

Derechos forales y codificación civil en España (1808-1880)

I. LA «INVENCION» DE LOS «DERECHOS FORALES»

En la voz «Derecho Foral» de la Enciclopedia Jurídica Española, Rafael de Ureña exponía en las primeras décadas del pasado siglo que con estas palabras se quería «significar un régimen de excepción para un determinado territorio, *del general y común* que regula la vida jurídica nacional». Para Ureña el derecho de las «denominadas legislaciones forales» era en realidad «restos petrificados de y en gran parte anacrónicos del organismo jurídico-civil de tales ó cuales regiones españolas» que habían constituido en otro tiempo «Estados autónomos e independientes». Sin embargo, esta manera de concebir los «derechos forales» no era unánimemente aceptada por la doctrina civil de su tiempo. Como el mismo Ureña señalaba, no faltaban entonces civilistas que rechazaban el calificativo «foral» para referirse a estas legislaciones por oposición a un derecho castellano considerado común y general. Para estos últimos, tan foral era el derecho castellano como el aragonés, el catalán o el navarro, debiendo reservarse la denominación «derecho común» para las disposiciones dictadas sobre el conjunto del territorio español. No era ésta, sin embargo, la opinión de nuestro autor. Según Ureña, la expresión «derecho foral» respondía bien a su naturaleza excepcional respecto del régimen general español, identificado con el castellano, tal y como había sido recogido en el Código Civil. En este sentido escribía Ureña que junto a la denominación «Derecho foral» aparecen las de «Derecho español» y «Derecho común», que «representan el principio de la unidad, cuyo régimen de excepción entraña aquella». El derecho castellano no ocupaba así

en el «organismo jurídico nacional» un lugar equiparable al de los denominados «forales». Castilla –afirmaba Ureña– había sido «el alma Mater de nuestra nacionalidad, el crisol en el cual se han fundido en la unidad española todos los particularismos políticos». Castilla encarnaba así el espíritu nacional; podía incluso decir –con palabras de nuestro autor– «la España soy yo». Para demostrar esta aserción Ureña acudía lógicamente a la historia de España, interpretada desde esta particular perspectiva¹.

El tratamiento dado a la voz «Derecho Foral» por Ureña pone de manifiesto, entre otras cosas, la consolidación a comienzos del siglo xx de una expresión para designar la existencia en España de unos ordenamientos jurídicos que se consideran «excepcionales» por oposición a otro de carácter más amplio y general denominado común o general. En realidad, como el propio Ureña no dejaba de subrayar, la creación de esta expresión era relativamente moderna, pues se remontaba a la obra de un jurisconsulto valenciano de mediados del siglo xviii, Gregorio Mayans i Siscar, que la había empleado para referirse al derecho propio o municipal valenciano. Sin embargo, su «consagración oficial» y –cabría añadir– su difusión en el ámbito jurídico vino dada por la creación en las Facultades de Derecho, mediante Decreto de 23 de septiembre de 1857, de una cátedra de «Historia é Instituciones del Derecho civil español común y foral»². Sin embargo, el contexto histórico no era el vivido por Mayans, y los significados alcanzados por la expresión tampoco eran los mismos.

Del artículo de Ureña cabe extraer, además, otras dos enseñanzas valiosas para el tema que nos disponemos a tratar. La primera es que la expresión «Derecho foral» no se presenta aquí en oposición a «Código», sino más bien a «Derecho civil español» o a «Derecho común». A través de la identificación del Código con este derecho español podrán llegar a oponerse, pero esa es otra cuestión sobre la que volveremos más adelante.

La segunda conclusión, que no por obvia conviene dejar de señalar, es que la expresión «derecho foral» y sus correlativos «derecho común o general español» responden a una determinada representación de la historia de España y, unida a ella, a una concreta concepción de la nación. También los críticos a que hacía alusión Ureña partían de una determinada interpretación de la historia de España, donde el protagonista principal había cedido el puesto a un conjunto de territorios situados en un plano de igualdad. Parece claro, pues, que la expresión «derecho foral», al menos para el tiempo que pretendemos estudiar, atesoraba un denso contenido valorativo. Constituía lo que Koselleck define como «concepto». Estos, a diferencia de las palabras, son capaces de estructurar una concreta vivencia colectiva concentrando en sí «la totalidad de un contexto de experiencia y significado sociopolítico». En este sentido, los conceptos no sólo reflejan un determinado contexto histórico, sino que al mismo tiempo son factores de su construcción. Como afirma este autor «un concepto reúne la pluralidad de la experiencia histórica y una suma de relaciones teóricas y prácticas, de

¹ UREÑA, R. de, «Derecho Foral», en *Enciclopedia Jurídica Española*, XI, Barcelona, s.f., pp. 136-140.

² *Idem*, p. 137.

relaciones objetivas en un contexto que, como tal, sólo está dado y se hace experimentable por el concepto»³.

Desde esta perspectiva, el estudio de las relaciones entre los derechos forales y la codificación civil debe asumir como punto de partida y, en nuestro caso también de llegada, la clarificación de la experiencia histórica que hizo posible a lo largo del siglo XIX la conversión de unos derechos seculares de algunos territorios, como Navarra, Aragón o Cataluña, en «derechos forales». Precisamente en este paso radica la «historia» que pretendemos narrar. El Código o, mejor dicho, los diferentes intentos de unificación del derecho civil español a través de la formación de un Código, actuarán como contrapunto en esta particular historia. Se trata de un relato con varios personajes, cuyas identidades se fueron definiendo a lo largo de este tiempo en su relación con los demás, en un contexto político y cultural cambiante. En este sentido, resulta obligado reconocer que la historiografía ha realizado importantes progresos en esta dirección en las últimas décadas. La imagen ortodoxamente liberal del siglo XIX español, dominante durante gran parte del siglo XX, está siendo sustituida por otra menos condicionada por planteamientos apriorísticos y más atenta a la lectura contextualizada de las fuentes. Cada vez parece más claro que la construcción del Estado liberal en España fue un proceso lento y original, cuya comprensión exige superar la aproximación tradicional que adoptaba el modelo francés como paradigma interpretativo y, por tanto, también valorativo⁴.

Algo similar cabría decir de la historia de la codificación, como algunos trabajos más o menos recientes han puesto de manifiesto⁵. Esto no implica, lógicamente, prescindir del análisis de la recepción en nuestro país de doctrinas jurídicas o experiencias históricas procedentes de los países de nuestro entorno, particularmente Francia. Exige más bien abordar el estudio del derecho en la España del siglo XIX desde su propio contexto histórico y cultural. La empresa no es sencilla, pero ha dado ya evidentes resultados⁶.

Una vez clarificados los presupuestos teóricos que enmarcan este trabajo, debemos ahora rebajar las expectativas, pues ni el tiempo ni el espacio del que disponemos hacen posible abordar de manera general el tema propuesto en el

³ KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, 1993, p. 117.

⁴ Cabe citar, a título de ejemplo, para el ámbito de la justicia, Marta LORENTE (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes*, Madrid, 2007; María Julia SOLLA SASTRE, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Madrid, 2011; sobre la dificultad de consolidar un concepto formal de ley, Marta LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1808-1889)*, Madrid, 2001; o, sobre la propiedad, Margarita SERNA VALLEJO, «Apuntes para la revisión del concepto de propiedad liberal en España doscientos años después de Cádiz», en *Anuario de Historia del Derecho Español* (en adelante, *AHDE*), LXXXI, 2011, pp. 469-491.

⁵ PETIT, C., «El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», en *Anuario de Derecho Civil*, 48-IV, 1995, pp. 1429-1465; Ana BARRERO y Adela MORA, «Algunas reflexiones en torno a la codificación civil («Mucho ruido y pocas nueces»)», en *AHDE*, LXVII, 1997, pp. 243-259.

⁶ *Vid.*, por ejemplo, Emilia IÑESTA PASTOR, *El Código penal español de 1848*, Valencia, 2011.

título. Las fuentes existentes así como la bibliografía resultan prácticamente inabarcables para un solo investigador. Además, la inclusión de este trabajo en un volumen colectivo en el que se incluyen trabajos que tratan monográficamente sobre cada uno de los denominados «derechos forales» en su relación directa con la elaboración del Código civil de 1888-1889 aconsejan limitar el marco temporal al período anterior, esto es, al comprendido entre la Constitución de Cádiz de 1812 y el Decreto de 1880 que abriría la fase definitiva de la codificación civil en España.

