

Derecho civil gallego

1. Hace algunos años publiqué un trabajo sobre el llamado derecho foral gallego, lleno de reservas donde, eso me parece, no he logrado exponer con la claridad debida mi planteamiento, si se me ha pedido que vuelva a ocuparme del tema¹. Probablemente todo nace de una cierta incomprensión. No he logrado explicarme claramente –cosa que no pongo en duda–; para agotar todas las posibilidades, quedan también abiertas otras alternativas: o no he sido entendido o no se ha querido entender que no querer hablar, como historiador del derecho, del presente, no significa no vivir ese presente; hay otras posibilidades, reconocer, por ejemplo, que mis opciones de presente no son una consecuencia ineluctable del pasado y, así, no hay razón alguna para hablar de ellas como algo que se debe cumplir como consecuencia de misteriosas leyes históricas.

Cuando se exigió al tercer estado que invocase los derechos que tenía para exigir lo que exigía, la respuesta honesta del tercer estado fue reconocer que carecía de todo derecho; en esa carencia de todo derecho estaba, precisamente, el fundamento de su exigencia –reclamaba como propia la soberanía detentada por el rey–. Cuando uno en sus opciones de futuro –algo que está por llegar– arriesga –metafóricamente, esperemos– su vida, carece de la perspectiva necesaria para hacer la historia de nuestro presente, algo que está *in fieri*. El historiador puede comprender el pasado histórico cuando éste se ha realizado ya; por eso el historiador no participa de aquella zozobra, de la que hablaba Marrou, si la memoria no me es infiel, que aqueja a los contemporáneos, a quienes están haciendo su vida sin saber lo que les deparará el futuro; el pago de no ser partícipe de esta zozobra es renunciar a hacer la historia del presente en su doble dimensión.

¹ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «El Código civil (español) y el (llamado) Derecho (foral) gallego», en Carlos PETIT (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, 1990, pp. 271-359.

Uno aspira a ser un jurista de la escuela de Bosch –no se debe tener en cuenta ninguna opinión que no se apoye en una ley (norma jurídica)– o, en todo caso, aspira a formar parte de aquellos juristas que en tiempos no tan lejanos distinguían entre su análisis razonado del derecho del presente y sus propuestas de futuro –de mejora– que acogían en un apartado especial bajo el título *De lege ferenda*. Pero para hacer esto hay que desdoblarse y, por esta razón, dedicándome a la historia del derecho, me refugio en el pasado y no debo ocuparme ya de proponer nuevas soluciones, de abrir una sección *de lege ferenda*.

Me he desdoblado en mis pastorales; no he hablado en ellas como historiador del derecho sino como un ciudadano que –como aquel ciudadano griego que, como no sabía escribir, le pidió sin conocerle, al parecer a Pericles que le rellenase la concha con la cual aspiraba a enviarle al ostracismo sin otra razón que la de estar harto de verle siempre en primera fila– muestra sus predilecciones, intentando razonarlas; puedo así resumirlas y como son preferencias, no tengo por qué demostrarlas, ya que cada uno construye su futuro desde determinadas creencias y, en principio, todas estas creencias son dignas de respeto, especialmente cuando las invocadas no tienen efecto alguno sobre terceros, cosa que por el contrario tienen las creencias que se afirman con violencia y que se imponen a quienes no las comparten².

Mis creencias son mías y no las comparto sino con quienes quieren compartirlas. No vivimos en una democracia, sino en una oligarquía de la peor especie. El dictador ha muerto en la cama y sus sucesores han llevado a cabo un derribo controlado de todo aquel montaje. Han establecido una democracia formal bajo la cual se esconde una oligarquía real de acuerdo, en principio, con la distinción clásica entre constitución en sentido formal y constitución en sentido material, haciendo en este sentido un especial uso de la *fictionis juris*, instrumento ineludible en manos del jurista. Una pregunta que quedará sin respuesta y que el lector responderá desde su particular situación: ¿es posible que un país tenga una constitución material y una constitución formal que no coinciden?

Si me limito al aspecto formal, el preámbulo de la Constitución Española de 1978 señala que «la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía proclama su voluntad de: (...) En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica lo siguiente».

Desde mi punto de vista, esta formulación subraya ese aspecto de *fictionis juris* que encierra la invocación de la nación española. Haré una simple comparación. En la Constitución de la República española de 9 de diciembre de 1931, se establece lo siguiente: «Como Presidente de las Cortes Constituyentes, y en su nombre, declaro solemnemente que éstas, en uso de la soberanía de que están investidas, han decretado y sancionado lo siguiente: España, en uso de su sobe-

² Me remito con carácter general y de una vez por todas a las «Cartas del Director», en *Initium* 1 (1986) ss., y con esa misma generalidad, a la exposición realizada en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho* IP², Madrid, 1996, donde se encontrarán, en su caso, los fundamentos no invocados en esta ocasión.

ranía, y representada por las Cortes constituyentes, decreta y sanciona esta constitución».

Aquí nos movemos dentro de una determinada tradición, con la distinción entre Cortes Constituyentes y Cortes ordinarias; aquellas ejercen una soberanía, que no les es propia, sino que pertenece al pueblo español, que es el soberano; éstas, las Cortes ordinarias carecen de soberanía, ejercen el poder legislativo que el soberano –el pueblo español– le ha atribuido dentro del marco de la Constitución.

Si la actual Constitución hubiese señalado que «las Cortes proponen y el pueblo español aprueba», una fórmula que se asemeja a aquella empleada en la Roma clásica, cuando el pueblo aprobaba o rechazaba las leyes, aunque no podía introducir modificaciones en su tenor, se hubiesen salvado las formas aunque no se hubiese subrayado que las Cortes, en cuanto constituyentes, manifestaban la voluntad de la nación. Es puro formalismo, pero ¿no es forma el derecho?

La teoría clásica de la soberanía, al menos aquella que he estudiado, distingue entre la titularidad de la soberanía y su ejercicio: la soberanía es un poder absoluto y perpetuo, pero su titular puede desprenderse de su ejercicio, con tal que no se desprenda *–de iure–* de su titularidad o no sea desposeído *–de facto–* de la misma. Lo entendían mejor –algo que me parece normal– los miembros del Consejo de Castilla que no algunos historiadores actuales³:

«Verdad es, Señor, que con profunda humildad confiesa el Consejo que toda esta autoridad y jurisdicción no sólo es dependiente de la que reside propiamente en V.M., sino también precaria, estando en el arbitrio de V.M. restringirla y moderarla sin otra regla que la de su real voluntad».⁴

Y, si hubiera dudas sobre las razones de este ejercicio de algo ajeno y con carácter precario, dependiendo en última medida, de la real voluntad, el mismo Consejo explica las razones de esta delegación y precariedad:

«Pues la suprema real autoridad de V.M. es ordinaria, y no pudiendo por sí ejecutar su jurisdicción la comunica a su Consejo, por cuya razón lo que él determina es determinado por V.M., y así la jurisdicción del Consejo es igualmente ordinaria, porque es ejecución de la misma suprema jurisdicción de V.M., que embarazado con tantos negocios resuelve por medio de su Consejo aquello que es propio de la soberana regalía de V.M.»⁵.

El rey, en cuanto soberano, podía ceder el ejercicio de su soberanía o podía ceder una parte de esa soberanía, algunos de sus poderes, manteniéndose intacto el concepto de soberanía.

³ Vid. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho. Manual. II. Unas historia de la formación de un derecho estatal español II*², Madrid, 1996, 303 ss., donde recojo los textos que cito a continuación.

⁴ SALUSTIANO DE DIOS, *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Salamanca, 1986, 36.

⁵ DE DIOS, *Fuentes* (n. 4), 36 (1708).

Ni me dedico al derecho constitucional, ni creo que sea posible hacer historia del derecho de un período que no se ha cerrado todavía ni, como ciudadano de a pie, tengo deseo alguno de salvar a la patria y mi único deseo es pasar de puntillas, sin molestar ni ser molestado; no creo, pues, necesario realizar investigaciones más profundas sobre si la monarquía actual es resultado de una instauración o de una reinstauración o es una mera continuación; tampoco me interesa examinar el sistema empleado en el nombramiento de los representantes de las Cortes que –según dicen ellos– aprobaron la Constitución o sobre el carácter de esa reunión de las Cortes donde éstas aprobaron la Constitución; me parece suficiente basarme en el recuerdo, mencionar la existencia de senadores reales y centrar la atención en una desafortunada redacción, en el mejor de los casos, para concluir, al menos desde el punto de vista hipotético adoptado y desde el punto de vista formal señalado, que esta Constitución de 1978 presenta más bien los rasgos de aquella otra ley que a finales de 1966, si la memoria no me es infiel, fue sometida a referéndum de los españoles, con un éxito innegable de uno de sus mentores –se decía en aquellos años que había sido aprobada con el 102 por 100 de los sufragios– que, paradojas de la historia, fue también uno de los llamados padres de la Constitución.

