶, pues, de suyo, no fue el Código allí previsto el que vino por fin a promulgarse —Código tras el cual, además, no habría cabido la subsistencia de derechos históricos no reducidos a ley⁷—, sino que, como pudo entonces ya resaltarse⁸, sólo se elaboró un Código particular de las «cuarenta provincias» donde podía entenderse que regía «derecho castellano» (comprendidas, desde luego, las gallegas y vascongadas), un Código de los territorios «no forales» junto al cual, y en tanto

imposición de la legislación real, sino en virtud de los nuevos principios constitucionales igualitariamente establecidos para todo el territorio y subsiguiente vigencia general de las normas parlamentarias; la alegación, entonces, del agravio de la Nueva Planta ha de considerarse jurídicamente irrelevante. Aunque, según habremos de ver, el problema ciertamente resurgirá con el Código civil.

6. Aprovechando los mismos intentos de la época de forzar la constitución vigente para mantener los derechos forales, E. ROCA TRÍAS, *El Derecho Civil catalán*, cit., págs. 11-13, piensa que éstos efectivamente parece que se reconocen en el referido artículo de 1876, pero el mismo, con variantes que mejoraban técnicamente su expresión sin modificar su sentido, repetía lo establecido en 1812, según dijimos. En todo caso, por la misma importancia de la cuestión foral ya en 1876, este punto todavía merece ulterior estudio.

7. Aunque en esto la Constitución ya se había incumplido a los pocos días de promulgarse; frente a lo que había sido el estilo más constitucional de las disposiciones de 1839-1841 (véanse notas 4 y 14) y contra la reserva de ley del citado artículo 75 de esta Constitución de 1876, la Ley de 21 de julio del mismo año facultaba enteramente al Gobierno para la determinación de las peculiaridades a respetar en las provincias vascongadas, procedimiento que, para mayor irregularidad, luego sirvió, no para fijarse finalmente dicho extremo—de reforma del «antiguo régimen foral» se hablaba, encomendándosela, anticonstitucionalmente como decimos, al Gobierno—, sino para introducirse novedades como la de un régimen fiscal privilegiado; y véase cómo la idea «pacticia» de «concierto económico» pudo introducirse subrepticamente tras nuevas quiebras de los imperativos constitucionales de 1876, en Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, *Fueros sí, pero para todos*, Madrid 1976, págs. 61-70 y 96-107.

8. Véanse particularmente los debates parlamentarios en E. ROCA TRÍAS, *La Codificación y el Derecho Foral*, en *Revista de Derecho Privado*, 1978, 4, págs. 596-642.

que no se había cumplido todavía —nunca se hará— el referido mandato constitucional, persistían en diverso grado los «derechos históricos» de los territorios correspondientes⁹: Navarra, Cataluña, Baleares y Aragón para el propio Código¹⁰. En la Constitución de 1876, como objetivo aplazado pero vigente, permanecía a su vez el principio codificador contrario a la subsistencia de derechos históricos que tampoco parece modificar —luego lo veremos— la misma Constitución de 1931.

No nos interesan ahora las razones de fondo de tan dilatado:

9. Resulta problemático este mismo extremo fundamental de la determinación de las regiones forales en el código, aunque ello ya no se atiende en estudios que han de mirar hoy a las compilaciones forales efectivamente promulgadas, entre 1959 y 1973, y al inmediato, de 1974, nuevo título preliminar del código; véase así Enrique LALAGUNA, *Ambito territorial de aplicación del Código civil*, en *Revista de Derecho Privado*, 1977, 3, páginas 311-328; o también, más pormenorizadamente, las aportaciones del mismo E. LALAGUNA, de Rodrigo BERCOVITZ y de Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, acerca del *Ambito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional*, en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBAI ADEJO, I, Madrid 1978, páginas 451-543.

10. Estrictamente en los antiguos artículos del Código 12 —citado en el texto— y 13 —«no obstante... este Código empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas», salvo sus actuales usos forales—, parece que deben considerarse excluidas, como tales regiones de derecho foral, tanto Galicia como las Vascongadas, puesto que, en otro caso, tendrían que aparecer también expresamente en el supuesto del artículo 13 (sólo Navarra y Cataluña se entendía entonces que tenían en el «Derecho romano» un verdadero Derecho supletorio —y con él un sistema jurídico— diverso al de Castilla, por lo que podían quedar excluidas de este segundo artículo, el cual no debiera explicarse, a estos efectos interpretativos, con anécdotas parlamentarias, como la conocida de la receptividad de los representantes aragoneses al Código). La opinión contraria procede de haberse tomado como relación de regiones de Derecho foral las que, a efectos precisamente de integración en el Código de peculiaridades territoriales que en parte pudieran evitar tras él dicha constitución foral, aparecen en casos como el de la base 13 de la Ley de 11 de mayo de 1888, lo cual hubiera debido aplicarse en correcciones que ya resultan desorientadoras de la versión del Código de 1889 (y véase también nota 17), como la del artículo 10, que salva la vigencia del Fuero de Vizcaya 20, 15, de forma que ya parece suponer su supervivencia general en la Tierra Llana, o la menos equívoca del artículo 1.611, que remite a una ley especial la materia de foros gallegos.

aplazamiento¹¹, como tampoco las de que, tras la guerra civil de 1936, sea la tendencia relativamente contraria —manteniéndose todavía un mismo objetivo final— de «codificación» de los propios derechos forales la que comience a imponerse; aquí sólo nos interesa ahora la circunstancia de que, aunque otra cosa a menudo se sugiera, el constitucionalismo era inequívocamente antiforal en el sentido señalado¹², pudiendo así resaltar la verdadera novedad histórica de la notable vocación foralista de la actual Constitución.