Al mismo tiempo, y con la confianza de poder retomar en otro momento este estudio con una mayor extensión y profundidad, centraremos la atención sólo en tres momentos particularmente relevantes para nuestro tema: el primero de ellos es la elaboración de la Constitución de 1812 con la inclusión en su artículo 258 del mandato de elaboración de unos mismos códigos para toda la monarquía; el segundo momento son los años transcurridos entre el convenio de Vergara y la publicación del proyecto de Código Civil de 1851, con las reacciones que produjo en la doctrina y en las instituciones; el tercero se centra en la celebración de dos importantes congresos de juristas: uno de carácter nacional en 1863, y otro limitado a Aragón en el año que cierra el marco temporal de nuestro trabajo (1880). Nuestro objetivo es tratar de reconstruir, aunque sea de manera somera y a la espera de trabajos más detenidos, los hitos fundamentales de este proceso histórico de «invención» de los «derechos forales» desde el punto de vista de su relación con el «Código civil».

II. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y EL MANDATO CODIFICADOR

Desde el siglo XIX, constituye un lugar común referirse a los Decretos de Nueva Planta como el punto de inicio de un proceso de uniformización de la monarquía española que no concluiría hasta el último tercio del siglo XIX, con el decreto de abolición en 1876 de los fueros de las provincias vascas. Despojado de su componente teleológico, esta lectura resulta en términos generales aceptable. El problema se plantea cuando más inconscientemente que conscientemente esta interpretación lleva a ignorar la naturaleza todavía compuesta y plural de la monarquía y, sobre todo, de su derecho en el momento en que la Junta Central Suprema decretaba la convocatoria a Cortes con la denominada consulta al país de 22 de mayo de 1809.

Entre los asuntos que la Junta debía investigar y consultar figuraba –como es sabido– los «medios de mejorar nuestra legislación, desterrando los abusos introducidos y facilitando su perfección»⁷. En las respuestas dadas a la consulta por corporaciones y particulares se aprecia no sólo el convencimiento existente entre los juristas y las élites del siglo XVIII acerca de la necesidad de llevar a

⁷ Decreto sobre restablecimiento y convocatoria de Cortes expedido por la Junta Suprema gubernativa del Reino, 22 de mayo de 1809, en Manuel FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho Parlamentario Español*, II, Madrid, 1885, pp. 559-561.

cabo una reforma profunda de la legislación, que la simplificara e hiciera posible una recta ordenación de la justicia⁸. Se percibe además la conciencia de esta pluralidad jurídica característica de la monarquía que la reforma debía afrontar⁹. Lo uno no se entendía en muchos casos sin lo otro, aun cuando tampoco se planteara en la mayor parte de los casos la reforma en términos de supervivencia del derecho castellano frente a los demás. En algunos casos se proponía la formación de un único Código para todo el territorio español que redujera a pocas leyes el derecho existente y terminase con la multiplicación de derechos por provincias¹⁰. Aunque en ocasiones se hiciese referencia a los códigos castellanos antiguos, no se proponía la extensión del derecho de Castilla al resto de territorios, sino la formación de uno que respetando la tradición fuese único y común a todos los territorios españoles o, al menos, a los peninsulares¹¹.

No faltaban tampoco quienes previeran los problemas que la diversidad de derechos existente planteaba, aun cuando ello no se tradujera en una negativa frontal a la formación de códigos. A partir de aquí las propuestas variaban considerablemente. En unos casos, la mera constatación de esta diversidad de derechos era motivo para proponer una postergación de cualquier tipo de empresa codificadora o unificadora de los diferentes derechos. Es el caso paradigmático de Ramón Lázaro de Dou y Bassols, conocido jurista y canciller de la Universidad de Cervera. Ante la extrema dificultad de elaborar un código claro y simplificado, que reconocía «utilísima», el jurista catalán proponía mantener la legislación existente mejorándola en algunos puntos¹². En la misma línea se

⁸ Utilizo la antología de respuestas recogidas por Miguel ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, II, Madrid, 1976.

⁹ ANDRÉS BENITO, F., relator del crimen de la chancillería de Granada, se refería en términos bastante trágicos a esta multiplicidad de derechos: «se unieron los diferentes reinos y provincias, pero no se unieron sus leyes. Los vizcaínos, navarros y aragoneses claman por sus leyes. Los castellanos, gallegos y andaluces claman por las suyas y todos con razón. ¿Qué motivo hay para que aquéllos se hayan de regir por las de estos o por el contrario?». *Idem*, p. 484.

¹⁰ La «multitud de Códigos» y fueros municipales que todavía regían en algunas poblaciones imposibilitaba –según el ayuntamiento de Cádiz– «tomar conocimientos exactos de la ciencia legal, y nos parece que el primero y más esencial medio para mejorar nuestra legislación es simplificarla, reduciéndola a un solo código con el menor número posible de estatutos, reglas o leyes, pero generales a toda la nación española en cuantas provincias formen el recinto de la península». *Idem*, p. 287. América ni siquiera entraba aquí en consideración. En opinión del obispo de Urgel había que reducir todos los códigos antiguos existentes a uno solo, «reducir la legislación universal en todos sus ramos y en todos sus objetos y fines particulares de gobierno público, civil y criminal, desmochando, quitando, abrogando, derogando y subrogando lo que conviene, no a reinos y provincias, sino a un reino solo y unido a ellas, no a muchas coronas, sino a una, ni a muchas familias, sino a la de España y acomodarlo en cuerpo y alma al carácter de la nación». *Idem*, p. 222. El arzobispo de Tarragona y el obispo de Calahorra realizaban propuestas en la misma dirección, si bien tomando como referencia Las Partidas. *Idem*, pp. 130 y 144, respectivamente.

¹¹ Para Fray José DE JESÚS MUÑOZ, de Córdoba, la legislación española era tan mala que no admitía mejora alguna. Se hacía preciso formar «un nuevo sistema» en el que sin embargo podrían entrar materiales antiguos, pero dándoles una nueva forma y distribución. Este tipo de empresas exigían tiempo y estudio, «especialmente en España, nación heterogénea compuesta de diversas provincias y colonias, de las cuales cada una puede decirse que está sujeta a distinta legislación». *Idem*, p. 431.

¹² *Idem*, p. 420.

pronunciaba la Junta Superior de Cataluña apelando a la situación de guerra en que se vivía. En esas circunstancias sólo cabía prepararse para la deseada reforma mediante la meditación y el examen de las instituciones que las generaciones futuras podrían disfrutar¹³.

En otros casos se proponía la extensión a toda la nación de aquellos fueros y privilegios presentes en Aragón, Navarra, Cataluña y Vizcaya dignos de conservarse¹⁴, o bien se sugería la formación de un código para cada provincia¹⁵. Incluso para algunos, la formación de un código no excluía la posibilidad de mantener algunas leyes especiales para algunos territorios¹⁶. Para otros, la unificación de la legislación no era posible¹⁷, o no era conveniente¹⁸, o no se concebía la reforma de las leyes que se proponía en términos de elaboración de códigos¹⁹.

No pretendemos ofrecer una exposición exhaustiva de las diferentes respuestas que la consulta al país suscitó, sino tan sólo poner de manifiesto la diversidad de pareceres existentes en el tema a partir de un muestreo bastante aleatorio de las soluciones ofrecidas. En cierto sentido, la variedad de respuestas presagiaba la diversidad de actitudes que a lo largo del siglo XIX se defenderían frente a la codificación civil. Al mismo tiempo, resulta posible hablar de la existencia de algunas notas comunes a muchas de las respuestas emitidas. Quizá la más significativa sea la perspectiva histórica o tradicional que informaba la formación de códigos. En la mayor parte de los casos, codificar era sinónimo de ordenar, simplificar, unificar siguiendo un determinado método a partir de cuerpos de leyes existentes. Desde esta perspectiva, la codificación no se entendía contraria a la historia de cada territorio, sino en clara continuidad con ella. Si bien en algunas de las respuestas, la historia referida era fundamentalmente

¹³ *Idem*, p. 337.

¹⁴ Dictamen de Pedro ALCÁNTARA CORRALES, de Málaga, 29 de noviembre de 1809. *Idem*, p. 467.

¹⁵ «Permítase a las provincias gobernarse por el código particular de cada una, revisto primero por el gobierno, disminuido de todo aquello que no pareciese conveniente y aumentado de las leyes que exijan las nuevas circunstancias del día. El garante más seguro de la observancia de las leyes es el amor a ellas y seguramente serán siempre más amadas por cada provincia las que ven nacer en su mismo seno». Dictamen de Fray José RIUS, Balaguer, 4 de agosto de 1809, p. 434.