Poca importancia tiene, a mi entender, esta crítica formal porque nadie puede negar que la historia ha seguido su curso y, desde este punto de vista, la valoración de los resultados conseguidos es independiente de que los sucesos acaecidos se hayan movido o no dentro del campo del derecho o hayan o no cumplido las leyes históricas que algunos historiadores invocan.

Podría, en consecuencia, pasarse por alto el hecho que, desde el punto de vista formal, la Constitución de 1978 no sea expresión de la soberanía nacional, sino que ésta se invoca para atribuirle algo que no es obra suya, si a partir de ese momento se reconociese la soberanía de la nación española y los poderes del Estado la acatasen. No parece ser así. La tradición abierta por la promulgación de la Constitución parece perdurar, si, como frecuentemente sucede, no sólo son los periodistas quienes afirman que las leyes son aprobadas en los Consejos de Ministros, sino que son los llamados representantes del pueblo español los que afirman, y esto me parece algo más grave, que las Cortes son soberanas.

No es necesario salir de la Constitución, abandonar el análisis formal de la misma para confirmar que esta tradición vulgar encuentra fundamento en la misma Constitución, para subrayar que la soberanía de la nación, que, por las razones aducidas, está ausente en el momento de la aprobación de la Constitución escrita –el pueblo se limita a ratificar algo aprobado–, sigue ausente en su vida posterior, como estas vulgares manifestaciones mencionadas destacan.

La Constitución «ha sido aprobada por las Cortes (...) el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S. M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978».

Desde el momento que esta ratificación y esta sanción se colocan en el mismo plano, no sorprende que algo ratificado por el pueblo español pueda ser modificado por las Cortes, sin que esa modificación constitucional necesite ratificación. El principio general establecido a la hora de la reforma constitucio-

nal, señala que «aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras» (art. 167). La soberanía nacional queda así a merced de la existencia de una minoría discordante en alguna de las Cámaras –al parecer, Diputados y Senadores en minoría no pueden reunir sus fuerzas– y de su buena voluntad de enajenarse las simpatías de la mayoría.

El artículo 168 pone límites a esta situación, señalando que «una revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera, del Título I, o al Título II» «será sometida a referéndum para su ratificación». Los límites, en realidad, son los que afectan a los capítulos especificados porque a través de revisiones parciales –que no necesitan de ratificación si la minoría no está en condiciones de oponerse o no quiere oponerse– se puede revisar toda la Constitución, dejando sin contenido alguno el reconocimiento del pueblo español como soberano; tras varias revisiones, el soberano –el pueblo español– puede verse sometido a una Constitución que no ha ratificado cuando la esencia de la soberanía nacional radica, precisamente, en afirmar que todos están sometidos a la Constitución, a comenzar por los poderes del Estado, menos la Nación que, por esta razón, puede cambiar en cualquier momento la Constitución.

Además, dentro al menos de una tradición acuñada en la época revolucionaria, se afirma que una Constitución que no reconozca los derechos del hombre y del ciudadano, que no reconozca la soberanía de la nación y que no establezca una división de poderes no es una Constitución –burguesa, según la interpretación habitual–.

La concepción de estos derechos del hombre y del ciudadano implica que los mismos corresponden a los hombres en cuanto tales y que, por consiguiente, son anteriores a entrar a formar parte de una sociedad y son irrenunciables. Por estas razones, estos derechos no derivan de la Constitución, no son establecidos por la Constitución, sino que la Constitución debe limitarse a reconocerlos y a garantizarlos. La soberanía que se predica de la Nación carecería de límite alguno –la soberanía nacional lo puede todo, menos convertir a un hombre en mujer, decían algunos autores– si no se encontrase, al menos teóricamente, limitada por estos derechos y libertades, por estos derechos fundamentales y libertades públicas como se reconoce en el epígrafe de la sección 1.^a del capítulo 2.^o del título I.

Si no he olvidado por completo las reglas de interpretación del derecho vigente, esta afirmación del artículo 168 supone que las Cortes pueden modificar, sin necesidad de ratificación del teóricamente soberano –el pueblo–, la sección 2.^a de este capítulo 2.^o del título I, pero también pueden modificar el artículo 14 de este capítulo 2.^o del título I, que está fuera de la sección 1.^a y que, al parecer, dice cosas de poca importancia: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Si bien tarea del jurista es concordar las normas discordantes, desde un punto de vista formal se comprende esta reserva. Como ha quedado apuntado, en el fondo la única reforma que para su ratificación necesita un referéndum sería aquella que afectase a los principios generales establecidos en el título preliminar, que, como se ha visto, pueden vaciarse de contenido, y en el título II, «De la Corona», porque ni siquiera el soberano puede desconocer los derechos naturales del hombre y del ciudadano. Pero dentro del título II, su artículo 57 establece que la «Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación siendo preferida siempre [...] el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos».

Las Cortes pueden modificar el artículo 26 sin necesidad de someter a referéndum su decisión –la realización de ese referéndum queda vinculado a la posibilidad de que la minoría alcance un determinado porcentaje y desee pedirlo–, pero no pueden modificar el artículo 57 sin un referéndum pese a estar en contradicción con el artículo 26. Esta contradicción no se supera equiparando ambos sexos, ni se supera haciendo electiva la monarquía dentro de los miembros de una dinastía para superar la discriminación por razón de edad porque la contradicción insalvable radica en la imposibilidad de armonizar el principio democrático –que establece la igualdad de todos los ciudadanos– y el monárquico que se sustenta en la desigualdad aunque sea de uno solo, como subrayaba Rojas Zorrilla al escribir «Del rey abajo ninguno».

Son harto conocidas las razones que se esconden detrás del intento de soslayar «la cuestión política de si era el soberano el Príncipe o el Pueblo; la respuesta era sencillamente: no el Príncipe ni el Pueblo, sino la Constitución es soberana. Se está ante un problema milenario que reaparece bajo disfraces diferentes desde que en la tradición occidental Agustín de Hipona, dándole la vuelta a la situación, afirmó que lo justo (*iustum*) no era lo conforme al derecho (*ius*), sino que el derecho para ser derecho tenía que ser justo, dando así paso a las discusiones teóricas en torno a la validez y a la vigencia de las normas jurídicas. «Guizot, un representante clásico del Estado liberal de Derecho, habla de la “soberanía de la Razón”, de la Justicia y de otras abstracciones, reconociendo acertadamente que sólo puede llamarse “soberana” una norma cuando no es voluntad y mandato positivos, sino Verdad, Razón y Justicia racional, y, por tanto, tiene determinadas *cualidades*; pues de otro modo, es soberano precisamente aquel que quiere y manda»⁶. Los corolarios de este planteamiento son harto conocidos. Pero precisamente el punto *dolens* es si soberana es la nación española –como afirma el cap. 1,2– según la constitución formal o si, por debajo de la misma, existe una constitución material que atribuye el poder a una minoría, aquella que configuró a su imagen y semejanza la Constitución formal.

Desde antiguo el titular del poder es quien ejerce la justicia identificada con la justicia penal y el perdón: «et sicut datum est eis justiciam facere sic licitum

⁶ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, p. 33.

erit eis cui placuerit dimitere et perdonare» (Cap. 126 de los *Usatici*). Más descarnadamente y con una mayor amplitud lo afirmó Alfonso X, cuando dijo lo siguiente: «Et maguer le sea prouado o sea iudgado por aleuoso, el rey le puede dar por quito e por leal, si tanta merçet le quisiere facer; et tan grand es el derecho del poder del rey, que todas las leyes e todos los derecho tien so sí» (FR 4, 21, 5). Sin embargo, según la Constitución de 1978, «corresponde al Rey (...) ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales» [art. 62, i)]; y, si bien se reconoce una iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley, se establece que «no procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia» (art. 87.3).

Alfonso X lo señala claramente: puede perdonar porque tiene un poder tan grande que le coloca por encima de todas las leyes y todos los derechos; la Constitución es la ley que da el soberano —el pueblo— que obliga a todos, menos al soberano.

Junto a unos conceptos estáticos de Constitución, Schmitt menciona un tercero, dinámico: «el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada formación y erección de esta unidad desde una fuerza y energía subyacente u operante en la base. Aquí se entiende el Estado, no como algo existente, en reposo estático, sino como algo en devenir, surgiendo siempre de nuevo. De los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política —“integrarse”, según la expresión de Rodolfo Smend»⁷. Quizá me equivoque, pero aquí nos encontramos ante la idea del plebiscito diario de Renan.