Referirse de una manera general a costumbres y Fueros abolidos tendría visos de una resurrección: aquéllos continuarían en el concepto vulgar como leyes del Estado, seguiría la misma confusión que hasta aquí, y quedaría frustrado el objeto de este Código o la unidad constitucional: sería echar nuevamente a los españoles al laberinto de que se les quiere sacar, y ensanchar el abismo que el Código civil debe cerrar.

F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852 (III, 256).

3. Mas no nos salgamos de nuestra historia. Con anterioridad, la cuestión foral, aun limitada al campo del Derecho civil, presentaba de hecho serias implicaciones constitucionales. Las constituciones, según decíamos, no podían concebir que los derechos civiles históricos subsistieran buenamente: su propia función constituyente había de proyectarse para la materia civil en la disposición de un Código que fundara, frente a la historia, su propio sistema; Código que, por supuesto, podría y debería aprovechar elementos

11. Respecto a un capítulo que, por su mismo peso en este punto, luego habremos de tocar, B. CLAVERO, *Foros y rabassas, 1811-1889*, a publicarse en *Agricultura y Sociedad*. Es el tema cardinal que, junto al político vasco, determinaría que definitivamente se considerase foral un territorio que, como hemos dicho, no parece serlo para el Código (si se hubiera promulgado a su tiempo la ley especial de censos prevista por el artículo 1.611, Galicia nunca hubiera sido región foral) y que tampoco podía alegar verdaderos fundamentos históricos en tal sentido; véanse las oportunas apreciaciones de Alfonso OTERO, *Sobre la Compilación del Derecho civil foral gallego*, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, XXXV, 1965, págs. 553-556.

12. No en el sentido de Derecho regional como lo utilizo (quizá equívocamente según me ha señalado Benjamín GONZÁLEZ ALONSO), en las conclusiones de *La idea de Código en la Ilustración jurídica*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 6, 1979, págs. 49-88.

históricos, comunes o particulares, pero asumidos éstos expresamente, sometidos a su propia posición. Incluso para los casos cuyo particularismo pudiera aceptarse, éste habría de determinarse por el mismo imperio de la ley, y no por la vía «foral» o de reconocimiento de derechos históricos donde la misma ley sólo podía venir a ocupar una posición muy subordinada. El Código también había de ser constituyente; la propia norma constitucional —sus supuestos o su sistema de creación del Derecho— resultaba en ello comprometida¹³.

13. Y tal es todavía la perspectiva del famoso decreto de Alvarez Bugallal de 2 de febrero de 1880, donde suele datarse inapropiadamente la admisión de los Derechos forales en el proceso de codificación civil: la llamada de representantes de los territorios más particularizados perseguía entonces dicho objetivo de su integración expresa en el mismo Código, lo cual todavía sigue pesando en el proyecto de Ley de Bases de Alonso Martínez de 27 de octubre de 1881 (con su negativa, además, a admitir como instituciones forales fuentes romanas y canónicas). Parece que hasta el proyecto de Silvela de 7 de enero de 1885 (del que derivaría la definitiva Ley de Bases de 11 de mayo de 1888) no cambia oficialmente de forma decidida dicha perspectiva hacia la de una verdadera admisión de Derechos forales no integrados en el propio sistema del Código; art. 5 de tal proyecto de 1885: «En las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, seguirán por ahora en vigor las leyes, usos, costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla...»; y el artículo 5 de la ley de 1888 recoge una fórmula acuñada en el debate parlamentario del proyecto anterior, fórmula que será la contenida en el citado art. 12 del Código. Y la doctrina hará el resto, no sometiendo tal salvedad al sistema constitucional (véase nota 17), entendiéndola, aun con su efecto limitado a la materia civil, por encima del desarrollo constitucional de las décadas anteriores, resucitándose con ello, entre otras historias que así recuperan fuerza jurídica, la Nueva Planta y sus circunstancias de imposición militar de un «Derecho castellano», con resultados finalmente tan incoherentes como el de una interpretación a tal punto generosa de dicho reconocimiento de Derechos forales que se extiende no sólo a la región gallega sino también a alguna comarca extremeña y al mismo tiempo tan insensiblemente historicista como para excluir a Valencia. Véase ahora esta perspectiva de carácter —por encima de las Constituciones— historicista ampliamente desarrollada en E. ROCA TRÍAS, *El Código civil como supletorio de los Derechos Nacionales Españoles*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1978, 2, págs. 227-286; o apréciese también, a efectos igualmente ilustrativos de una posición bien generalizada, en el manual de la misma autora, junto a Luis PUIG FERROL, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, I, Barcelona 1979.

Las constituciones, en suma, no podían concebir que, en los ámbitos más decisivos del sistema jurídico, se definiese un derecho sin la verdadera mediación del poder legislativo por ellas establecido, punto en el que cardinalmente venía a interferirse la cuestión foral, incluso si reducida, como decíamos, al Derecho civil. El mero foralismo siempre asumía, explícitamente o no, unas precisas implicaciones políticas: por él parecía cuestionarse el poder constituyente de la sociedad contemporánea y la relativa soberanía del poder legislativo constitucionalmente establecido; la historia, en las posiciones foralistas, siempre aparecerá de alguna forma situada por encima de un poder constituyente, de un principio enteramente político de creación del Derecho.