¹⁶ «Aunque un mismo código de las leyes para todas las provincias, para todas las ciudades y para todas las clases es la cosa más interesante y útil, a veces la desigualdad es en ellas indispensable. (...) La necesidad, aunque sólo respectiva, obliga a promulgar leyes especiales para aquellas cosas que son peculiares de cada provincia». Dictamen de José SOLSONA, Valls, 24 de septiembre de 1809, *Idem*, p. 585. *Vid.* también dictamen de José SALA, Vich, 12 de septiembre de 1809, p. 440.

¹⁷ Para el ayuntamiento de Palma de Mallorca, «todas las leyes no pueden generalizarse a todas las provincias de España», de manera que resultaba «conveniente para Mallorca que subsistan las del derecho común o de los ramos con que siempre se ha gobernado la isla». *Idem*, p. 319.

¹⁸ Esta era la postura del valenciano Francisco Javier BORRULL, quien situaba entre los defectos de la legislación existente el «querer extender sus leyes a todos los pueblos de la Península, y conviniendo los autores del Derecho Público en que unas mismas leyes no pueden acomodarse a todos los reinos, parecía conveniente restituir al de Valencia sus fueros». Dictamen de 1 de agosto de 1809. *Idem*, p. 508

¹⁹ Es el caso, por ejemplo, del cabildo de Tortosa. *Idem*, pp. 273-274.

castellana, siguiendo una tradición particularmente alimentada desde instancias oficiales en el siglo XVIII²⁰, en muchos otros la historia remitía a la pluralidad de leyes existentes en los diferentes territorios, entendiéndose lo español en un sentido amplio, comprensivo de la pluralidad tradicional de la monarquía española²¹. Y, además, estos planteamientos no procedían únicamente de los territorios no castellanos.

En resumen, la reforma de la legislación, que era un sentir prácticamente unánime, no se concebía únicamente en términos de codificación. Además, cuándo ésta se proponía, no se hacía generalmente en términos rupturistas con la historia, aun cuando la influencia del racionalismo ilustrado se hiciera sentir en muchas de las propuestas²². En cualquier caso, lo que todavía no se vislumbraba en el horizonte era la conceptualización de los derechos no castellanos como «forales» en contraposición a un derecho común, español. Menos todavía se entendían aquellos derechos como impermeables a cualquier tipo de modernización o codificación. Sí existía, como hemos visto, la preocupación en algunos por conservar estos derechos ante una posible unificación que los dejara total o parcialmente sin efecto en su territorio.

Cuando la consulta al país se hizo circular, la Asamblea reunida en Bayona había aprobado ya su Constitución, promulgada por el rey José el 7 de julio de 1808. En su artículo 96 disponía que «Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales». A su vez, el artículo 144 establecía que «Los fueros particulares de las provincias de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava se examinarán en las primeras Cortes, para determinar lo que se juzgue más conveniente al interés de las mismas provincias y al de la nación». No es posible, sin embargo, saber el grado de conocimiento de este texto en los territorios no sometidos al emperador. Mayor información se tenía ya a estas alturas del *Code* de 1804²³, aun cuando no hemos encontrado referencias expresas en las respuestas que hemos consultado. Tampoco las circunstancias parecían aconsejarlo.

Con este bagaje de propuestas, los diputados afrontaron en las Cortes constituidas en Cádiz la reforma de la legislación española. Tanto en los debates relativos a la formación de las comisiones que debían afrontar las reformas como a la aprobación del artículo 257 del proyecto²⁴, los diputados catalanes

²⁰ Vid. VALLEJO, J., «De sagrado arcano a constitución esencial. Identificación histórica del derecho patrio», en Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO (ed.), *Los Borbones: dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Madrid, 2002, pp. 423-484.

²¹ Esta concepción amplia se percibe con claridad en el elaborado dictamen de 24 de septiembre de 1809 de José Solsona, de Valls, quien proponía para la formación de un «código de legislación común e igual en toda España» el nombramiento de tres sujetos por cada provincia que se reuniesen en la Corte y fuesen leyendo «todos los códigos legislativos de España» extrayendo las leyes que se considerasen oportunas. ARTOLA, *Los orígenes*, pp. 593-594.

²² En este sentido, Bartolomé CLAVERO, «La idea de Código en la Ilustración jurídica», en *Historia, Instituciones, Documentos*, 6, 1979, p. 76.

²³ PETIT, C., «España y el *Code Napoléon*», en *Anuario de Derecho Civil*, 61-4, 2008, pp. 1773-1840.

²⁴ Sería finalmente incluido como artículo 258 en la Constitución de 1812: «El código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las varia-

gozaron de gran protagonismo, mostrando pareceres diversos²⁵. En la instrucción dada por la Junta Provincial de Cataluña a sus diputados se reconocía expresamente la conveniencia de unificar el derecho de las diferentes provincias de la monarquía, aunque se aconsejaba que, en caso de que esto no fuese posible, Cataluña debía recuperar los privilegios que tuvo durante el reinado de los Austrias²⁶. Sin embargo, no todos los diputados catalanes compartían el parecer de la Junta. Ante la propuesta realizada por el diputado catalán Espiga y Gadea en la sesión de 5 de febrero de 1811, favorable a la reforma de los códigos, partiendo de la legislación existente, hasta reducirla a sus primeros principios mediante una redacción precisa y clara, su compatriota Dou y Bassols se opuso apelando a las circunstancias extraordinarias del momento. Para Dou, la formación de un «Código perfecto de legislación», siendo deseable, debía realizarse a partir del estudio de «los Códigos de nuestra legislación» que incluían, lógicamente, los de Cataluña, Aragón o las provincias vascas. Y estas leyes no se podían encontrar en Cádiz en esos momentos.

Las objeciones de Dou fueron replicadas por otro diputado catalán, Felipe Aner. Deseaba también la «uniformidad de legislación en toda España», pero dado que ésta era distinta en cada provincia, se hacía preciso formar una comisión en cada una de ellas que propusiese al Congreso las medidas oportunas. Sólo en el caso de que se propusiese únicamente la reforma de la legislación castellana, juzgaba Aner que podría formarse una única comisión²⁷. El debate en las Cortes, suscitado y protagonizado en buena medida por los diputados catalanes, apuntaba hacia la formación de un Código civil (además de uno mercantil y otro penal) que uniformando el derecho de las diferentes provincias, tuviese en cuenta la variedad de instituciones presentes en ellas.

No es posible saber con certeza si el artículo que finalmente se aprobó en las Cortes meses después, el 21 de noviembre de 1811, respondía exactamente a estos planteamientos uniformistas desde un punto de partida plural, o venía más bien a matizar esta uniformidad abriendo una puerta a la conservación de derechos provinciales distintos del común español. Esto último parece derivar-

ciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». Constitución política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz á 19 de marzo de 1812. Edición facsimilar de 2001, Editorial Maxtor, Valladolid.

²⁵ Vid. FERNÁNDEZ VILADRICH, J., «Uniformismo jurídico y reacción en Cataluña», en José Antonio ESCUDERO (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz, 200 años*, III, Madrid, 2011, pp. 176-190.

²⁶ «Que aunque desde luego deben reconocerse las ventajas políticas que resultarían de uniformar la Legislación y los derechos de todas las Provincias de la Monarquía para que no quede esta después de la actual crisis hecha un cuerpo de partes heterogéneas; con todo quando no pensase así la pluralidad, o quando insuperables obstáculos se opusiesen á la realización de esta medida saludable, en tal caso debe Cataluña no solo conservar sus privilegios y fueros actuales, sino también recobrar los que disfrutó en el tiempo en que ocupó el Trono Español la augusta casa de Austria». *Exposición de las principales ideas que la Junta Superior del Principado de Cataluña cree conveniente manifestar á los señores Diputados de la Provincia que en representación de la misma pasan al Congreso de las próximas Cortes*, reproducido por Federico RAHOLA y TRÉMOLS, *Los diputados por Cataluña en las Cortes de Cádiz*, Barcelona, 1912, pp. 51-53. La cita en p. 51.