La introducción de 1934 de Francisco Ayala, con gran claridad y precisión, señala los límites del pensamiento schmittiano; pero señalar estos límites, a mi entender, no supone refutar su argumentación, especialmente si esta refutación se vincula a una consideración nebulosa sobre la situación del momento: «quiero afirmar, por lo que afecta al problema de España, que la actual convivencia y coordinación de cuerpos autónomos y centros de poder político dentro de un complejo orgánico —Estado integral dice la Constitución—, carece de sentido desde la ideología que C. Schmitt coloca en la base de su doctrina. Esta doctrina puede servir a todo nacionalismo, tanto al que pretenda una reintegración como al que persiga una desintegración. Pero es incapaz de remontarse en un intento superador. Y eso, porque carece de cimentación en valores esenciales humanos, y se atiene a la mística de un pueblo o Nación que es, en definitiva, como complejo social, un producto histórico...»⁸.

Reducido a lo esencial, repite lo que se ha afirmado del mundo romano: se ha roto la concordia existente entre los distintos órdenes y es necesario un rearme moral —el triunfo de aquellos principios establecidos por Guizot— y una nueva distribución del poder. Pero la historia objetiva es inmisericorde: la pro-

⁷ SCHMITT, *Teoría* (n. 6) 31.

⁸ FRANCISCO AYALA, Presentación, en Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, p. 18. Para la concepción federalista de Schmitt, *vid.* Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional comparado*² Madrid, 1953, pp. 209 ss.

puesta republicana ha fracasado y se asiste de nuevo al resurgir de aquellos principios que encuentran en Savigny su padre espiritual y que habían sido canalizados por el nacionalsocialismo y el fascismo, encontrando hoy acogida en todos esos partidos nacionalistas, que menciona Ayala, donde han terminado por confluír los llamados partidos de derechas y de izquierdas, cada vez más difíciles de distinguir en su práctica política diaria.

¿Realmente la Constitución de la República abría un nuevo camino? Indudablemente, es más respetuosa con la tradición de la nación de origen revolucionario, como se ha visto ya. «España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo. La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones», afirmaba el capítulo 1 de la Constitución de la República.

Si uno se queda en los principios, nota algunos cambios que parecen arrancar más bien del temor: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas», dice el artículo 2 de la actual Constitución de 1978, pero también el artículo 8 de la Constitución republicana afirmaba que «El Estado español, dentro de los límites irreductibles de su territorio actual, estará integrado por Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía». Hay, sin embargo, desde una perspectiva religiosa, un rearme moral, que completa los principios del artículo 1: no se ha mencionado la caridad, pero sí la solidaridad.

En realidad, es el concepto de autonomía aquel que perdura y vincula ambas Constituciones. Y, en este sentido, tanto el Estado integral como el Estado autonómico pueden considerarse como resultado de un esfuerzo por identificar el titular de la soberanía y por distribuir los poderes del Estado. Este esfuerzo ha tropezado, sin embargo, con el mismo escollo, demostración evidente que el hombre es el único animal que tropieza dos veces en la misma piedra, y no sólo dos veces, si se atiende a la reiteración en la solución rechazada en época reciente.

Es ya agua pasada porque los textos que se mencionarán o ya no están vigentes o se les ha dicho decir lo que no dicen.

«El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos» (art. 3).

Léase ahora el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979: «La lengua propia de Cataluña es el catalán. 2. El Idioma catalán es el oficial de Cataluña, así como también lo es el castellano, oficial en todo el Estado español» (cap. 3, 1-2).

Según parece, no existe contradicción alguna entre estas dos redacciones, lo que puede hacer pensar que los miembros de nuestro más alto tribunal no saben ya castellano. En una gramática para niños, se señala que dentro de los adverbios de afirmación se encuentra «también», «(que además del concepto

afirmativo contiene el concepto de adición)»⁹. Son las otras lenguas españolas las que se adicionan al castellano, no éste el que se adiciona a las otras lenguas.

El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de nuestra Constitución, pero en su interpretación no ha mostrado el rigor intelectual que movió a los juristas castellanos a dejar la cuestión en manos del rey, ante la imposibilidad de salvar una contradicción existente en las *Partidas* en torno a la edad en la que salía el rey de tutela –dicha contradicción exorbitaba los límites de la interpretación e incidía en el campo de la creación–; como señalaba ya Justiniano, corresponde interpretar a quien corresponde crear la ley. El recuerdo de las extensas y ramplonas consideraciones sociológicas me arredran a la hora de refrescar la memoria, pero, en cuanto historiador, quizá hubiera acudido a la tradición y me hubiera detenido en la lectura del Estatuto de Cataluña de 15 de septiembre de 1932, más acorde con la disposición del artículo 4 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931.

Pero esta solución es acorde con otras muchas que se pueden invocar y que denotan que los principios teóricos que informan la Constitución no parecen haber arraigado en los representantes de la nación ni en sus servidores. La llamada justicia popular ni es más justa ni menos justa que la llamada justicia profesional, pero la llamada justicia popular tiene una fundamentación teórica de la que carece la justicia profesional. Al fin y al cabo, los ciudadanos que forman parte de los tribunales populares son miembros del soberano y cuando ejercen como jueces actúan la soberanía de la nación –una *fictio juris* más–; discutir la existencia de estos tribunales porque pueden dictar sentencias injustas es, en último término, poner en peligro los principios mismos de la justicia popular, que es la soberanía de la nación, para lo cual no se duda en presuponer que la justicia profesional dicta siempre sentencias justas. Los romanos sabían bien que el tribunal del pretor se llamaba *ius* porque allí el pretor decía el *ius*, aun cuando cometiese *iniuria*; el nombre lo recibía no en atención a lo que hacía el pretor, sino en atención a lo que debía hacer (*Pau. D.* 1,1,11).

En realidad, por las razones apuntadas, se está en un período en el cual la oligarquía que gobierna no ha encontrado, todavía, un equilibrio adecuado que salvaguarde sus intereses –no se ha decidido la cuestión de la titularidad de la soberanía–. Por esta razón, en este período no se aspira a un juez que aplique las leyes, sino a un juez que haga justicia. El resultado es, si se hace caso de lo que dicen los periódicos, que las leyes no se cumplen, siendo el llamado poder ejecutivo, encargado de aplicar las leyes, el primero en negarse a cumplirlas y las sentencias –d’Ors sostenía, un tanto simplísticamente, que derecho es lo que aprueban los jueces– no se cumplen, siendo de nuevo el poder ejecutivo aquel que no tiene rebozo alguno en manifestar públicamente que no cumplirá determinadas sentencias.

Uno tiene a veces la impresión que afirmaciones como la establecida en el artículo 9.1 «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» se mueve en ese limbo de los princi-

⁹ Amado ALONSO-Pedro HENRIQUEZ UREÑA, *Gramática Castellana*. Segundo curso. Buenos Aires, 1964, p. 166.

prios que esperan, inútilmente, su cumplimiento como los establecidos en el artículo 35,1, donde, además, la coetilla final –«sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo»– puede hacer pensar que en ese mismo limbo se mueven los principios establecidos en el artículo 14; aparecen establecidos únicamente con la finalidad de hacer creer a los ciudadanos que los pueden invocar.

Se podría decir, pues, que la Constitución material no coincide con la Constitución formal, porque esta Constitución formal no siempre se interpreta de acuerdo con las exigencias de la Constitución material: se requiere una interpretación generosa que permita convertir el Estado autonómico establecido por la Constitución formal en un Estado federal, sin necesidad de reformarla. El Estado integral, invocado por Ayala, panacea de todos los males que aquejaban a la República, y el Estado autonómico deben dejar paso a un Estado federal o, mejor todavía, a un Estado confederal.

Hablar de federación de Estados es introducirse en un mundo peligroso, ya que la palabra federación es mucho más antigua que las federaciones actuales y resulta difícil superar los anacronismos tan frecuentes. Partamos de una definición ajena y antigua, alejada de las preocupaciones actuales, aunque no sea, a mi entender, lo suficientemente clara, y coloquémosla en el tiempo.

«Cuando los Estados retienen su soberanía y consideran al gobierno central como un agente, la unión política se denomina confederación. Cuando la unión representa un solo soberano, mediante un estatuto constitucional de poderes entre el gobierno central y los gobiernos de los Estados, la nueva formación política, el Estado así creado, se llama federación»¹⁰.

Son afirmaciones pensadas para comprender el desarrollo del federalismo en Norteamérica. En los momentos iniciales, ese proceso de unificación de los distintos Estados soberanos se consideraba necesario, pero no dejaba de provocar recelos. «El pensamiento político de la época asocia la idea de libertad con la autonomía local y se teme la centralización, como una forma inclinada a la tiranía»¹¹.

Cuando la situación comienza a hacerse más compleja, entonces surgen también nuevas palabras. «Se trataba de una “república compuesta” donde se dividía la soberanía entre los Estados y la unión. En la constitución se omitió, deliberadamente, el término “soberanía”»¹².

Se guarda silencio sobre la soberanía, pero no se renuncia a su concepto, si bien se construyen nociones arbitrarias que terminan en la noción de soberanía dividida que es la negación de la noción de soberanía que se emplea.

«Cuando la esclavitud constituye un problema nacional, y se intensifica el conflicto entre nacionalismo y particularismo, se reemplaza la teoría de la soberanía divisible por la rigidez del dogma de la soberanía del Estado, por una parte, y el principio de la supremacía nacional, por otra»¹³.