Aunque, en la realidad de los hechos, no hubo de tratarse de una simple contraposición entre determinación histórica y creación convencional del Derecho; en los ambientes foralistas podía desde luego tenerse plena conciencia de que la historia, en esta época de profundas transformaciones, simplemente no bastaba; aun en el seno del carlismo más tradicionalista ello habría en alguna forma de reconocerse: «Intrépidos catalanes, aragoneses y valencianos —podía así proclamar, desde el enclave vasco, Carlos VII en 1872—... Yo os devuelvo vuestros fueros porque soy el mantenedor de todas las justicias, y para hacerlo, como los años no transcurren en vano, os llamaré y de común acuerdo podremos adaptarlos a las exigencias de nuestros tiempos»¹⁴. La cuestión, a estas alturas, no

14. Véase en Evarist OLCINA, *El carlismo y las autonomías regionales*, Madrid 1974, pág. 102 (Manifiesto de 16 de julio de 1872). Y, dado su lógico interés tan sólo por los antecedentes de la España actual, sigue sin encontrarse documentación carlista en las actuales recopilaciones de material regionalista, entre las que cabe destacar la de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, E. ORDUÑA REBOLLO y R. MARTÍN ARTAJO, *Documentos para la historia del regionalismo en España*, Madrid 1977. Y no menos lógicamente, por análogas razones, pero aquí más justificadas, tampoco se recoge tal documentación en la clásica —y oficiosa— recopilación de José M.^a ESTECHA Y MARTÍNEZ, *Régimen político y administrativo de las Provincias Vasco-navarras. Colección de leyes, decretos, reales órdenes y resoluciones del Tribunal contencioso-administrativo relativas al País Vasco-navarro*, Bilbao 1902 (y 1918-1920, con apéndices editados en 1927 y 1935), pudiéndose advertir que en ella —guía hasta hoy en la materia— falta alguna de las disposiciones donde, tras la primera guerra carlista, más inequívocamente se

radica tanto en que el foralismo pudiera simplemente negar la legitimidad de una creación convencional del Derecho frente a la historia, como en la circunstancia más particular de que, desde el mismo, se impugnase la autoridad de un parlamento unitario español a dicho efecto.

Frente al parlamento español del momento, el foralismo, sin institución equivalente de creación del Derecho en su ámbito, afirmaba retrospectivamente la autoridad de otros parlamentos que, según entendía, crearon igualmente Derecho: la autoridad de sus respectivos, en su caso, parlamentos históricos. En palabras de Planas y Casals, el Derecho foral «fue obra y producto de las Cortes de aquellos reinos, fue un producto legislativo tan respetable como pueda ser uno que dimanase de las actuales Cortes españolas»; o como, durante los mismos debates de la codificación, diría también un senador navarro: «nosotros no tenemos más que las leyes hechas en Cortes por individuos elegidos popularmente»¹⁵. Y la idea parecía oponerse, cuestionándose su propio principio, a la labor del parlamento contemporáneo de carácter representativo en nombre de la pretérita de unos parlamentos de carácter —como se sabe— corporativo o eclesiástico y señorial: en defensa de sus «leyes» que no podían ser estrictamente tales para el sistema constitucional.

Desde las posiciones no foralistas, el tema podía justamente reducirse a una simple cuestión de poder constituyente y legisla-

declaró la desaparición del «pase foral» o inmediata vigencia en las provincias vascongadas de las leyes parlamentarias y disposiciones derivadas y que en la misma se califican, inapropiadamente, tras la tercera guerra carlista, como «conciertos económicos» disposiciones de otro carácter.

15. Véase en E. ROCA TRÍAS, *La Codificación y el Derecho Foral* cit., páginas 609-610 (Sesiones del Congreso de 10 de junio de 1885 y del Senado de 14 de febrero de 1889). Con lo que se conecta evidentemente el reverdecimiento de mitos como el de las «libertades aragonesas»; véase J. DELGADO ECHEVERRÍA, *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, Zaragoza 1976, págs. 159-238; Jesús LALINDE, *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza 1976, págs. 150-156; mitos que, de alguna forma, no han dejado de retornar; véase, por ejemplo, Adrián CELAYA IBARRA, *El Derecho foral de Vizcaya en la actualidad. Con un estudio preliminar sobre la Declaración de los Derechos Humanos y el citado Fuero*, Bilbao 1970, páginas 5-23, y confróntese Alfonso OTAZU, *El igualitarismo vasco: mito y realidad*, San Sebastián 1973.

tivo del Estado: «Lo que no se ha dicho nunca —podría así decir Gamazo refiriéndose intencionadamente a fuentes históricas no procedentes de Cortes, a fuentes del *ius commune* que seguían alegándose para Cataluña—... es que se pudiera por unas Cortes españolas, en una forma más o menos directa, al concluir el siglo XIX, proclamar como legislación de España un Código escrito a retazos por la autoridad eclesiástica en un idioma extraño, en la mayor parte de los casos inútil para los asuntos civiles, y otro Código en que amontonaron las sentencias de muchos sabios en un idioma también extraño y de pocas personas conocido», entendiéndose que tal revalidación de fuentes históricas supondría «la abdicación completa del Derecho»¹⁶. La cual, al fin y al cabo, era la idea que podía venir ciertamente presidiendo el movimiento codificador, según quedó por lo demás bien reflejado en los comentarios de García Goyena al proyecto de Código civil de 1851 que, aunque no evidentemente en este punto, estaría en la base del Código definitivo de 1888-1889¹⁷.

16. Véase en E. ROCA TRÍAS, *La Codificación y el Derecho Foral* cit., página 639 (Sesión del Congreso de 13 de junio de 1885, ante la admisión como «derecho foral» de tales fuentes en el citado proyecto de ley de bases de Silvela; y el tema era fundamental por cuanto, mediante esto, no tanto se cometía un anacronismo, como se dejaba la vía abierta para que algunos territorios, bajo tal referencia, reclamasen sistemas jurídicos privados: véanse notas 10, 13 y 30). Por su parte, E. ROCA TRÍAS, *El Código civil como supletorio de los Derechos Nacionales*, págs. 262-268 y 283-284, no encuentra razón en este género de escrúpulos y presume que el *ius commune* histórico puede ser, por encima de los códigos, un factor de integración de un sistema jurídico específico de la Cataluña actual.