²⁷ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, núm. 132, 5 de febrero de 1811, pp. 500-503.

se de la intervención del diputado Gordo y Barrios para quien la cláusula final del artículo 257, si no se suprimía o aclaraba, dejaba «abierto, no ya un portillo angosto, sino una puerta anchurosa» a aquellos que «guiados del espíritu de provincialismo, lejos de uniformar, pretendan, por el contrario, mantener a todo trance prácticas y costumbres» que, habiendo sido dignas de aprecio en el pasado, conducirían en el presente a «romper el sagrado vínculo que debe unir á todos los españoles». La advertencia del diputado mexicano iba dirigida en primer lugar a frenar cualquier intento de mantener los territorios americanos en condiciones de inferioridad respecto de la península, como colonias. Sin embargo, apuntaba también expresamente a las reclamaciones que «diferentes provincias de la península» podrían realizar para conservar derechos ventajosos para sus naturales.

La respuesta en este caso vino de otro americano, Joaquín Fernández de Leiva. El diputado chileno justificó la cláusula apelando a la posible existencia en algún pueblo de la península o de ultramar de circunstancias particulares que hicieran precisa alguna variación que fuera superflua en otros pueblos²⁸. No se negaba, pues, la unidad pretendida por los códigos. En cualquier caso, el alcance de la variación debía determinarse en el futuro, abriendo una brecha en la igualdad de derechos proclamada por la comisión.

Esta posibilidad se puso de manifiesto meses después. Ante la prevista formación de las comisiones que debían proceder a la formación de los códigos contemplados en el artículo 258, el diputado catalán Juan Balle escribía a la Diputación Provincial de Cataluña solicitando instrucciones. En su carta, de 18 de noviembre de 1812, se hacía eco de la conveniencia de exigir aquellas variaciones que fueran necesarias para la prosperidad de Cataluña. En su correspondencia epistolar, Juan Balle solicitaba además el envío de un ejemplar de las *Constitucions y Altres Drets de Catalunya*. En respuesta de 19 de julio de 1813, la Diputación defendía la conveniencia de que antes de sancionarse el proyecto de legislación se pasase a las Provincias para que informasen. De esta manera, –defendía la Diputación catalana– «se logrará uniformar tal vez con más acierto este código, aunque con aquellas variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes, atendidas las reflexiones» realizadas por las provincias²⁹.

En cierta medida, la conciliación entre uniformidad y variedad había sido anunciada en el Discurso preliminar de la Constitución, distinguiendo para ello entre unos principios generales que debían ser los mismos para toda la monarquía, y la debida atención a circunstancias particulares derivadas de la variedad de climas y territorios. La uniformidad en estos principios generales salvaba así la igualdad de derechos proclamada en la Constitución³⁰.

²⁸ *Idem*, núm. 415, 21 de noviembre de 1811, p. 2306.

²⁹ FERNÁNDEZ VILADRICH, J., *Uniformismo jurídico*, pp. 184-186.

³⁰ «La igualdad de derechos proclamada en la primera parte de la Constitución en favor de todos los naturales originarios de la Monarquía, la uniformidad de principios adoptada por V.M. en toda la extensión del vasto sistema que se ha propuesto, exigen que el código universal de leyes positivas sea uno mismo para toda la Nación: debiendo entenderse que los principios generales sobre que han de estar fundadas las leyes civiles y de comercio no pueden estorbar ciertas modifi-

El regreso de Fernando VII y la restauración del Antiguo Régimen dejó sin efecto la Constitución y sus propuestas de codificación. Retomadas en el trienio liberal, aunque con escasa eficacia en el ámbito civil³¹, serían impulsadas con más fuerza tras la publicación de la Constitución de 1837 y la creación posterior en 1843 de la Comisión de Códigos, dependiente del Gobierno.

III. LA PRIMERA GUERRA CARLISTA Y SU INCIDENCIA EN LA CONCEPCIÓN DE LO FORAL

La guerra civil que siguió al fallecimiento de Fernando VII terminó por enfrentar dos concepciones distintas del orden político y social³². En lo que se refiere a nuestro tema, la apropiación por parte del bando carlista de la defensa de los fueros contribuyó de manera decisiva a dotar a esta palabra de una pesada carga semántica en el contexto político liberal de finales de los años treinta. El término fuero había ido a lo largo del siglo XVIII consolidándose como concepto en torno al cual las élites vascas y navarras articularon un discurso protector de sus libertades y privilegios. Escritores como Egaña (Bernabé Antonio), Fontecha o Larramendi situaron el fuero en un plano constitucional, sirviéndose para ello de los instrumentos que la cultura jurídica entonces imperante ofrecía, como su naturaleza pactada o su radicación en un orden trascendente indisponible para la voluntad del príncipe. Esta dimensión constitucional del «fuero», identificada con las antiguas libertades y predicada de la constitución antigua de la monarquía española aparece incluso reflejada en el Discurso preliminar de la Constitución de 1812³³.

Sin embargo, como ha destacado Coro Rubio, fue la primera guerra carlista el detonante principal que hizo posible una difusión generalizada de la imagen del «fuero» como elemento identitario de las comunidades del norte. La instrumentalización del fuero por ambos bandos, a partir de su lectura liberal o tradicionalista, situó este concepto en el centro del debate sobre la pacificación tan deseada. Acentuó su consolidación como concepto en el sentido apuntado en la introducción³⁴. Esta oportunidad, plasmada en el mismo Convenio de Vergara

caciones que habrán de requerir necesariamente la diferencia de tantos climas como comprende la inmensa extensión del Imperio español, y la prodigiosa variedad de sus territorios y producciones», *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella*, 24 de diciembre de 1811, en *Constitución de la Monarquía Española*, p. 68.

³¹ Sobre la codificación en el trienio liberal me remito a los ya clásicos trabajos de Mariano PESET, «La primera Codificación liberal en España (1808-1823)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 488, 1972, pp. 137-157; y «Análisis y concordancia del proyecto de Código Civil de 1821», en *Anuario de Derecho Civil*, 28, 1975, pp. 29-100. Vid. también Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, I, Madrid, 1978, pp. 62-96.

³² Vid. CANAL, J., *El carlismo: dos siglos de contrarrevolución en España*, Madrid, 2000.

³³ *Discurso preliminar*, p. 4.

³⁴ Con motivo de la discusión en el Senado de la Ley de 25 de octubre de 1839, el marqués de Montesa preguntó al gobierno por el alcance preciso de la palabra «fueros». El entonces minis-

en virtud del cual Espartero se comprometía a recomendar al gobierno que propusiera la concesión o modificación de los fueros³⁵, fue aprovechada por las autoridades «forales» para lanzar una campaña publicitaria, no solo en los territorios vascos, sino también en Madrid, sobre la bondad de los fueros, como sinónimo de libertad, y su compatibilidad con la unidad de la monarquía y su régimen constitucional.

En el debate que se siguió en las Cortes para la aprobación de lo que sería finalmente la Ley de 25 de octubre de 1839³⁶, los «fueros» se convirtieron en objeto de contraste con otro de los más importantes conceptos del siglo XIX, el de Constitución³⁷. Precisamente el núcleo del debate era la compatibilidad de ambos en un escenario político presidido por el deseo del Gobierno de alcanzar la tan deseada paz en los territorios del norte, flexibilizando todo lo posible el segundo de los términos en tensión. En lo que a nuestro tema interesa, el mandato de unificación de fueros y Códigos, incluido en el artículo 4 de la Constitución de 1837, entonces vigente, planteaba en unos términos más perentorios que nunca, por la dimensión identitaria reconocida a los fueros, el problema de su compatibilidad con el proyecto codificador. Frente a quienes veían en la supresión de los fueros la única solución constitucionalmente viable, Madoz ponía de manifiesto la naturaleza de proyecto que revestía el texto constitucional y, por tanto, la conveniencia de dejar que fuese el tiempo el que hiciera posible la consecución de una unidad política que en muchos ámbitos estaba lejos de ser una realidad. En particular, y refiriéndose al mandato codificador contenido en el artículo 4, el diputado progresista de origen navarro preguntaba:

«¿Pueden negar los señores de la comisión, y sentiría que esta idea escandalizara, que algunos artículos de la Constitución hasta ahora no son más que proyectos de ley? Por ejemplo; en el artículo 4.º de la misma se dice que unos

tro de Gracia y Justicia, Lorenzo Arrázola, respondió señalando que «la palabra fueros abraza todas las existencias legislativas de Navarra y Provincias Vascongadas, o de otro modo, todo lo que constituye el llamado sistema foral». *Diario de Sesiones de las Cortes*. Senado, núm. 20, 22 de octubre de 1839, p. 226.