¹⁰ Raymond F. GETTELL, *Historia de las ideas políticas* II³ Barcelona, 1951, p. 278.

¹¹ GETTELL, *Historia* II³ (n. 10) 278.

¹² GETTELL, *Historia* II³ (n. 10) 278.

¹³ GETTELL, *Historia* II³ (n. 10) 283.

Como es natural, todas estas propuestas se dirigen a asegurar una vida futura. Las soluciones son diversas; todas parten de una misma realidad –los Estados son soberanos– aunque se separen a la hora de la valoración del pacto que está en la base de la unión: «Los Estados son soberanos, originariamente; al formar la unión ceden ciertos poderes al gobierno nacional, prerrogativas que pueden retirar en cualquier tiempo (...) Los Estados tienen siempre el camino abierto para afirmar sus prerrogativas soberanas, y separarse de la unión»¹⁴. Para otros autores, «la constitución no es el fruto de un pacto entre los Estados, sino una ley que se hace por todo el pueblo. La constitución es la ley suprema del país. La unión no es un tratado susceptible de violación, sino un acuerdo indisoluble, que no puede quebrantarse por ningún Estado, salvo en el caso de una resolución»¹⁵. En la guerra de Secesión, el Sur perdió y el Norte triunfó, la Confederación dejó paso a la Federación¹⁶.

Lucano afirmaba ya que el poder no admite compañero: se puede intentar establecer un sistema de contrapoderes, siempre que exista un acuerdo de base sobre a quién corresponde la soberanía; los autores que se ocupan del Estado federal, tras la guerra de Secesión, «defienden y apoyan la teoría de la soberanía absoluta e indivisible»¹⁷. Y, por esta razón, «el intento de despojar al Gobierno nacional (es decir, federal) de su supremacía, es considerado como rebelión, y por esta causa, bajo el sistema político de los Estados Unidos no es admisible, ni la anulación por un Estado cualquiera, ni la secesión de un Estado»¹⁸, el «federalismo constituye (...) simplemente, un expediente de gobierno» y, por esta razón, el Tribunal Supremo se presenta como la salvaguardia de la Constitución frente al gobierno¹⁹.

Desde el punto de vista histórico, me limito a subrayar que las Constituciones españolas no reflejan un pacto entre Estados soberanos porque la Constitución de Cádiz y las posteriores que merecen ese nombre substituyen la soberanía del rey por la soberanía del pueblo, sus antiguos súbditos. Desde un punto de vista formal, con los límites apuntados, la soberanía reside en el pueblo español según la presente Constitución, y nunca ha existido un Estado federal –ni confederal– porque nunca hubo Estados soberanos que pactaran para formar una Federación²⁰.

Ninguna de estas afirmaciones puede, sin embargo, determinar el futuro. La experiencia del pasado es inútil si de la misma se quieren obtener mecánica-

¹⁴ GETTELL, *Historia* II² (n. 10) 284.

¹⁵ GETTELL, *Historia* II³ (n. 10) 285.

¹⁶ SCHMITT, *Teoría* 355, quien añade algo más, a lo afirmado por Murray Butler: «Pero esa "solución" del problema mediante la guerra significa tan sólo que la Constitución ha cambiado su carácter y la Federación como tal ha cesado, que es lo que la guerra decidió».

¹⁷ GETTELL, *Historia* II² 286.

¹⁸ N. Murray Butler, en SCHMITT, *Teoría*, p. 355.

¹⁹ GETTELL, *Historia* II² 286.

²⁰ No me detengo en la llamada confederación catalano-aragonesa [vid. GARCÍA PELAYO, *Derecho* (n. 8) 206 ss.], esta terminología encierra anacronismos evidentes; la concepción política de la época habla de *corpus mysticus*, con una cabeza y un cuerpo; el rey de Aragón es cabeza de cuerpos diferentes; estos no se federan entre sí porque su punto de unión es la cabeza y un rey no puede federarse consigo mismo.

mente conclusiones para el futuro. Las teorías políticas nacen para justificar las opciones de futuro pero no todos ven de la misma manera ese futuro. Simplificando, al máximo, ante el pasado caben dos opciones fundamentales: o identificarlo con la tradición que debe mantenerse a toda costa –al menos, en las apariencias– y, en consecuencia, el futuro es el pasado o el pasado, en cuanto superado, debe ser anulado –al menos, en las apariencias– y substituido por algo nuevo. El ejercicio de comprensión del historiador queda excluido por ambos planteamientos y nada tiene que decir sobre estas opciones políticas de futuro.

La distinción entre una constitución estática y una dinámica permite una comprensión más adecuada de la situación presente si se quiere construir un futuro y legítima que la Constitución en sentido formal se pueda considerar algo superado –algo que se puede poner a un lado– y que sea necesario, por consiguiente, configurar la convivencia sobre nuevos principios, expresión de aquellas fuerzas subyacentes que con una cierta mística se mencionan²¹.

Como un simple espectador, al que le afecta la situación pero que se ve superado por la misma, reconozco, sin embargo, que este recurso acentúa con mayor fuerza los trazos oligárquicos de la actual situación y nos anuncia un futuro no muy prometedor, si el nacionalismo es la nueva panacea porque de nuevo no tiene nada y sus curas tienen efectos deletéreos, lo cual no es óbice para su posible triunfo.

Esta constatación tiene sus consecuencias teóricas. La Constitución de 1978 es, aparentemente, clara. «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1.2). Me centraré en el poder legislativo que se identifica con las Cortes.

Las Cortes «ejercen la potestad legislativa del Estado» (art. 66.2). Sin embargo, este poder legislativo tiene límites, que no son sólo los derivados del sometimiento a la Constitución. Cuando se establecen las competencias exclusivas del Estado, se señala lo siguiente: «Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.8). Las Cortes pueden delegar su potestad de dictar normas (art. 82.1), pero cuando se señala que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos» (art. 149.2), la Constitución parece moverse fuera de la teoría de la delegación.

El problema fundamental –aunque puramente formal– desde un punto de vista puramente teórico y que interesa solamente al historiador es el siguiente: si el pueblo español es el titular de la soberanía y las Cortes ejercen el poder legislativo ¿cuál es el fundamento de la validez de las leyes autonómicas en el campo civil?

Dicho con otras palabras si el poder legislativo es emanación de la soberanía del pueblo, ¿el poder legislativo del Parlamento gallego es emanación de la soberanía nacional gallega o de la soberanía nacional española?

²¹ SCHMITT, *La Teoría*, pp. 31-32.

Si las Cortes ejercen el poder legislativo emanación de la soberanía española porque sus diputados y senadores han sido elegidos por el pueblo español, en buena lógica se debería concluir que si el pueblo gallego elige sus representantes y su Parlamento tiene el poder legislativo que es emanación de la soberanía nacional, el pueblo gallego es soberano. Y si el pueblo gallego –evitemos el término nación para ser formalmente respetuosos con la Constitución escrita aunque nos movamos ahora en la Constitución en sentido dinámico– es soberano ¿por qué entonces no tiene una Constitución propia? ¿Por qué entonces no tiene un Estado propio?

Si se sigue con este razonamiento, se terminará por reconocer que en España existen varios Estados nacionales que podrán así unirse entre sí y, si así lo hacen, tendrán que decidir si con dicha unión han formado una federación o una confederación. Esta conclusión obliga, necesariamente, a reconocer que España es una mera expresión geográfica, donde conviven Estados nacionales diferentes y, de acuerdo con el criterio agustiniano, si no hay un pueblo español, no puede existir una soberanía española y el Estado español es una pura ficción.

La historia, sin embargo, se ocupa del pasado y no del futuro y se ocupa desde su presente, un presente marcado por tensiones: un Estado español que forma parte de la actual comunidad de Estados.

2. Como pienso que nuestro presente viene marcado todavía hoy por la Constitución de Cádiz de 1812, será necesario volver a la misma, ya que además se está festejando. La Constitución actual concede a las comunidades autónomas el poder dar leyes para desarrollar «los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8.^a).

Nuestros padres de la patria se han curado en salud y Galicia tiene hoy un derecho civil, de origen legal. Pero tiene un derecho civil porque era una de aquellas comunidades autónoma donde existía un derecho llamado en tiempos foral como consecuencia de los problemas generados por los principios establecidos en la Constitución de Cádiz que marcaron la codificación en el momento de acometer el Código civil.

Pese a las dudas que levanta la Constitución de Cádiz, la misma recoge la idea de nación de la Revolución Francesa: la nación está formada por los súbditos no privilegiados del rey que, reconociéndose como los súbditos más numerosos –la mayor parte–, asumen la soberanía, hasta aquellos momentos del rey, y convierten la tierra del rey en territorio nacional, ofreciendo a los privilegiados una alternativa radical: o se someten a la ley común o quedan excluidos de la Nación. Decir que este es el concepto de nación latente en la Constitución de Cádiz no quiere decir, sin embargo, que el mismo se haya plasmado en todo su pureza. Prescindiendo de razones más profundas, es suficiente subrayar que los franceses terminaron guillotinando al monarca y suprimiendo los privilegios, algo que no sucedió en la Península.