17. Véase, en el texto, la cita capitular de este apartado, donde comenta García Goyena la prohibición de remitirse en general a un derecho foral en capitulaciones matrimoniales—art. 1.257 del proyecto de 1851—que, extrañamente—por admitirse ahora tal derecho—, se conservará sustancialmente en el código: art. 1.317. Y la grave confusión que preveía y quería conjurar García Goyena se produjo efectivamente en 1888-1889: el código, tanto en su art. 12 como—más claramente—en su disposición final derogatoria (art. 1.976), salvará los derechos forales, aún no recogidos todavía en cuerpos que hubieran podido supervisar mínimamente las cortes, bajo el calificativo de «leyes» (y «legislaciones especiales» era término usual en la Restauración para los derechos forales, sin esperarse al requisito de su revalidación parlamentaria que no dejaba de prever la misma ley de bases del código), lo que se mantiene en la misma edición corregida

Mas no se entienda, con todo ello, que el foralismo, empecinado en su propia afirmación, carecía de sentido para este tipo de elementales constataciones; o no se entienda que podía carecer de sentido constitucional o de espíritu liberal hasta el punto de asumir en su alcance literal aquella asimilación entre la tarea normativa de un parlamento representativo contemporáneo y la de un parlamento corporativo histórico. De la misma forma que ya podía venirle ocurriendo a otros efectos al propio liberalismo en general, a esta analogía se veía obligado el foralismo por unas determinadas circunstancias; por las razones sustantivas, en su caso, de que un Estado español centralizado confirmara su privación de Cortes particulares y constituyera su único parlamento sobre una base territorial así tan heterogénea que prácticamente impedía una verdadera representación de intereses regionales específicos, de unos intereses que podían encontrarse tan arraigados en una región como luego diluidos en un órgano representativo de ámbito mayor cuya progresiva democratización no resolvía mínimamente el problema. La misma invocación, más o menos forzada, de los parlamentos históricos podía así también servir para no cuestionar realmente el principio parlamentario de creación del Derecho en el rechazo de la función del parlamento existente.

Discutiéndose el Código y a efectos de repudiar sus más modestas posiciones, Romero Girón acusaba en el foralismo de Durán y

de 1889, que introduce, en el art. 12 (por enmienda de Durán y Bas), el respeto también expreso para un derecho foral de «régimen consuetudinario», de lo cual, estando ya en la redacción anterior claramente reconocidas las costumbres forales vivas en la fecha, deducirá la doctrina la consecuencia exorbitante de que con ello se permite la subsistencia, frente al propio título preliminar del código y a los mismos principios constitucionales, de sistemas de fuentes no legalistas en los territorios correspondientes; dicho proyecto de 1851, con más propiedad (art. 1.992, y aun prescindiéndose ahora de que no admitiese derecho foral: se trata de su calificación), declaraba que los fueros «no tendrán fuerza de ley» ni aun en el caso de que concuerden con el código: no son leyes si como tales constitucionalmente no se promulgan. El alcance de las correcciones del código de 1889 (bien distorsionador en nuestro tema: véase también lo dicho en nota 10) puede apreciarse en la edición de Jerónimo LÓPEZ LÓPEZ y Carlos MELÓN INFANTE, *Código civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, Madrid 1967.

Bas una especie de federalismo solapado: «Las consecuencias legítimas de este espíritu regional —decía así—, llevado a este último extremo, han de ser que la legislación especial de Cataluña se haga por el gobierno de Cataluña»¹⁸. Ciertamente que, entonces, las cosas se plantearían de otro modo: los foralistas más liberales no se verían entonces empujados a posiciones prácticamente antiparlamentarias. El propio Alonso Martínez, para defender la posición pragmática del Código, se manifestaría de forma bastante bizarra en la dirección que así se intentaba conjurar: «El Estado español —argumentaría— no puede alterar la legislación de un país extranjero, porque la acción del poder público en España, como en cualquier otro país, termina en las fronteras. Una razón análoga, no idéntica, es la que yo he tenido para creer que no podíamos ni debíamos establecer nada con relación a las provincias forales, porque nosotros no teníamos el derecho a poner nuestras profanas manos sobre el Derecho foral...»¹⁹; frustrándose con ello, con esta peculiar consideración como cosa sagrada de derechos históricos, los iniciales proyectos, más ajustados a la constitución vigente, de «discutir previamente en el parlamento las leyes especiales concernientes a las provincias de fuero»²⁰.

En suma, el foralismo ha atentado contra la relativa soberanía del parlamento y ha logrado desde luego una victoria a medias; el foralismo ha venido a encarnar, cualquiera que sea la posición política de sus representantes, una forma de impugnación del poder constituyente de la sociedad contemporánea y del poder legislativo del Estado constituido²¹, obteniéndose aquí efectivamen-

18. Véase en E. ROCA TRÍAS, *La Codificación y el Derecho Foral* cit., página 604 (Sesión del Senado de 26 de febrero de 1889).

19. Véase en E. ROCA TRÍAS, *La Codificación y el Derecho Foral* cit., página 607 (Sesión del Congreso de 17 de abril de 1889).

20. Es expresión de Silvela recordada por J. LALINDE, *Los Fueros de Aragón* cit., págs. 141-142, que tampoco está muy alejada de las previsiones más constantes, dentro de su veleidad (o de su ansiedad por apadrinar a cualquier precio el código), del propio Alonso Martínez, cuya posición final, de otra parte y según ya vimos, adelantó también Silvela, encontrándose entonces —en 1885— el segundo con la oposición del primero; véase E. ROCA TRÍAS, *El Código civil como supletorio de los Derechos Nacionales* cit., págs. 259-273.