³⁵ El artículo 1.º del Convenio firmado decía: «El capitán general Don Baldomero Espartero recomendará con interés al Gobierno el cumplimiento de su oferta de comprometerse formalmente a proponer a las Cortes la concesión o modificación de fueros». Sobre la negociación del convenio y la elaboración de la posterior Ley de 25 de octubre de 1839, con sus respectivos textos, *Vid. Rodrigo RODRÍGUEZ GARRAZA, Navarra de reino a provincia (1828-1841)*, Pamplona, 1968, pp. 319-356.

³⁶ El texto con sus dos artículos, detenidamente debatidos en las Cortes, decía:

Artículo 1.º Se confirman los Fueros de las provincias Vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía.

Artículo 2.º El Gobierno tan pronto como la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclame el interés de las mismas, conciliándolo con el general de la Nación y de la Constitución de la Monarquía, resolviendo entre tanto provisionalmente, y en la forma y sentido expresados, las dudas y dificultades que puedan ofrecerse, dando de ello cuenta a las Cortes. *Idem*, pp. 342-343.

³⁷ RAMÓN FERNÁNDEZ, T., «Fueros y Constitución. La discusión parlamentaria de la Ley de 25 de octubre de 1839», en Joseba AGURREAZKUENAGA y José Ramón URQUIJO GOITIA, *150 años del Convenio de Bergara y de la Ley del 25 de octubre de 1839*, Vitoria, 1990, pp. 57-80.

mismos Códigos regirán en toda la Monarquía ¿Y se cree que el establecimiento de los Códigos iba á existir desde que se hizo la Constitución? ¿Hay inconveniente, señores, en que los fueros municipales y los económicos de que habla el proyecto ó la enmienda que estoy combatiendo se pongan en práctica completamente en aquellas provincias por lo que previene la Constitución de la Monarquía, cuando en las demás provincias, à pesar de lo que la Constitución manda, rigen diferentes Códigos? ¿Por ventura no vemos que desde que se ha promulgado la Constitución rigen los mismos Códigos que regian antes en diferentes provincias, y que en Valencia, Aragon, Cataluña, etc. se aplican en el órden judicial y civil diferentes leyes? ¿Había, pues, tanta razón para que no se les dejara desde luego que siguieran con sus fueros municipales y económicos? ¿No podría yo citar otros muchos fueros que hoy están en observancia en varias partes y que afectan la Constitución política de la Monarquía? ¿Pues por qué estos artículos no se tenían presentes?»³⁸.

A estas alturas, resultaba claro que el régimen político que durante siglos habían disfrutado Navarra y las provincias vascas, con unas instituciones representativas propias, contradecía los principios fundamentales del régimen constitucional español. Sin embargo, todavía cabía la posibilidad de respetar a estas regiones unos determinados espacios de autonomía: aquellos identificados con los ahora denominados «fueros municipales y económicos», es decir, los relativos a su administración interior y a la hacienda pública. Por otra parte, tampoco existía en estos ámbitos, como en el más básico del derecho civil, una perfecta unidad en el resto de la monarquía. Imponer a los navarros y a los vascos unas exigencias todavía pendientes de ser realizadas en otros territorios de la monarquía parecía excesivo. La postura de Madoz se identificaba en este punto con la corriente más conciliadora del fuerismo. Frente a las posturas más extremas que por motivos opuestos defendían en los territorios del norte y en Madrid la incompatibilidad entre Fueros y Constitución, Madoz adoptaba una postura intermedia, capaz de realizar una lectura liberal de los fueros que permitiera una transición pacífica del Antiguo Régimen al nuevo Estado liberal en Navarra y en las provincias vascas. En este sentido, la conciliación era defendida más como condición necesaria para la paz que como resultado de un análisis propiamente constitucional del problema³⁹.

Esta fue también la postura triunfante en Navarra, plasmada en la denominada Ley «paccionada» de 1841, elaborada en aplicación de la ya citada de 25 de octubre de 1839⁴⁰. No prevaleció, sin embargo, en las provincias vascas, que tras

³⁸ *Diario de Sesiones de Cortes*, 1839, I, núm. 35 de 5 de octubre de 1839, p. 626.

³⁹ Sobre las diferentes actitudes en torno a los fueros y la Constitución en los territorios vascos y en Navarra desde una perspectiva comparativa con lo que sucedió a comienzos del siglo XIX en los territorios americanos, como fases de un mismo proceso histórico merece la pena consultar: José María PORTILLO VALDÉS, *El sueño criollo. La formación de un doble constitucionalismo en el País Vasco y Navarra*, San Sebastián, 2006.

⁴⁰ En una carta de la Diputación a la Reina gobernadora, de 24 de octubre de 1839, se decía: «Navarra quiere la Constitución del Estado del año 1837 [...]. También quieren los navarros sus fueros, pero no los quieren en su totalidad: no estamos en el siglo de los privilegios ni en el tiempo de que la sociedad se rija por leyes del feudalismo. [...]. Quiere aquellos fueros que conspiren a conciliar su interés con el general de la nación y con las solidas bases que encierra en sí la consti-

diversas vicisitudes debieron adaptarse por la fuerza al régimen político general español en virtud de una orden del Gobierno de 6 de abril de 1876 y, sobre todo, de la vulgarmente conocida como Ley de «abolición de fueros» de 21 de julio de ese mismo año. Es esta una historia suficientemente conocida en la que no podemos ahora detenernos, aun cuando tenga relación con nuestro tema⁴¹.

La Ley de 25 de octubre de 1839 fue desarrollada primeramente por un decreto de 16 de noviembre de ese mismo año que, entre otras cosas, ordenó la planta política de las provincias vascas otorgando a las Diputaciones, ahora llamadas forales para distinguirlas de las provinciales, la administración interna de la provincia y las negociaciones con el Gobierno para el arreglo del problema foral. Se otorgaba así un gran poder a las Diputaciones forales, limitando a las provinciales, con las que coexistían, al control de las elecciones a Cortes. También en el ámbito local, se instituyeron unos ayuntamientos, ahora denominados también forales para distinguirlos de los constitucionales, que se formarían según lo dispuesto en los fueros y costumbres⁴².

De esta manera, el término «foral» se iba consolidando por su relación con lo dispuesto con carácter general para el resto de España. Así, una crónica de la época, publicada en 1845, al tratar acerca de la tramitación de la citada ley de confirmación de fueros, hacía referencia a algunos diputados que «deseaban en la *cuestión foral* hallar un pretexto para escatimar las garantías populares consignadas en el Código de 1837»⁴³. Durante la discusión del futuro artículo 4 de la Constitución de 1845 que tuvo lugar en el Senado en los últimos días de diciembre de 1844, no faltaron referencias explícitas a las legislaciones forales⁴⁴. En este sentido, el calificativo foral aplicado al derecho o a las legislaciones de estos territorios parece ya generalmente aceptado en esos años. En sus críticas «Observaciones sobre los fueros de Vizcaya», publicadas en 1850, Rafael de Navascués, antiguo jefe político e intendente de aquella provincia, se servía del calificativo foral en este mismo sentido. La cuestión foral, presente ya en la dedicatoria de la obra⁴⁵, se identificaba así con la compleja inserción del régi-

tución del Estado. (...). Si en esta plantificación provisional y rápida pueden ofrecerse dudas y dificultades no sería tan difícil su resolución oyendo previamente a la Navarra que, no advierte en la materia ni en la unión de la Constitución y de los fueros juntos esa contradicción, esa incompatibilidad que algunos se figuran». Sobre el debate, contenido y reacciones en Navarra a la Ley de 25 de octubre de 1839, y a la denominada «paccionada» de 1841, *Vid. RODRÍGUEZ GARRAZA, Navarra de reino a provincia*, pp. 330-435. La cita en pp. 357-358, n. 514; también, Mercedes GALÁN LORDA, «Navarra: su integración como provincia foral en la España del siglo XIX», en José Antonio ESCUDERO (coord.), *Génesis territorial de España*, Zaragoza, 2007, pp. 767-804.

⁴¹ Entre la abundante bibliografía existente me remito a, CORO RUBIO POBES y SANTIAGO DE PABLO (coord.), *Los liberales. Fuerismo y liberalismo en el País Vasco (1808-1876)*, Vitoria, 2002.

⁴² PORTILLO VALDÉS, *El sueño criollo*, p. 87.

⁴³ *Panorama español. Crónica contemporánea-obra pintoresca*, III, Madrid, Imprenta del Panorama Español, 1845, p. 315.