Pocos años más tarde, Savigny, como reacción, difunde otra concepción de nación –prefiere hablar de pueblo– como una multitud de personas animadas por un espíritu común –un alma– que le unifica en cuanto cuerpo que se manifiesta en una misma lengua, en un mismo derecho, en una misma cultura. Savig-

ny no pretendía combatir la soberanía de los reyes de su época, sino mantener la unidad del derecho alemán, por encima de las fronteras políticas, y dejar su desarrollo en manos de los juristas, pero si se reconoce que el derecho es manifestación del espíritu popular, este principio desemboca, necesariamente, en el reconocimiento de que el pueblo se identifica como tal cuando se configura jurídicamente como Estado: las naciones, inspiradas por su espíritu, reclaman, en consecuencia, la soberanía²². El nacionalsocialismo y el fascismo son, así, hijos del pensamiento de Savigny, como los actuales nacionalismos que se reclaman a dicho espíritu popular; no hay ya una oposición entre estos nacionalismos y los herederos de aquel intento de superar la revolución burguesa empleando su mismo principio mayoritario –la clase obrera forma la mayor parte de la población; debe establecer la dictadura del proletariado y, como consecuencia de ello, desaparecerán las fronteras nacionales–; si se abandona esta idea, desaparecen los contrastes de clase y la izquierda puede asumir el nacionalismo.

Describo una determinada situación, entre otras razones porque cuando se habla de ortodoxia y de su defensa me viene a la memoria aquella famosa frase de los profesores cerverinos cuando dirigiéndose al monarca reconocían lo siguiente: «lejos de nosotros la nefasta manía de pensar». No me corresponde examinar si es o no posible aceptar los principios y rechazar las consecuencias.

«Nación», «federación» son nombres que tienen una larga tradición; no tan extensa la tiene también la palabra «soberanía». Si la historia supone cambios a lo largo del tiempo, las mencionadas palabras, convertidas en términos, se acuñan para superar determinadas situaciones que se plantearon en momentos históricos precisos. El concepto de soberanía acuñado por Bodin atacaba de raíz las pretensiones de las Cortes; el concepto de nación revolucionario atacaba la soberanía del rey. Antes de 1812, para emplear una fecha mítica y fácilmente recordable, no hay naciones soberanas, sino reyes soberanos que configuran los distintos Estados monárquicos.

La Constitución de Cádiz crea así la nación española –como concepto jurídico– identificada con los antiguos súbditos del rey –ahora son ciudadanos libres–, titular de la soberanía y del territorio nacional, la antigua tierra del rey. Antes de la Constitución de Cádiz no existe una nación española en el sentido precisado, pero después de la Constitución de Cádiz, formalmente, no existe otra nación que la nación española.

La vida humana no es eterna y tampoco son eternos los pueblos. La nación española y su territorio nacional, identificados en la Constitución de Cádiz de 1812, no son la nación española y su territorio nacional, identificados en la Constitución española de 1978²³. Si la Constitución de Cádiz no pudo otorgar

²² Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «La codificación civil y su fracaso», en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *El Dret comú i Catalunya. Actes del VII Simposi Internacional. Barcelona 23-24 de maig de 1997*, Barcelona, 1998, pp. 213 ss., en especial, 259 ss.

²³ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «El panorama autonómico español. Entre el mito y la historia», en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *El Dret comú i Catalunya. Actes del IV simposi Internacional. Barcelona, 27-28 de maig de 1994 (=Hom. Gay Escoda)*, Barcelona, 1995, pp. 275-369.

larga vida a la España identificada en la misma, tampoco la decisión de nuestros antepasados puede convertirse en ley que se deba observar siempre.

Me limito a subrayar estas afirmaciones, para hacer más claro algo que repito desde hace años; el conocimiento histórico, como decían los juristas de los privilegios, no puede extenderse a sus consecuencias; de haberse proclamado, teóricamente, la nación española con las características apuntadas en 1812, no puede concluirse, teóricamente, que esa nación española tenga asegurado su futuro.

Pero si la nación española sólo se ha proclamado formalmente en 1812 y hoy se mantiene esa afirmación, el período anterior puede presentarse desde el presente actual –siguiendo el planteamiento de Calasso– como el proceso de formación de la nación española, titular de una soberanía que a través de su emanación –el poder legislativo– ha establecido un derecho; pero lo que hay que buscar en el pasado es el derecho gallego y no puedo hablar de una nación gallega, si esa nación para existir jurídicamente como tal tiene que tener un Estado. Hay una comunidad autónoma que su Estatuto identifica y en la Constitución de Cádiz de 1812, en el momento de identificar el territorio español, se incluye entre sus elementos Galicia (art. 10).

Cuando el rey promulga la *Novísima Compilación de las leyes de España* en 1808, entre sus títulos aparece el de rey de Galicia. La constitución abre una nueva época porque los súbditos del rey, que eran naturales de reinos diversos, devienen españoles y titulares de la soberanía.

El famoso decreto de Álvarez Bugallal iba dirigido a solventar los problemas políticos –y teóricos– planteado por la realización del Código civil, para lo cual reduce los fueros a costumbres, porque, desde antiguo, se sabe que todos los pueblos se rigen en parte o por leyes o por costumbres, modificando y matizando la afirmación gayana, que tiene otro alcance, pero reconoce que «*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur*» (*D.* 1,1,9), sin entrar ahora a discutir, si la frase «*qui legibus et moribus reguntur*» debe ir entre comas o debe de carecer de comas (*Gai.* 1,1).

Con otro matiz, pero con resultados parecidos, Justiniano afirmaba que el derecho romano estaba formado o por derecho escrito o por derecho no escrito (*IJ.* 1,2,3), una oposición que extendió Isidoro de Sevilla y circunscribió a la oposición entre ley y costumbre.

La discusión se centra ahora en la identificación de esas costumbres. Las costumbres tienen también su propia historia.

Si hay costumbres gallegas, tiene que haber una sociedad gallega que se identifica con los habitantes de Galicia. Se puede prescindir de examinar las razones que vinculan entre sí a los habitantes de dicha territorio a lo largo de la historia –provincia, reino, región, comunidad autónoma– y partir de su situación actual, como unidad administrativa, dentro de una estructura política más amplia, identificada en la actualidad con el nombre de Estado, de Estado español si se presta atención al titular formal de la soberanía, para tratar de comprender cómo ha llegado a su situación actual. Es suficiente invocar el nombre de Santi Romano o, quizás, mejor aún, el antiguo dicho *ubi societas, ibi ius*.

Desde el momento en que se presupone una sociedad gallega, es difícil determinar desde cuando comienza esta historia, si es el territorio el que permite identificar esa sociedad. Dada la ignorancia existente sobre el posible derecho gallego –o derechos gallegos– existentes en la época pre-romana, se puede partir del mundo romano y de la concepción presente en el mismo, que permite afirmar que todos los pueblos se rigen por leyes y costumbres. Si se prescinde de todas las dudas que plantea un texto de Juliano, jurista de confianza de Adriano, el núcleo de su afirmación se encuentra en la siguiente interrogación: «nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?» (*D.* 1,3,32)–. Si detrás de la ley y detrás de la costumbre (el texto de Juliano habla de *mores*) se encuentra la misma voluntad, es decir, si detrás de la costumbre y detrás de la ley se encuentra el pueblo romano, se concluye, lógicamente, que las leyes no sólo se abrogan por la voluntad del legislador, sino también por el desuso que manifiesta el tácito consentimiento de todos («quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur»). Juliano habla de *desuetudo*, pero, si ley y costumbre tienen el mismo valor por tener el mismo autor, las costumbres posteriores se deberían imponer a las leyes anteriores, si la costumbre deroga la ley.

Por esta razón sorprende la parte inicial de este texto; pero como no se trata de comprender el pensamiento de Juliano, sino de emplear sus afirmaciones para otros fines, se puede sobrevolar sobre las mismas y quedarnos con sus conclusiones. A falta de leyes escritas, se debe respetar el derecho introducido por *mores* y costumbre (*quod moribus et consuetudine inductum est*); si aun así no se resuelve el conflicto, se puede recurrir a la analogía, para modernizar y abreviar el texto, y en última instancia, a lo que se observa en la ciudad de Roma.

El texto, en sí, no es muy claro, pero junto a otros textos muestra la permanencia, no sin contaminaciones, del concepto de *civitas*. El gobernador de la provincia debe atender a las cosas que se observa frecuentemente en la ciudad –*oppidum*– en el mismo tipo de controversias (*CJ.* 8,52 (53),1). A la hora de interpretar, *in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset* (*Pau. D.* 1,3,17). Pero ya Ulpiano parece testimoniar algo diferente, porque menciona una doble *consuetudo*: la de la ciudad y la de la provincia (*de consuetudine civitatis vel provinciae*) (*Ulp. D.* 1,3,34).