21. Para la presentación más consecuente y mejor fundada del tema,

de la victoria de que tales poderes se detengan en dichas fronteras de los derechos forales; y, no alcanzándose entonces la consecuencia ulterior —consecuencia dentro de los principios del sistema político contemporáneo— del parlamentarismo regional que a su vez hubiera de superar dicho efecto, el tema entra en la vía que parecía anunciar Alonso Martínez, en una vía de difícil progreso y definitivamente ajena a los principios constitucionales o de creación del derecho del Estado contemporáneo: la vía de las comisiones ministeriales o de juristas que, supuestamente, redactan un derecho histórico pero que, de hecho, no pueden dejar de crearlo al haberlo de adaptar a unas nuevas condiciones que le son radicalmente ajenas, y no dejan de encontrarse con todo sin una neta facultad de decisión o autoridad a tal efecto, facultad y autoridad que, por la persistente presentación del derecho del caso como derecho histórico²², tampoco se le puede venir luego a reconocer real-

finalmente, Álvaro D'ORS, *De la «prudentia iuris» a la «Jurisprudencia del Tribunal Supremo» y al Derecho foral y El regionalismo jurídico*, ahora en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid 1973, págs. 55-85, no entrando en tales fundamentos en *Los Derechos civiles regionales en la España moderna*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Florencia 1977, II, págs. 935-941. Y para otros ejemplos en dirección sustancialmente no divergente e igualmente autorizados, Francisco ELIAS DE TEJADA, Rafael GAMBRA y Francisco PUY, *¿Qué es el carlismo?*, Madrid, 1971, págs. 111-172; Juan VALLET DE GOYTISOLO, *La esencia y principios del Derecho civil foral*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1970, número extraordinario del 75 aniversario, págs. 367-383. Y, pese al actual foralismo constitucional, creo que ha de reconocerse que no se encuentran verdaderas teorizaciones de otro signo de este fenómeno, pudiendo incluso pensarse que el foralismo—como algo en suma ciertamente diversos tanto al nacionalismo como al autonomismo—implica tal tipo de supuestos; confróntese así José Luis LACRUZ BERDEJO y J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Fuentes e interpretación del Derecho civil catalán*, en *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona 1972, págs. 184-202, los trabajos de J. LALINDE citados a continuación, o los continuamente aludidos de E. ROCA TRÍAS.

22. Desde una perspectiva que viene precisamente a subrayar la entidad historicista del fenómeno foral interesa la constatación del «antihistoricismo» sustantivo del «derecho foral» compilado actual por J. LALINDE, *Estudio del art. 1.º de la Compilación del Derecho civil especial para Cataluña. Alerta a la Escuela Histórica*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1961, 2, págs. 249-272; *La creación del Derecho entre los españoles*, págs. 372-376, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, XXXVI, 1966, págs. 301-377. ¿Y

mente al parlamento en su posible labor de supervisión o de mera ratificación de dichas tareas ²³.

El tema del Derecho foral, que así acaba por enquistarse en su función de signo antiparlamentario, entra por dicha vía que, no en balde, alcanzaría verdadero desarrollo y produciría sus más grandes frutos durante un régimen bien poco parlamentario, entre 1959 y 1973 ²⁴; tras lo cual se producirá aquella notable novedad histórica de la aparición de los Derechos forales, positivamente considerados, en la Constitución parlamentaria de 1978; la novedad de su verdadera consagración constitucional.

Les invasions del Dret castellà provocaren una reacció cada cop més vigorosa a favor de les nostres lleis. S'esposaven les seves excel·lències, s'annotaven les apologies de l'escola posi-

hasta qué punto la deshistorización que se lamenta no es inevitable, reflejándose en ella la radical —y por lo general poco reconocida— transformación contemporánea de los derechos forales, pese aquí a la resistencia más acentuada —y por ello de difícil ajuste dentro del sistema constitucional— de la compilación navarra? Y puede constatarse el peso doctrinal de esta resistencia historicista, por ejemplo, en Juan GARCÍA GRANERO, «Fuero Viejo» y «Fuero Nuevo» de Navarra, en *Anuario de Derecho Foral*, 1, 1975, páginas 131-216, o en José Antonio DORAL, *Prelación de fuentes en Derecho navarro*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1974, 1, págs. 25-66.

23. Y puede verse la preocupación porque no siempre se haya excluido por completo la intervención parlamentaria (que efectivamente se suprimiría, dentro de lo que entonces cabía, en 1973, para la compilación navarra), de Javier NAGORE YARNOZ, *Procedimiento de aprobación y modificación de las Compilaciones forales, con especial mención del procedimiento para la futura Compilación del Derecho privado foral de Navarra*, en *Anuario de Derecho Aragonés*, 14, 1968-1969, págs. 579-584. Y el caso de la compilación navarra, promulgada realmente por «ley» de la Jefatura del Estado «en virtud de las atribuciones que me concede la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica del Estado» (esto es, por los decretos de guerra todavía, en 1973, vigentes), viene siendo presentado como supuesto de aplicación de un «régimen paccionado» en la misma promulgación de las normas.

24. Todavía en 1977 se regulaba y se estudiaba el tema como si de una mera cuestión técnica de comisiones de juristas se tratase, sin atención a la bien previsible incidencia en la materia de un inmediato período constituyente; como si la cuestión resultase políticamente indiferente. Véase así Francisco de ASÍS SANCHO REBULLIDA, *El futuro de los Derechos Forales*, ahora en *Estudios de Derecho Civil*, Pamplona 1978, págs. 637-650.

tivista de Le Play sobre la nostra organització familiar, es vindicava l'hereu, es posava de relleu la missió econòmica i el valor social de l'emfiteusi, s'exaltava amb entusiasme la llibertat de testar... Catalunya tenia aqueix esperit nacional misteriós que, al devallar dels segles, va infantant i renovant el Dret i la llengua.