⁴⁴ El ministro de Gracia y Justicia, Luis Mayans, se refería así a «las legislaciones especiales o forales». *Diario de las Sesiones de Cortes*. Senado (en adelante DSS), núm. 20, 21 de diciembre de 1844, p. 157.

⁴⁵ «Al Sr. D. Eugenio MORENO LÓPEZ. La opinión de V. me decidió a publicar mis observaciones sobre la debatida cuestión foral de Vizcaya».

men particular de las provincias vascas y Navarra en el general de la Constitución española, con su mandato incluido de códigos únicos. En esta obra lo «foral» venía a calificar todo aquello que se entendía privativo de Vizcaya conforme a su derecho particular. Se hablaba así de principios forales, de disposiciones forales o de la organización foral de Vizcaya⁴⁶. A pesar de que en el Diccionario de la Real Academia la voz foral seguía significando, en sus ediciones de 1843 y 1852, lo mismo que en 1732, esto es, «lo que pertenece al fuero», el término se iba tiñendo de nuevos significados que apuntaban precisamente a lo excepcional del régimen jurídico que se disfrutaba. En este sentido, lo foral se había ido distanciando de lo castellano y común al resto de territorios españoles.

De todo esto no cabe deducir que el término foral se identificase entonces necesariamente con un derecho especial. En el debate celebrado en el Senado sobre el artículo 4 de la Constitución de 1845, ya mencionado, el diputado Huet se había referido a la legislación foral como opuesta a la común, entendiendo por la primera los fueros de las ciudades y por la segunda el derecho común castellano contenido en Las Partidas⁴⁷. Años más tarde, en 1856 se pronunciaba una conferencia en la Universidad Central con el título «Necesidad del estudio de nuestra legislación foral». El motivo de la lección era la investidura como doctor de su autor, Miguel Hüe y Gutiérrez. Su tesis era la necesidad de estudiar, junto al derecho romano, el derecho foral, es decir, aquel formado por los pueblos que habitaron la península desde los godos. En este caso, lo foral se oponía a lo extranjero, y más en particular, a lo romano⁴⁸.

Un año más tarde, se publicaba la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre 1857, conocida como ley Moyano. El 23 de ese mismo mes, se dictaba un Real Decreto en ejecución de esta ley que preveía el estudio en el tercer año de la asignatura «Historia e instituciones del Derecho civil español, común y foral»⁴⁹. La orientación que la reforma pretendía dar a la asignatura puede entreverse a partir de lo dispuesto en la lista de libros publicada en octubre de 1858 por el Ministerio de Fomento (Gaceta de Madrid, de 1 de octubre de 1858). Además de los «Elementos del Derecho civil y penal de España, de Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán», figuraban el «Sala novísimo, o nueva ilustración del Derecho Real de España, de Joaquín Romero Ginzo» y la «Novísima Ilustración del Derecho español». En el caso de que se adoptase alguna de estas dos últimas obras, el Catedrático debía hacer «notar a sus discípulos los puntos principales de diferencia entre la Legislación general de Castilla y los Fueros provinciales»⁵⁰. El escaso tiempo transcurrido desde la introducción de la materia no había permitido la elaboración de un manual específico para ella. Sin embargo, a estas alturas de siglo, parecía clara y

⁴⁶ NAVASCUÉS, R. de, *Observaciones sobre los Fueros de Vizcaya*, Imprenta de Espinosa y Cía, Madrid, 1850.

⁴⁷ Diario de Sesiones, núm 21, 23 de diciembre de 1844, p. 162.

⁴⁸ HÜE Y GUTIÉRREZ, M. *Necesidad del estudio de nuestra legislación foral*, Madrid, 1956.

⁴⁹ Reproduce el contenido del decreto en lo relativo a los estudios de Derecho, Manuel MARTÍNEZ NEIRA, *El estudio del derecho. Libros de texto y planes de estudio en la Universidad contemporánea*, Madrid, 2001, p. 228-230.

⁵⁰ *Idem*, pp. 100-101.

comúnmente aceptada la diferencia entre un derecho general, que era castellano, y otro particular, el foral. Ambos eran considerados españoles, según rezaba el título de la asignatura, pero quizá en la mente de algunos juristas, uno lo fuera más que el otro. Volveremos más adelante sobre ello, al tratar del congreso de jurisconsultos de 1863.

IV. LA COMISIÓN DE CÓDIGOS DE 1843 Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

El 19 de agosto de 1843 se creó la Comisión General de Códigos, que sustituía a las comisiones anteriores, de cuyo seno habían salido algunos proyectos fallidos de Código civil⁵¹. La nueva comisión, en consonancia con la orientación política que dominaría durante casi todo el período isabelino, se constituía como dependiente del gobierno, no de las Cortes. Constituía, así, una pieza más en el engranaje institucional que daría forma con los años al Estado administrativo.

Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución de 1837, entonces vigente, «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía». Con relación al artículo 258 de la Constitución de 1812, no sólo se había simplificado la redacción, dejando sin especificar los códigos que debían regir, sino que –en lo que a nosotros más interesa– había sido suprimida la cláusula final que dejaba abierta la posibilidad a las Cortes de introducir variaciones por particulares circunstancias. En la discusión de este artículo, para tranquilizar los recelos que semejante mandato unificador pudiese producir, especialmente en el diputado por Navarra Agustín Armendáriz, un miembro de la comisión de reforma de la Constitución, Joaquín María Ferrer, había aclarado que no se pretendía que el citado artículo entrase en vigor de manera inmediata. Primero había que formar unos Códigos para toda la Nación. Solo después podrían, una vez sancionados, regir en toda la Nación⁵². No se trataba, pues, de extender la legislación castellana al resto de territorios, sino de formar nuevos códigos teniendo en cuenta las legislaciones existentes en las diferentes regiones.

Este parece ser que fue el espíritu con que comenzó sus trabajos la Comisión de Códigos. En una de sus primeras reuniones se acordó «indagar si en alguna de las provincias se observan sobre cualquiera de las materias del derecho civil (...) ciertos usos o disposiciones particulares que se desvíen esencialmente del derecho común o que merezcan ser examinadas para su adopción o abolición en el mismo Código». El objetivo de esta medida era tratar de conciliar «en cuanto sea posible las disposiciones de las legislaciones forales con la de Castilla»⁵³. En este sentido, el derecho de Castilla seguía siendo el elemento

⁵¹ Vid. LASSO GAITE, *Crónica*, IV-1, pp. 97-149; BARÓ PAZOS, *La codificación*, pp. 67-88.

⁵² *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 153, de 29 de marzo de 1837, p. 2357.

⁵³ SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO, B., *Las comisiones de Códigos durante el reinado de Isabel II (1843-1869)*, Madrid, 2010, p. 231.

principal de la composición, aunque se daba entrada a lo dispuesto en otros ordenamientos.

Como ha apuntado Blanca Sáenz de Santa María llama la atención que en las consultas realizadas por la Comisión se excluyesen algunos territorios especialmente significados por sus legislaciones especiales, como Álava, Guipúzcoa, Cataluña y Navarra. También es significativa la escasa resistencia a la unificación mostrada por las instituciones que fueron consultadas⁵⁴.

Por otra parte, la base tercera aprobada por el Gobierno, a propuesta de la Comisión, para la elaboración del Código civil preveía la protección de derechos adquiridos, lo cual en la práctica suponía retrasar aun más la eficacia normativa del nuevo derecho⁵⁵. A este argumento se acogía José Alonso para justificar la realización de su compendio de los fueros de Navarra, frente a quienes podían pensar que la codificación dejaría sin efecto su obra. En la pluma del jurista navarro, la sustitución de los fueros navarros por un Código civil era algo que entraba dentro de lo previsible y no parecía oponerse a ello. Sin embargo, parecía claro que todavía tendría que pasar bastante tiempo hasta que la eficacia de los fueros en Navarra se extinguiese, pues la existencia de fueros y leyes diversos hacía difícil la codificación civil y, en todo caso, el respeto de los derechos creados así lo exigía⁵⁶.

⁵⁴ Se solicitaron pareceres de las Audiencias y Colegios de Abogados de La Coruña y Oviedo sobre los foros gallegos y asturianos; a la Audiencia y al Colegio de Abogados de Valencia sobre especialidades en materia de sucesiones, censos y aprovechamiento de aguas; sobre esto último también al Colegio de Abogados de Granada; a la Audiencia y Colegio de Abogados de Zaragoza sobre la patria potestad y derechos recíprocos de los cónyuges; y al Colegio de Abogados de Bilbao sobre sucesiones, legítimas y contratos. SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Las comisiones*, pp. 232-233.