Esta transformación está apuntando a una característica de la costumbre y a su posible identificación: el problema de la costumbre se manifiesta ligado a la tarea de decir derecho, a la *jurisdictio* (*Ulp. D.* 1,3,13). La costumbre –en cuanto *species iuris*, como dice Isidoro de Sevilla– es algo que se desarrolla dentro del ámbito de una unidad de convivencia; dentro de la definición de *res publica* de Escipión, la costumbre es ciudadana o, para evitar confusiones, es una costumbre nacida en una *civitas*.

Si la *res publica* es la cosa del pueblo, el pueblo no es cualquier multitud de personas, sino una multitud de personas que se congregan movidas por el acuerdo sobre el derecho y por una utilidad común. Detrás de esta concepción está un problema teórico que, aparentemente, es insuperable. Nadie puede mandarse a

uno mismo; si esto es así y una de las características del derecho es su imperatividad, quien establece el derecho, está fuera del derecho. El pueblo obedece las leyes por necesidad, el rey porque quiere, afirmaba ya el rey visigodo, absorbiendo la tradición romana.

Pero es algo más profundo. El pueblo, en definitiva, es una persona jurídica y las personas jurídicas se configuran como tal conforme a un derecho. Si el derecho se encuentra en la sociedad, ¿cómo puede configurarse jurídicamente una sociedad, si para que exista derecho tiene que haber sociedad? Es una nueva versión de la discusión sobre si primero fue el huevo o la gallina. *Ubi societas, ibi ius*. No es posible una sociedad sin derecho porque el mismo surge tan pronto hay sociedad, tan pronto los hombres conviven porque convivir significa observar unas determinadas conductas –un ponerse de acuerdo sobre un derecho–; esa multitud de personas se configura como pueblo. Estamos, en definitiva, ante un aspecto de la idea de Institución de Santi Romano.

Pero aquí nos movemos en la ciudad antigua, una ciudad que tiene unas dimensiones determinadas y un número limitado de ciudadanos. Si el pueblo romano es aquel que da la ley es porque el pueblo romano –con los límites conocidos– puede reunirse en una asamblea y aprobar o rechazar la propuesta del magistrado con poder para reunir al pueblo; precisamente por ello, estas personas, porque efectivamente conviven, pueden conducirse de una determinada manera, dentro de las características propias de cada sociedad. ¿Si la *civitas* –Roma– tiene una costumbre puede haber una costumbre de todo el imperio?

La historia de la ciudad de Roma se transformó en la historia del Imperio romano. Una urbe se transformó en el orbe y, por esta razón, Roma fue considerada *caput mundis* y cabía recurrir a su costumbre. Pero ya no es la única ciudad existente, la única *urbs*; a su lado hay otras; además, ahora estos centros de habitación se inscriben en distritos administrativos más amplios, al frente de los cuales se encuentra un gobernador que es el juez de la provincia.

Si el derecho de la *Gallaetia* provincial romana se puede resolver de esta manera, este criterio sirve también para la época posterior, donde el período suevo se salva por el desconocimiento existente sobre el derecho en Galicia en esos momentos y el período visigodo por el decidido intento del rey por terminar con la *consuetudo*. La desaparición del reino visigodo y la cristalización del *Liber* es el contexto donde surgen aquellos centros de convivencia efectivos que se pueden identificar en la aldea que o se convertirá en municipio o quedará sometida al derecho señorial. Dentro de estos ámbitos se desarrolla no ya un derecho gallego, sino unos derechos que pueden definirse de gallegos, si como gallegos se conocen a todos los habitantes de Galicia. Si se vincula estrechamente costumbre y jurisdicción, la posible aparición de una jurisdicción más amplia permite pensar en una costumbre también más amplia.

Sin embargo, quizá, sería conveniente separar algo que los tribunales y los juristas del momento distinguen: una cosa es la costumbre y otra la práctica o estilo de los tribunales. La costumbre se identifica con los usos observados en un determinado ámbito de convivencia, por difícil que sea determinar el origen de las costumbres, su nacimiento; la costumbre es un hecho y, en teoría el juez

se limita a constatar su existencia. El estilo de los tribunales es la manera en la que estos aplican la norma –legal o consuetudinaria–.

El recurso a los tribunales superiores abre la posibilidad de la extensión de la costumbre. Como la fijación de las costumbres –su redacción por escrito– la hacen los juristas y su reconocimiento los jueces, todo hace pensar que es posible que junto a las costumbres desarrolladas en las aldeas y municipios gallegos se haya desarrollado una secundaria como consecuencia de esta posibilidad.

La aparición de la Audiencia de La Coruña y el recurso al principio del «obedézcase pero no se cumpla» pudo impulsar el desarrollo de un derecho gallego propio para todo el reino; si la Audiencia podía suspender las leyes del rey para evitar las consecuencias nefastas de su aplicación, de acuerdo, con la advertencia de la Audiencia, el rey podía eximir a los habitantes de Galicia de su cumplimiento.

La teoría de la Institución de Santi Romano encuentra aquí sus límites. Su planteamiento permite configurar la Mafia como un ordenamiento jurídico, pero obliga, al mismo tiempo, a reconocer que ese ordenamiento jurídico entra en conflicto con el ordenamiento estatal y, en consecuencia, su observación dependerá de la capacidad del Estado de imponer su ordenamiento. En definitiva, el planteamiento de Romano da respuesta a los interrogantes planteados en aquellos ordenamientos jurídicos donde triunfa la ley como única especie de derecho. Toda institución en cuanto existe engendra ya su propio derecho, pero ese derecho debe hacer las cuentas con el derecho establecido por la institución suprema donde las restantes se inscriben.

Se vuelve, pues, a la misma situación conflictiva que dentro de su contexto intentó resolver Constantino: la autoridad de la costumbre es grande, pero no hasta el punto de imponerse a la ley o a la razón. Sus efectos se fijan en la enseñanza escolástica que distingue entre *consuetudo secundum legem*, *consuetudo praeter legem et consuetudo contra legem*. Si esta última se excluye del campo del derecho –son antijurídicas–, las primeras se agotan, teóricamente, en el mundo de la aplicación del derecho legal; solo las terceras cumplen un papel complementario en la formación de un ordenamiento jurídico. Como señalaba el artículo 6 del CC. –en unión con su artículo 5– en su redacción originaria, los jueces deben aplicar la ley, sin que contra su aplicación se pueda invocar «el desuso ni la costumbre o práctica en contrario»; a falta de ley, el juez podrá recurrir a «la costumbres del lugar».

En la Edad Media se ha interpretado de forma distinta la ley de Constantino o, por mejor decir, se ha utilizado su argumentación dándole la vuelta, pues la sociedad del momento no tenía ya las características del Imperio. Como decía Orberto dall’Orto, la autoridad de la ley es grande, pero no tanto que pueda imponerse a la *consuetudo* y la costumbre sobre los feudos es tan variada que no puede reducirse a unidad. Y en la península, esta interpretación se impuso, al menos hasta mediados del siglo XIV. Los juristas han sido siempre contrarios a la costumbre porque, como dice alguno de ellos, el abogado más versado en el derecho de una ciudad deviene un novicio cuando se traslada a otra diferente.

Si la historia aspira a comprender como se ha configurado nuestro presente, si el historiador del derecho aspira a comprender la configuración actual del ordena-

miento actual, tiene que partir de su presente, aquel que le permite unificar el pasado. El problema del derecho –como ha quedado apuntado– no se agota con la identificación de las llamadas fuentes del derecho porque estas remiten, necesariamente, a unas sociedades humanas configuradas jurídicamente.

El problema se traslada, entonces, a la identificación de esa sociedad gallega que hoy se identifica con una comunidad autónoma y hace dos siglos con un reino.

Sin entrar en la posibilidad de un origen celta del pueblo gallego, Galicia se presenta en la historia como una provincia romana, sobre la cual los suevos construyen un reino que tras casi doscientos años de historia termina siendo incorporado en el reino visigodo bajo Leovigilo. Esta tradición permite comprender por qué según el *Liber* el reino visigodo está formado por *Gotia*, *Gallaetia* e *Hispania* y por qué –según algunos autores para acabar con ciertas tendencias centrífugas– Égica asoció en vida a su hijo Vitiza y le encargó el gobierno de la *Gallaetia*.