E. PRAT DE LA RIVA, *La nacionalitat catalana*, 1906 (III, 5).

4. Pero volvamos, de nuevo, a nuestra historia. Anteriormente, según pudo comprobarse bajo la Constitución de 1931, la creación de parlamentos regionales —aquella consecuencia de las posiciones foralistas de que antes hablamos— parecía anunciar precisamente la extinción final de aquellos derechos forales en cuanto que derechos históricos; entonces parecía que justamente podía evacuarse la cuestión foral al haberse ya de plantear el extremo de las peculiaridades regionales desde una perspectiva parlamentaria o propiamente constitucional que, según lo que venía ya a significar inequívocamente el término, sería con todo no foral. Entonces el foralismo podrá sustentarse todavía, pese a todo, en una forma de reacción frente a la legislación de los nuevos parlamentos más democráticos; de aquí al menos, ahora, el planteamiento del tema en el caso catalán, único ejemplo histórico de funcionamiento regular de esta nueva composición²⁵.

25. La constitución de 1931 también guarda silencio sobre el fenómeno foral, no atendiéndolo ni civil ni políticamente; en la misma se admite sencillamente la atribución a los parlamentos regionales de la legislación civil salvo ciertas reservas del Estado (art. 15-1: «... la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal...» o derecho interregional), en cuya composición se sitúa apropiadamente el estatuto catalán de 1932. En el caso del estatuto vasco de 1936, que en principio tampoco se sitúa en otra perspectiva, surge en cambio el tema foral, pero esto, primariamente, para dejarse bien sentado que la competencia regional en materia civil no ha de entenderse limitada de otro lado por la existencia de derecho foral (art. 2.º, 4b, 1: «Legislación civil en general, incluso en las materias reguladas actualmente por el Derecho foral, escrito y consuetudinario, y el registro civil. Todo ello con las limitaciones establecidas en el núm. 1 del artículo 15 de la Constitución»), aunque también aparece aquí luego alguna referencia más historicista a un incierto «Derecho foral vasco». Reservas análogas a las de 1931 aparecen en la actual constitución (art. 149-1,8), pero ello dentro de una composición bien

Defendiendo en 1933 la propuesta de promulgación por el parlamento catalán de un cuerpo «foral» de Cataluña que sustancialmente respondía a proyectos anteriores al mismo Código civil, d'Abadal podía afirmar que «amb tots els defectes que pugui tenir l'apèndix a que em refeixo, sempre serà cosa nostra, mentre que el dret que avui se'ns imposa no es nostre, ens és estrang»²⁶, manifestando así la posición «regionalista» de la Lliga con su preocupación del momento, no desde luego ante el Código bien poco decisivo de 1889, sino ante nuevas leyes como las de reforma agraria; con su preocupación sobre todo en defender, mediante la apresurada «codificación» de este «derecho histórico», la constitución dominical de las rentas agrarias en su peculiar «contrato» de rabassa frente a la posibilidad ahora factible de que tal derecho pudiera justamente reducirse a una hipoteca redimible por los campesinos rabassaires, finalmente propietarios. Y los sectores sociales que hasta entonces se habían beneficiado de la subsistencia más incontrolada de «derecho foral» y que reclamaban ahora su «codificación», reaccionarán al año siguiente ante la propia legislación agraria del parlamento catalán, legislación favorable a dicha redención de las rabassas, acudiendo al gobierno central en solicitud de que se anulasen tales medidas mediante la rigurosa aplicación de los límites constitucionales de las facultades legislativas regionales; según su parecer, que vendría a imponerse, dichas medidas afectarían, entre otros extremos, a «las bases de las obligaciones contractuales» cuya regulación constitucionalmente competía al parlamento central²⁷. Y esta reserva de los fundamentos del sistema con-

diversa: limitándose ahora la competencia sobre derecho foral que, en su caso, corresponde al parlamento regional; allí se lograban competencias sobre materia foral porque se recibían en general respecto al derecho civil; aquí se pueden obtener competencias en derecho civil en virtud y en función de que se reciben sobre derecho foral (y véase nota 28).

26. Véase en E. ROCA TRÍAS, *El Derecho Civil catalán* cit., págs. 17-18. Y no hará falta advertir que venimos aquí utilizando el término *foral* en su acepción común, independientemente de que en algunos territorios, como Cataluña, se prefieran otro calificativos estimándose éste demasiado restrictivo, por cuanto que tal cambio de calificación, según podemos venir comprobando, no supone por sí mismo superación de la problemática foral.

27. Puede verse, desde diversas perspectivas, Albert BALCELLS, *El pro-*

tractual establecida, entre otras miras, para la definitiva superación de los problemas agrarios gallego y catalán, mediante la ordenación más liberal de sus contratos, o más homogénea con la de las restantes regiones, vino así a aplicarse en dirección exactamente contraria. Así se defendía, volviendo la Constitución contra sí misma, un «Derecho foral».

Mas, dentro de la constitución y de su desarrollo más consecuente, el complejo foral tiende a desaparecer²⁸. El mismo proyecto de un Código civil catalán puede ya plantearse sin servidumbres arcaicas y sin obsesiones por el mantenimiento de la pecu-

blema agrari a Catalunya, 1890-1936. La qüestió rabassaire, Barcelona 1968, páginas 215-258, y J. CAMPS I ARBOIX, *El Parlament de Catalunya, 1932-1936*, Barcelona 1976, págs. 121-155 y 312. Por su parte, E. ROCA TRÍAS, *El Derecho Civil catalán* cit., págs. 15-16, trata el alcance de la reserva central de la legislación sobre «las bases de las obligaciones contractuales», minimizándola, sin recordar este supuesto de su aplicación; en análogo sentido, José Javier LÓPEZ JACOISTE, *Constitucionalismo y Codificación civil*, página 605, en Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y otros, *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid 1978, II, págs. 581-612; o véase también cómo, recordándolo en su caso, considera poco interesante dicho supuesto a nuestro problema J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, págs. 326 y 343-344, en Manuel RAMÍREZ y otros, *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza 1979, págs. 312-352. Trabajos éstos, de otra parte, por supuesto fundamentales para la problemática referida en el último apartado de nuestro texto.