⁵⁵ «El Código civil abrazará las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aun las esperanzas creadas por las mismas legislaciones». *Idem*, p. 231. En la introducción que precedía a la propuesta de bases realizada por la Comisión se apreciaba también esta intención de conciliación de los diferentes derechos civiles españoles. Entre otras cosas se decía que «La unidad de Códigos también exige que desaparezca la monstruosa variedad que hoy se observa en el Derecho privado de las diversas provincias que componen la Monarquía; pero la equidad y la prudencia, y los altos merecimientos en la presente lucha, de las exentas del Derecho común de Castilla, aconsejan que en la ejecución de aquellas innovaciones que más choquen con los hábitos arraigados, no solo se respeten los derechos adquiridos, sino que se procure no defraudar las esperanzas que ha hecho concebir la generación presente la legislación especial bajo cuyo imperio ha nacido; la paz pública y el interés de la concordia de todos los españoles, son consideraciones preferentes que deben prevalecer sobre cualesquiera otras por sólidas que parezcan». LASSO GAITE, *Crónica*, IV-1, p. 155, n. 10.

⁵⁶ «La codificación necesita mucho tiempo; y cuando tiene que variar enteramente la legislación existente, que tantos derechos crea y de tanta duración como muchos que surgen de la de Navarra, forzoso será que señale un tiempo de tal duración que sea bastante para que tales derechos sean cumplidamente ejercitados. Las nuevas leyes jamás, sin una injuria que siempre rechazan, pueden lastimar ni mucho menos casar o anular derechos creados por las anteriores. Así sobre la retardación que por sí ofrece la publicación de los códigos hay que contar con la de la vida de una generación por lo menos para que llegue a quedar derogada enteramente aquella legislación. Las buenas leyes jamás tienen efecto retroactivo; y se daría a la del código que se publicara si no diesen lugar a que los derechos adquiridos bajo la influencia de las anteriores, tuviesen cumplido efecto. (...) Podemos asegurar que todavía pasará mucho tiempo antes de poder ver la luz pública

Los trabajos de esta primera Comisión de Códigos no concluyeron en la formación de un completo proyecto de Código civil aunque avanzaron bastante en esta dirección⁵⁷. Correspondió a la segunda comisión, formada en 1846, la formación del conocido proyecto de Código civil de 1851, generalmente atribuido a García Goyena por el protagonismo que como presidente tuvo en la Comisión⁵⁸. Para entonces se había promulgado, el 23 de mayo de 1845, una nueva Constitución, que mantenía en su artículo 4 el mandato de la anterior, aunque suprimía la unidad de fueros. Durante la discusión de este artículo en el Senado García Goyena había solicitado su supresión apelando precisamente a la existencia de territorios con un derecho propio cuya derogación no parecía prudente⁵⁹. La propuesta dio lugar a un encendido debate que puso de manifiesto, entre otras cosas, que el consenso generalizado entre los senadores acerca del principio de unidad de códigos se rompía cuando la atención se centraba en la realidad jurídica entonces reinante en España⁶⁰. Resultaba innegable la existencia de regulaciones encontradas en materias centrales como, por ejemplo, la sucesión hereditaria. La adopción de una legislación común que fuera pacíficamente acogida en todo el país no parecía tarea fácil, aun cuando los partidarios de mantener el artículo 4 en su redacción originaria tratasen de tranquilizar a sus oponentes⁶¹. La efectiva redacción del proyecto de Código civil no parece

aquel código. Son muchas las dificultades, que tienen que vencerse; y no son las menores las que proceden de los fueros, leyes especiales y costumbres y usos en varias provincias del Reino, bajo cuya influencia viven bien acomodados sus habitantes». José ALONSO, *Recopilación y comentarios de los Fueros y leyes del Antiguo Reino de Navarra, que han quedado vigentes después de la modificación hecha por la ley paccionada de 16 de agosto de 1841*, I (utilizo edición de la Diputación Foral de 1964), Pamplona 1848, p. 18.

⁵⁷ Un detallado resumen de sus trabajos puede verse en LASSO GAITE, *Crónica*, IV-1, pp. 167-196.

⁵⁸ Los trabajos de la comisión son también expuestos con detalle por LASSO GAITE, *Idem*, pp. 196-240.

⁵⁹ «Reflexiónese, señores, que se trata de una tercera parte de España, tal vez la más enérgica y poderosa, cuya legislación data, sino desde la caída de la Monarquía, al menos desde su restauración, y cuyos fueros están incrustados en los intereses de cuanto allí se respira; no vayamos a ponerles en un artículo de la Constitución el terrible lema de Dante á la puerta del infierno: ¡Perded toda esperanza! ¡Ojala que mis temores sean vanos! pero sin ser profeta, y aunque el don de profecía no pruebe santidad, me atrevo á pronosticar graves males y peligros». DSS, núm. 20, 21 de diciembre de 1844, p.156. En otro momento de la discusión, GARCÍA GOYENA, explicitaba aún más sus temores: «preveo peligros y nadie me negará su posibilidad; no quiero dar auxiliares ni esperanzas á los partidarios de don Carlos ni á la revolución». *Idem*, núm. 21, 23 de diciembre de 1844, p. 170.

⁶⁰ Para el conde de Ezpeleta, diputado por Navarra, la unidad de fueros (de leyes) que se quiere «es imposible que se adopte, á menos que no queramos seguir el sistema de que los pueblos se han de amoldar, aunque perezcan, á las leyes, y no se han de dar las leyes para los usos y costumbres de los pueblos. Parece lo más natural que se les dé las leyes que desean, las que tienen en sus hábitos, para que las respeten; por consiguiente, tendrá que pasarse por esas diferencias, diferencias que serán más notables en el Código, del cual aún aquí no se ha tratado. ¿Es posible que el código rural establecido en Galicia, en las Provincias Vascongadas y en Asturias sea el mismo que rija en la Mancha y en Andalucía?». *Idem*, p. 167.

⁶¹ El ministro de Justicia, Mayans, exponía: «El argumento (de García Goyena) tendría fuerza si se tratara hoy de dar los Códigos sin consideración, sin miramiento á las legislaciones especiales ó forales; pero no siendo así, y pudiendo y debiendo prevenirse en ellos todos los incon-

que suprimiera los recelos existentes acerca de su normal recepción en los territorios afectados por la unificación operada, que en realidad eran todos.

Como es sabido, el Gobierno decidió publicar el proyecto de 1851 en la revista *El Derecho Moderno* con la intención de que su texto fuera objeto de informe por parte de tribunales, colegios de abogados, universidades, autoridades y personas ilustradas. En la Real Orden de publicación, el Gobierno señalaba expresamente los motivos que hacían aconsejable no proceder a su inmediata publicación. Para este, una obra de esta naturaleza resultaba siempre de especial trascendencia. El motivo alegado era «la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas, no solo en determinados territorios de la Monarquía que en otro tiempo formaron estados independientes, sino también hasta en no pocos pueblos pertenecientes a provincias en que por lo general se observan los Códigos de Castilla...»⁶². Parecía por ello conveniente que con carácter previo a su promulgación se debatiese el proyecto y se preparase la opinión.

La publicación del proyecto de Código abrió ciertamente un debate en la opinión pública, principalmente entre las élites letradas, que no se cerró definitivamente hasta casi cuarenta años más tarde, con la aprobación del Código Civil de 1888-89. En un primer momento, acudieron a la cita convocada por el Gobierno algunas instituciones y corporaciones, aunque menos de las que cabría esperar. En su mayor parte, los informes fueron favorables al proyecto, aun cuando hiciesen observaciones sobre aspectos particulares que convenía modificar. Quizá la oposición mayor se encontró entre las instituciones eclesiásticas en aquellas materias que afectaban a su jurisdicción⁶³. También se opusieron con fuerza algunos colectivos catalanes afectados en sus intereses económicos⁶⁴. Sin embargo, en los informes que se dirigieron en este primer momento a la comisión codificadora, la orientación uniformista del Código no fue alegada como motivo para paralizar la aprobación. Ni siquiera parece que se pueda hablar de una oposición conscientemente foral al proyecto⁶⁵.