Hay una tradición, profundamente arraigada, que de forma paradójica expuso d'Abadal de la siguiente manera: «Els Anals d'Anià parlen, encara, de Galícia, que era la forma d'anomenar el regne d'Astúries»²⁴. Cuando sigue más de cerca las fuentes, habla de Alfonso II como rey o de Galicia y de Asturias o de Asturias y de Galicia o, incluso, simplemente, como príncipe de Galicia²⁵. Entre los reyes de León, Valdeavellano intercala un Sancho Ordóñez, rey de Galicia entre el 925 y el 929. Estos datos permitirían ver bajo otra luz aquel reino de Galicia, que tuvo una corta vida, cuando a la muerte de Fernando I, en 1066 García entra en su posesión, de acuerdo con el reparto realizado en 1063, que pronto perdió a manos de sus hermanos. Son siglos en los que el rey –es la opinión generalizada– es un rey juez, son siglos en los que no hay leyes. Precisamente, por ello, es el momento del desarrollo del derecho municipal y señorial. Desde esta perspectiva, junto a las razones apuntadas, no puede pasarse por alto la personalidad del primer arzobispo de Santiago, Gelmírez, quien no sólo aspiró a ser el papa de Occidente y se hizo escribir una biografía, sino que comenzó también a dar normas generales para todas sus tierras.

Esta tradición puede contemplarse bajo una nueva luz cuando Savigny anuncia un nuevo concepto de costumbre, hijo de su místico concepto de un pueblo dotado con alma que exige, para creerlo, un acto de fe. Cobra fuerza aquella idea que posteriormente acuñará Nietzsche afirmando que debe contársele mentiras al pueblo a fin de encaminarlo a acometer grandes hazañas. Esta nueva concepción lleva, necesariamente, al reconocimiento de costumbres nacionales, haciendo imposible la comprensión del derecho mercantil, un derecho surgido de los usos de navegantes y comerciantes, de los contactos habituales entre navegantes y comerciantes de tierras diferentes, como testimonian las *Consuetuds de la mar*²⁶. Tiene también otras consecuencias, superables porque

²⁴ Ramón d'ABADAL I DE VINYALS, *Catalunya Carolingia*. Vol. I. *El domini Carolingi a Catalunya*. Primera Part, Barcelona, 1986, p. 140.

²⁵ D'ABADAL, *Catalunya ...*, (n. 24) 55; 88 n. 95; 89 n. 97.

²⁶ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «La formación de los libros de Consulado de Mar», en *Initium* 2 (1997) 1-372, con otra bibliografía propia sobre el tema. Para un resumen de mis planteamientos,

esta noción se ha convertido en una creencia. El espíritu alemán al identificarse con el derecho romano-justiniano no sólo reconoce como propio un derecho que, en teoría, es obra del espíritu de otro pueblo, sino que se manifiesta en el campo del derecho en latín mientras se expresa en vulgar.

Esta nueva concepción de la costumbre permite, por lo tanto, comprender el desarrollo de ese derecho gallego porque si el alma popular gallega se expresa en una lengua propia, necesariamente tiene un propio derecho y poca importancia tiene que ese derecho identificado sea el llamado *ius commune* o aquel *ius civile* propio de los castellanos que son las *Partidas*, su derecho común. Si los juristas catalanes medievales y posteriores pueden decir que el derecho catalán es el derecho común salvo en aquellos aspectos modificados por el derecho propio, también se podrá decir que el derecho gallego son las *Partidas* salvo en aquellos aspectos modificados por el derecho propio. Y, de esta manera, aunque sea pasando por alto los datos conocidos y la historia posterior, este derecho propio es también aquel que se expresa en la propia lengua.

Y como la nación alemana de Savigny era una aspiración y no una realidad, también se puede adoptar esta aspiración como punto de partida esperando a que llegue a ser realidad.

Hoy día, el derecho gallego es el derecho de los habitantes de una comunidad autónoma dentro del Estado español, un derecho que no es ya un ordenamiento jurídico, porque ni configura políticamente a sus habitantes ni abarca todas sus conductas, pues se reduce al derecho civil. Si por las razones aducidas, se abandona la constitución formal y se parte de la constitución dinámica, ésta puede expresar una ruptura del equilibrio que aquellas fuerzas misteriosas que configuran la nación española habían plasmado en la Constitución formal, pero los esfuerzos por encontrar un nuevo equilibrio no han cuajado todavía; para evitar discusiones inútiles, el Estado español no ha desaparecido y, al máximo, se detectan esfuerzos por aparentar la existencia de otros Estados que por el momento son incapaces de hacer desaparecer el Estado español, esfuerzos que se desarrollan además en concomitancias con otras fuerzas misteriosas en tensión que aspiran a hacer desaparecer los Estados nacionales surgidos con la Revolución francesa y substituirlos por otro Estado —o nacional, o federal, o confederal— europeo.

Las presuntas leyes históricas se pueden adaptar a las necesidades del momento pero su eficacia no dependerá de ser leyes, sino de la capacidad de quienes tienen el poder de engañar —utilicemos una fórmula suave— al pueblo y conducirlo por uno u otro camino.

La primera enseñanza que trasmite la historia la fijó Lucano cuando acuñó la frase de que el poder no quiere compañero. Decía Carlos I que sólo tenía en común una cosa con su primo Francisco I: ambos querían Milán. Cuando esta-

pueden verse Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Tradizione giuridica iberica del diritto marittimo», en *Tradizione giuridico-marittima del Mediterraneo tra storia ed attualità. Atti del Convegno internazionale di studi storici di diritto marittimo medioevale. Mostra bibliografica e cartografica. Napoli 23-25 settembre 2004*, Roma, 2005, pp. 83-88; Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Del mare internum al mare Mediterraneum: su ius maritimum», en *Un mar de leyes. De Jaime I a Lepanto*, Barcelona, 2008, pp. 185-194.

lla un conflicto de ese estilo, se entiende mejor la frase de Lucano. Dante fue defensor del imperio universal porque si había un solo Dios, debía haber un solo emperador, resolviendo a su manera el planteamiento de Lucano. Se puede admitir que esa frase de Lucano encierra una ley histórica, pero también se podría contestar con otra frase no menos famosa: «cuán largo me lo fiáis».

Cuando no se cree en leyes históricas ni tampoco en que la comprensión del pasado permita alcanzar otros resultados que explicar las razones que hicieron que nuestros antepasados adoptaran una u otra solución para resolver sus conflictos, se tiene poco entusiasmo a la hora de exponer una cierta marcha de la humanidad.

Las leyes históricas cobran mayor fuerza cuando se acuñan como leyes de la naturaleza; se podría así invocar una de ellas, frecuentemente invocada en su formulación popular, que afirma que el pez grande se come al chico. La historia de la humanidad mostraría que las unidades de convivencia aspiran, por los medios que sean, a hacerse cada vez más grandes hasta que, llegado un momento, su misma extensión les hace ingobernables, como consecuencia de ausencia de los medios necesario para mantener el poder; surgen así movimientos de autonomía que rompen la unidad políticamente establecida.

Roma de urbe devino orbe, dándole la vuelta a los versos de Namatiano (*urbem fecistis quod prius orbis erat*); llegado a su cenit por razones técnicas sostienen algunos autores –los modernos medios de comunicación habrían permitido mantener su unidad; cuando a los historiadores no les gusta la historia acaecida, se inventan historias posibles–, Roma se rompió en los reinos bárbaros que no lograron mantener su unidad política y se dividieron en unidades menores, los reinos medievales. Comienza así una nueva historia, cuando estos reinos medievales aspiran, en un primer momento, a restaurar los antiguos reinos bárbaros y, más tarde, a aumentar sus territorios; tales enfrentamientos en Europa llevó a la formación de unas fronteras estables; el desarrollo de estos reinos se tenía que hacer fuera del marco europeo –de la *res publica christiana*– sobre los territorios de los infieles. Estos grandes imperios fueron sucesivamente desapareciendo, reduciéndose los reinos a aquella situación propia de la Edad Moderna cuando se establece un sistema de Estados e, incluso, dentro de esta situación, ya no se aspira a vivir dentro de esos límites, sino que, fracasada la expansión, se aspira a volver a la Edad Media.

Mientras tanto, los imperios europeos, tan diseminados y faltos de cohesión, fueron substituidos por nuevos Estados que contaban a su favor con territorios extensos y numerosos habitantes. La pérdida de importancia política de Europa, según dicen algunos, está detrás de esa no se sabe bien Europa de los Estados, Europa de las Naciones o de la Nación europea.

Reducida a ley –hay una tendencia a formar unidades de convivencia cada vez mayores que chocan con una tendencia a romper las grandes unidades así formadas– sería una falsa ley de la naturaleza –no se dan las indicaciones que permitan su comprobación–. Por esta razón, es el instinto de poder aquel que determinará la solución a seguir para lo cual recurrirá a todos los medios posi-

bles para conseguirlo. Es la cuestión fundamental apuntada por Maquiavelo: ¿cómo conquistar el poder y, sobre todo, cómo retenerlo?