28. E. ROCA TRÍAS, *El Derecho Civil catalán* cit., pág. 25: «En realidad, pues, con la Constitución desaparece definitivamente el derecho foral, para pasar a ser derecho civil de la comunidad autónoma de que se trate, en este caso, de Cataluña», afirmación que hace, empero, respecto a la constitución actual, y no a la de 1931, cuando creo que, si nos atenemos a las normas (o también al mismo testimonio del manual citado de esta autora, donde tal idea no deja de repetirse), la realidad puede ser precisamente la inversa. En el sistema actual, diversamente que en el de 1931 (véase nota 25), resulta incluso concebible la apreciación, en su día, de inconstitucionalidad en leyes regionales contrarias a instituciones de derecho foral comarcal, provincial—así también de Navarra si se integra en la comunidad vasca—y regional, en estricta aplicación tanto de la constitución (y no se diga que el término «foral» se usa con diversa significación en su texto y en las adicionales: ello, en la norma, no consta) como, en dicho ejemplo, del mismo estatuto vasco (artículos citados en el primer apartado de nuestro texto); en Cataluña, desde luego, la cuestión podrá desenvolverse de forma más pacífica, pero conviene no recaer en generalizaciones que desatiendan los distintos supuestos del problema.

liaridad como tributo a la historia: «El Govern té sobre aquest punt —se proclamaria así en diciembre de 1932, en el programa del primer gobierno de la Generalidad— el criteri que aquest Codi civil estingui d'acord amb el Codi civil de la República, realitzant així una obra d'unificació: mantenint totes aquelles institucions molt arredades en la nostra manera d'esser, però fent desaparèixer totes aquelles altres que no son adients amb l'esperit del nostre temps i que conserven un regust feudal»²⁹.

El Derecho foral o histórico ya no era con todo el problema: el parlamento no había desde luego de aplicarse, como las tradicionales comisiones, a su fijación más o menos oscuramente manipulada en puntos cruciales como el aludido de la condición de los rabassaires; ahora, el parlamento no había por supuesto de plantearse si, según el derecho histórico, la rabassa transfería o no la propiedad —cuestión, por lo demás, perfectamente insoluble en estos términos—, sino que, más sencillamente, se enfrentaba con la cuestión social correspondiente y legislaba sobre ella creando los derechos oportunos: los rabassaires, en su caso, serían propietarios por disposición de la ley, no por determinación del derecho histórico; o dicho de otro modo: por decisión de una mayoría parlamentaria democráticamente establecida, no por fijación de unos datos históricos profesionalmente manipulados por la doctrina. Y con otros temas de «Derecho histórico» catalán, como el de la capacidad de la mujer casada, podía y vino a ocurrir otro tanto: se resuelven por determinación parlamentaria y no por imperativos más incontrolados o menos transparentes. La cuestión foral ahora, despejado ya el panorama de los derechos regionales, se puede revelar finalmente como un motivo de reacción solapada frente a los principios generales de la soberanía parlamentaria en el Estado contemporáneo; un motivo entre otros, desde luego³⁰.

29. Véase en E. ROCA TRÍAS, *El Derecho Civil catalán* cit., pág. 19, sin hacerse notar mínimamente la implicación social del tema. Y sobre la idea del código catalán en la II República, J. CAMPS Y ARBOIX, *Historia del Derecho catalán* cit., págs. 213-217.

30. Que, dentro de posiciones constitucionalistas de tendencia —digamos— centralistas, los políticos conservadores no tuvieron en último término especiales dificultades en admitir el foralismo civil atentatorio contra la institución parlamentaria (solapadamente entre 1845 y 1868, o ya abier-

Mas, para la actual Constitución, según venimos repitiendo, ello no resulta mínimamente así: tenemos parlamentos, en su sentido propio, y tenemos, a un mismo tiempo, derechos forales en su sentido histórico. He aquí el tema; he aquí el árido tema que viene a plantearse tras toda la historia anterior.

El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias... 8.º Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

tamente desde la Restauración) no es de extrañar por cuanto que ello podía venir a sumarse a otros motivos políticos de análoga valencia, ya iusnaturalistas, ya historicistas, ya —lo que resulta más común— de ambos órdenes a la par (la obra del mismo Alonso Martínez resulta paradigmática a tal efecto). Respecto al historicismo más general con el que mejor pudo conectar el foralismo aborígen por su análoga adopción de la historia sin un repudio real de los imperativos sistemáticos, autónomos y legalistas del derecho contemporáneo y por su resolución última también común en las manipulaciones de la doctrina, y su presencia efectiva entre nosotros, puede verse ahora especialmente, con otra perspectiva según ya dijimos, J. VALLET DE GOYTISOLO, *La influencia de Savigny en la escuela jurídica catalana del siglo XIX*, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 7, 1979, págs. 67-131. Mas, al contrario que el historicismo alemán de referencia, no puede ocultarse que nuestro historicismo foral resultó a la postre de bien corto alcance: reanimó unos títulos de distinción sin verdadera capacidad de construcción jurídica, faltando con todo un verdadero pandectismo foral en el que podía realmente fundarse, en casos como el de Cataluña o el de Navarra (véanse notas 10 y 16), un sistema jurídico propio y privativo; y recuérdese que, en momentos de mayor realismo como en *La nacionalitat catalana* de Prat de la Riva, se invocaba la Escuela Histórica más por su romanismo importable a Cataluña —por el sistema jurídico no nacional que construía para la sociedad contemporánea— que por los motivos más nacionalistas —y también más anacrónicos— basados en la costumbre o en la historia.