Desde antiguo se sabe que en toda sociedad existe un poder para facilitar la vida de sus miembros: el poder está en manos o de uno solo (monarquía) o de una minoría (aristocracia) o de la mayoría (democracia), estas formas degeneran en tiranía, oligarquía y demagogia. Las formas puras pueden mezclarse para evitar su degeneración, sin gran éxito. Hoy existe una creencia generalizada en que el poder reside en el pueblo que debe gobernar en beneficio de todos sus miembros. Todos los esfuerzos realizados para construir a un pueblo como una persona física han fracasado, por razones evidentes. El destino del alma –para aprovechar un título de Mancuso– es haberse convertido en una hipótesis innecesaria. Si no hay un alma humana, menos habrá un alma popular. El problema radica en encontrar un medio de identificar lo que un pueblo quiere.

En tiempos antiguos, ante las dificultades para hacer hablar a las unidades de convivencia –en definitiva, una multitud de personas congregadas– se instauró el principio de unanimidad; la misma se manifestaba haciendo resonar las armas contra los escudos que terminaban empleándose contra la minoría que no quería unirse al coro triunfante. Se instaura de esta manera la tan loada paz de los cementerios. Con el paso del tiempo se recurre a medios más civiles para evitar las escisiones; se recurre a la votación, pero para mantener el principio, se impone a la minoría adherirse formalmente a la decisión de la mayoría²⁷. Este pequeño matiz subraya que la minoría debe someterse a la mayoría y adherirse a las tesis de la mayoría, una mayoría que no siempre se identifica con el número, si durante mucho tiempo triunfó el llamado principio sanioritario, consagrado en 1283 en Cataluña.

Con la aparición del Estado nacional surge la discusión teórica sobre si la soberanía podía ser representada. El tamaño de los Estados nacionales hizo triunfar la soberanía representativa y significó el triunfo del número –una persona, un voto– y del principio mayoritario. La nación una vez constituida –resuelto el problema de su formación que implicaba la imposición de la resolución adoptada de formar una nación a quienes no la compartían– se gobernaba de acuerdo con un gobierno que representaba al pueblo y que resolvía los casos conflictivos por mayoría. Las naciones europeas, sostiene Sestan, son hijas de la historia y su cohesión interna se consiguió gracias a la política soberana del monarca. Los ciudadanos de los Estados nacionales se identifican con los antiguos súbditos del rey. Se substituye el Estado monárquico por el Estado nacional. En América –y no sólo en América– el Estado nacional surge de la unión de Estados soberanos distintos que se unen para alcanzar unos fines comunes. La cohesión interna es un reto.

La unión de Estados soberanos para formar Estados nacionales terminó tal como la historia americana enseña. Reconocida «la soberanía absoluta e indivisible y la naturaleza legal de la constitución americana, pero señalando una distinción clara entre Estado y gobierno y admitiendo la posibilidad de distribuir los poderes entre los Estados y la unión y entre los diversos órganos guber-

²⁷ Edoardo RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*² Milano, 1987, pp. 11 ss.

namentales. El federalismo constituye, por esto, simplemente, un expediente de gobierno»²⁸ que ha conducido así a «la organización del Estado a través del gobierno, por medio de una constitución, que no puede ser reformada por un procedimiento legal ordinario, y la salvaguardia de la constitución, frente al gobierno, por medio del Tribunal Supremo, con la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes»²⁹.

Si se pudieran dejar a un lado las diferencias históricas en su formación, también se podría decir que, en lo esencial, teóricamente, la Constitución española resuelve el problema de la soberanía y reparte el poder entre el Estado y las comunidades autónomas. Pero no es fácil prescindir de estas diferencias históricas: la nación española no es hija de un pacto entre Estados soberanos y las tensiones existentes han provocado que las Cortes españolas hayan pretendido asumir el control de la constitucionalidad de las leyes para aprobar una reforma constitucional encubierta, rechazada, en parte, por el Tribunal Constitucional en una sentencia que, formalmente, se acepta, aunque se rechaza cuando se subraya que sus miembros no son ni representantes del pueblo español ni titulares de la soberanía y que, en consecuencia, no pueden rechazar lo que la soberanía de las Cortes –soberanía usurpada al pueblo– ha decidido.

Hay autores que defienden la teoría que el futuro está abierto pero que no debe recurrirse a fórmulas ya superadas por el mismo desarrollo histórico. El intento de dar cohesión a un pueblo por medio de la religión ha terminado en un fracaso e intentos de utilizar otros criterios semejantes han conducido a los mayores genocidios conocidos porque se cuenta, en la actualidad, con medios más perfeccionados de exterminación. Si el fundamento de la cohesión de un pueblo no radica en la necesidad de vivir juntos, sino en otros elementos que no todos comparten, la distinción amigo-enemigo, tan criticada teóricamente, será empleada para lograr la cohesión deseada. Esta posición no encierra una ley histórica y aunque se pretendiese presentar como tal, la misma historia demuestra que estas leyes históricas no se cumplen. El deber de observar una determinada conducta no es posible confundirlo con tener que hacerlo.

Se podría decir, pues, con un lenguaje que, en tiempos, triunfó, si esta Constitución dinámica permite la contradicción entre fuerzas que impulsan en diversas direcciones, llegará un momento en que desembocará en un antagonismo que de hecho, no en la teoría, determinará quién es soberano. Hoy se acepta que la soberanía sólo corresponde al pueblo. El triunfo de la soberanía del pueblo que debe manifestarse de forma mayoritaria implica que el reto actual es hacer cumplir estos principios que el llamado realismo político a través del principio de gobernabilidad evita mediante el establecimiento de leyes electorales apropiadas y el rechazo al recurso a los medios modernos tan eficaces, al parecer, cuando se trata de conocer la opinión en otros campos.

Pero aquí, en el fondo, se está hablando de poder y del poder del Estado ejercido no por el pueblo, sino por sus representantes, quienes, mientras tanto, se han convertido en profesionales de la política: viven de la política y necesitan

²⁸ GETTELL, *Historia* II^o 286.

²⁹ GETTELL, *Historia* II^o 286.

que su actividad les garantice el puesto de trabajo. Todas estas teorías solo describen una realidad de hecho y esta realidad es el teatro donde actúan quienes aspiran al poder; y esa realidad es hija de la historia: necesaria porque se ha realizado, pero se ha realizado porque en un momento histórico concreto se han tomado determinadas decisiones que hubieran podido ser otras. La historia puede comprender, en el mejor de los casos, cómo se ha llegado a la situación actual, pero de la historia no puede obtenerse más soluciones que aquellas ya utilizadas y que la misma historia ha rebasado.

Si no se participa en esta lucha por el poder –si el instinto de poder no es un instinto o si ese instinto puede dominarse por medio de la razón–, la cuestión del poder y su ejercicio puede quedar en un segundo plano, si se acepta la idea que el Estado es, simplemente, un instrumento al cual recurre el poder para hacer la vida de sus conciudadanos más agradable.

Los principios de igualdad, libertad y fraternidad –que es el único remedio arbitrado para combatir con eficacia la distinción amigo-enemigo: quienes viven dentro de una determinada sociedad formada por hombres libres e iguales son igualmente libres e iguales aunque hayan nacido en una sociedad distinta– son unos criterios acuñados con la Revolución francesa y que, en líneas generales –salvo la fraternidad– se reconocen hoy, al menos en la tradición occidental. El conocimiento histórico puede comprender las razones que han conducido a establecer los mismos como fundamento de los Estados nacionales post-revolucionarios, pero nada más. Las ideas claras y distintas, tan evidentes ellas, son afirmadas con la misma convicción por quienes participan de las mismas como por quienes las niegan y al espectador sólo le queda o adherirse a unas o a otras o rechazar unas y otras.

Schmitt, que afirma que nunca una norma es soberana, que soberanos son los hombres, sin embargo, reconoce «que sólo puede llamarse “soberana” una norma cuando no es voluntad y mandato positivos, sino Verdad, Razón y Justicia racional, y, por tanto, tiene determinadas “cualidades”». ¿Son ideas claras y distintas? ¿Son evidentes? Las discusiones entre Sócrates y los sofistas han planteado un problema que no está resuelto, salvo que se acepte la solución aristotélica: la prudencia es «una habitud de praxis con razón verdadera acerca de lo bueno y de lo malo para el hombre», pero ese bueno y malo no es necesariamente así, es «algo que es de una manera, pero podría ser de otra»³⁰. Bien y mal, justo e injusto son criterios formales que cobran un contenido diferente a lo largo de la historia: el historiador en cuanto tal sólo puede limitarse a registrar que es lo que se considera justo e injusto en el pasado y las razones que están detrás de tales identificaciones. El ciudadano debe aspirar a ver realizada la justicia, pero debe ser consciente que puede ser violada. Si no hubiera injusticia, ¿cómo podría identificarse la justicia?

El derecho civil gallego ha dejado de ser un problema y su conocimiento histórico –con las dificultades para hacerlo desde un presente incierto– no resuelve la incógnita de su futuro.

Barcelona, 29 de febrero de 2012.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

³⁰ Xavier ZUBIRI, *Cinco lecciones de filosofía*, Madrid, 1963, pp. 19-20.