La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogado el Real Decreto de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya.

En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876.

CONSTITUCIÓN, 1978 (art. 149-1,8 y disposiciones adicional primera y derogatoria segunda).

5. Pero permanezcamos en la historia; no invadamos aquí el terreno positivo de los constitucionalistas y de los civilistas. Quede a los primeros el difícil problema de la confusión entre los principios constitucionales de las autonomías y los principios históricos de las foralidades; problema que, por ejemplo, en virtud tanto de la disposición adicional primera como, más sustantivamente, de la cláusula final del apartado octavo del artículo 149-1 de la Constitución, habrá forzosamente de plantearse en casos como el de Navarra, con su régimen «paccionado» de difícil demostración histórica pero claramente reconocido en su Código foral, y con su peculiar —y contradictorio con la Constitución, aún acorde con una historia que podría igualmente detectarse en otros territorios³¹—

31. Y ésta es, finalmente, una cuestión que merecería desde luego un análisis más sustantivo o institucional; de la misma forma que la prevalencia de la costumbre sobre la ley, otros motivos de derecho foral (desde la rescisión por lesión y la consiguiente problemática del justo precio de derecho catalán hasta los institutos de patrimonio familiar de otros territorios) pueden realmente encontrarse en la historia de casi todas las regiones, habiéndose convertido en derecho peculiar de algunas —sin fidelidad a su entidad histórica, pero éste también es otro tema— gracias, finalmente, al espejismo creado por el mismo código de reducción retrospectiva a «derecho castellano» del derecho contenido en las leyes verdaderamente generales anteriores al propio código, subvirtiéndose con ello el desarrollo habido hasta el momento del nuevo orden constitucional. Y la posible inconstitucionalidad actual de instituciones de derecho foral, pese al propio reconocimiento constitucional de este derecho (y habida cuenta sobre todo que el título primero «De los derechos y deberes fundamentales» ha de prevalecer sobre los restantes, según la propia constitución), ya puede apuntarse también en otros casos; véase así en los citados *Comentarios* dirigidos por M. ALBALADEJO, XXXII, Madrid 1979, pág. 95, en el de Ramón

sistema de fuentes o de creación del derecho consagrado en la misma compilación y, mediatamente, por la propia Constitución, pese además a su derogación expresa de la ley (y no decreto) de 25 de octubre de 1839 que, no pudiéndose entender respecto a su disposición directa de admisión de fueros dentro de «la unidad constitucional de la Monarquía», habría tal vez de extenderse al régimen navarro, contemporáneamente basado en la ley de 16 de agosto de 1841 que se fundamenta, desarrollándola, en la anterior. Quede a los constitucionalistas la clarificación de este género de problemas.

O quede a los civilistas la cuestión no menos ardua de los nuevos rumbos de unos derechos forales cuya «conservación, modificación y desarrollo» competirá, en su caso, a unas comunidades autónomas que, pareciendo que no han de atenerse a sus respectivas compilaciones, tenderán a darle la mayor amplitud a su cometido en este campo a efectos de asumir, por tal vía indirecta, competencias más claras y completas en la materia civil sin más. Quede a ellos el problema no poco delicado ahora de la determinación de un concepto siempre tan problemático como éste de «Derecho foral», y de su potencial nuevo alcance tras su encomendación a unas comunidades cuyo territorio no siempre coincide con el de su vigencia y cuya ciudadanía política no se define de la misma forma que la condición foral. Quede a los civilistas la cuestión central de que la norma fundamental ampare expresamente ahora, frente a la tradición constitucional, a derechos particulares históricamente definidos y no a Códigos generales parlamentariamente establecidos.

Y quede tanto a constitucionalistas como a civilistas, quede a juristas positivos, la cuestión de que los límites del Derecho foral antes fijados en el Código —ley ordinaria, al fin y al cabo— aparezcan ahora más ampliamente —aunque tampoco exhaustivamente— definidos en la Constitución, bien que complicado notablemente el tema por el reconocimiento acto seguido de la vigencia en materia de fuentes de unos derechos forales que podía

CARBALLAL PERNAS al título de la compañía familiar gallega, en razón de su muy escasa consideración de la persona individual como sujeto de derecho, no menos patente además en la compilación navarra.

entenderse con ello no haberse exactamente atendido a tales limitaciones. Quede en fin a unos y a otros esta cuestión con todo bien compleja de la delimitación de competencias legislativas en el campo civil entre parlamento central y parlamento regional de territorio foral, a la luz no sólo del ya de por sí enrevesado apartado de la constitución sobre la materia, sino también de unas normas estatutarias que ya han comenzado a desbordar dicha regulación con cierto apoyo en las otras expresiones foralistas de la misma constitución.

Pero, en cualquier caso, puede finalmente subrayarse que, si ciertamente la historia invadiría el terreno de la doctrina o —si se prefiere— de la ciencia jurídica con el tratamiento de dichas cuestiones, también debe apreciarse que, con todo ello, la doctrina ha de invadir forzosamente el terreno de la historia para situar apropiadamente los extremos del caso, analizarlos en su significación presente y valorarlos para el mismo futuro del sistema jurídico establecido. ¿Y cuántos mitos o verdaderos falsos históricos no gozan hoy de autoridad en la doctrina respecto a este tema de los derechos forales? Relacionarlos, tras las páginas anteriores, resultaría seguramente reiterativo. He aquí, al menos, un terreno de confluencia en una misma y necesaria ciencia jurídica de una historia y una doctrina del derecho: dejarlo apuntado, en esta ocasión, no estará seguramente fuera de lugar.

BARTOLOMÉ CLAVERO