No cabe deducir de ello la irrelevancia de la pluralidad de derechos existentes para la formación del Código civil, pues los problemas que esta variedad jurídica planteaba eran de sobra conocidos, como ya vimos. Uno de los miembros de la Comisión de Códigos, Domingo Vila, había propuesto, sin éxito, incorporar a la base tercera, relativa a la unidad de códigos, la coletilla «respe-

venientes, como se han previsto en otras Naciones, no hay nada que temer». [...] «No se trata de someter á la legislación de Castilla las provincias que la tienen especial. Se trata solo de dar á todas las mejores leyes posibles, las que más convengan á unas y á otras provincias: de Castilla se tomará lo que en sus leyes haya de bueno, así como se tomará lo bueno de los fueros de Aragón, por ejemplo; y de esta manera se formarán los Códigos, conciliando los intereses de todas, sin lastimar derechos de ninguna, y no podrá decirse con propiedad que se impone á unas provincias la legislación de otras». *Idem*, núm. 20, p. 157.

⁶² LASSO GAITE, *Crónica*, IV-1, pp. 241-242.

⁶³ REPÁRAZ PADRÓS, M., «La crítica contemporánea al proyecto de Código de 1851», en *Anuario de Derecho Civil*, L-3, 1997, pp. 1058-1083.

⁶⁴ SALVADOR CODERCH, P., «El proyecto de Código de derecho civil de 1851 y el derecho civil catalán», en *Revista Jurídica de Cataluña*, LXXIX, 1980, pp. 49-98.

⁶⁵ En este sentido *Vid.* REPÁRAZ PADRÓS, *La crítica contemporánea*, p. 1023.

tando en lo posible las leyes y costumbres existentes»⁶⁶. Existía el temor, puesto de manifiesto posteriormente con la publicación del proyecto, de que una excesiva uniformidad perjudicase la aceptación del nuevo Código.

Por la información que tenemos de algunos territorios, la formación de un Código civil que unificase el derecho existente era algo esperado y aceptado por muchos, aun cuando no se supiese con claridad hasta qué punto esta unificación podría conciliarse con las particularidades de los derechos propios. En una representación dirigida a la reina por la Diputación foral de Navarra, el 16 de julio de 1851, se percibe esta conciencia del carácter provisional de sus fueros. La Diputación protestaba contra la aplicación en Navarra de un Real Decreto de 7 de marzo de ese mismo año en que se prohibía la propuesta de naturales para ocupar plazas en Audiencias y tribunales fuera de la Corte. La Diputación solicitaba que semejante medida no se aplicase al Tribunal Superior de Navarra «en mucho tiempo y mientras permanezcan los efectos de su antiquísima legislación». Entre otros extremos, recordaba a la reina que en virtud de lo dispuesto en la Ley de 16 de agosto de 1841, la administración de justicia en Navarra debía seguir conforme a su legislación especial «hasta que teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias se formasen los Códigos generales, que deben regir en la Monarquía». Incluso cuando esto sucediese, el derecho antiguo seguiría teniendo efectos en Navarra, al menos durante dos generaciones, a causa de los derechos adquiridos⁶⁷.

Sin embargo, no pasaría mucho tiempo hasta que la formación de una teoría crítica con el movimiento codificador, calificado de racionalista, adquiriera notoriedad pública, especialmente en el ámbito catalán. En efecto, para que la pluralidad de derechos existentes en España se convirtiera en un obstáculo insalvable para la unificación jurídica, y los derechos forales adquirieran la categoría de concepto en sentido estricto capaz de oponerse al más consolidado de «código» o «codificación»⁶⁸, resultaba necesaria la invención de una teoría, de un metarrelato, que diera unidad de sentido y coherencia argumental a la naciente «corriente foralista». En esta narrativa foral, las leyes, usos y costumbres propios de los territorios no castellanos, especialmente vascos y catalanes, cobrarían un nuevo significado. En el mejor de los casos, pasarían a formar parte, como un elemento más, sin duda sustancial, de un proyecto más amplio de reformulación del orden político y social, en el contexto de la construcción de España como Estado nación. En otros, la codificación del derecho se vería como un proyecto irrealizable a corto plazo. Sólo tras el estudio detenido del propio derecho y la

⁶⁶ *El Faro Nacional*, 27 de junio de 1852, cit. en REPÁRAZ PADRÓS, *La crítica contemporánea*, p. 1030.

⁶⁷ PABLO CONTRERAS, P. de, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La actitud de Navarra ante el Código civil (1841-1889)», en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 523-524.

⁶⁸ No es preciso recordar que también la codificación respondía a un determinado proyecto ideológico, aun cuando se presentase en ocasiones como una mera solución técnica. Lo han puesto de relieve, entre otros, Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; Giovanni CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2011; Pio CARONI, *Escritos sobre la codificación*, Madrid, 2012 [traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira].

progresiva unificación política y social del territorio sería posible abordar con ciertas garantías la codificación del derecho propio en conexión con los derechos de los demás territorios españoles. Y ello no impediría, además, la introducción cuando fuera necesario de excepciones al régimen general⁶⁹.

En el País Vasco, el tradicionalismo católico asociado al movimiento carlista, y en Cataluña, la lectura adaptada de las doctrinas de la Escuela histórica alemana, fueron utilizados por los defensores de los «fueros» para la articulación de una alternativa al proyecto codificador⁷⁰. En este contexto se entiende mejor la lucha que desde mediados de siglo enfrentaron a las denominadas Escuelas histórica y Escuela filosófica en distintos foros políticos y jurídicos. También desde esta perspectiva se comprende la escasa resistencia que los juristas aragoneses, ajenos a estas ideologías, opusieron a la formación de un Código⁷¹. En este territorio, los fueros no fueron empleados al servicio de una determinada representación del orden político y social. Siguieron, por el contrario, disfrutando de su mera condición de fuentes del derecho, susceptibles en cuanto tales de evolución y cambio, en función de las circunstancias y necesidades históricas. La codificación del derecho era así vista como una necesidad de los tiempos. Lógicamente, no se trataba de renunciar al derecho aragonés para adoptar el castellano, sino de formar un Código español que incluyera o, al menos, salvara para Aragón lo mejor del derecho propio. En 1865, Martón y Santapau defendían, en la introducción a una exposición del derecho aragonés pensada para su estudio en las Universidades, la necesidad que existía de suplir sus «vacíos [del derecho aragonés] con la legislación de Castilla, á la que es preciso recurrir ó apelar en sus omisiones, y á la que, en efecto, acuden los tribunales y los jurisconsultos, dando de este modo toda la importancia que se merece á un Derecho que, siendo el patrio común, llegará a ser con el tiempo el único». Lógicamente, los autores del manual no estaban propugnando la supresión futura del derecho aragonés sino la integración de «esa monstruosa variedad de legislaciones y fueros especiales» en «la tan apetecida unidad de nuestras leyes patrias»⁷².

Transcurridos veinte años desde la publicación del proyecto de Código civil, Gómez de la Serna atribuía a la entonces reciente influencia de la Escuela Histórica alemana los recelos que se opusieron a su aprobación. Para este influyente jurista, resultaba claro el contraste entre el general optimismo con que la

⁶⁹ Esta es, por ejemplo, la interpretación que de la postura de Durán y Bas realiza Encarna ROCA TRIAS, «La codificación y el derecho foral», en *Revista de Derecho Privado*, 62, 1978, pp. 600-601.

⁷⁰ Una buena expresión de oposición frontal a la codificación desde una postura que se auto-identifica con la Escuela histórica, frente a la escuela filosófica, es el artículo publicado por Ángel ALLENDE SALAZAR en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (53, 1878, pp. 204-213 y 273-283) con el título «La codificación civil y las legislaciones forales». Allende contraponía la escuela «estatalátrica», uniformadora y centralista, a la escuela defensora de la libertad, descentralizadora y amante de la «antigua constitución de nuestra patria» (p. 205).

⁷¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1997, pp. 141-144.

⁷² MARTÓN Y GAVÍN, J., y SANTAPAU Y CARDÓS, F., *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla, por dos abogados del Ilustre Colegio de Zaragoza*, Zaragoza, Establecimiento tipográfico de Vicente Andrés, 1865, p. V.

Comisión de Códigos había comenzado su tarea en 1843, cuando la Escuela Histórica todavía no era conocida en España, con las reservas que acerca de la conveniencia de un Código civil único existían apenas diez años después⁷³.

El alcance y profundidad de la recepción en España de la Escuela Histórica alemana está todavía en buena parte por estudiar. La historiografía ha puesto de manifiesto tanto el papel pionero que la *Introducción General a la Historia del Derecho* de Lerminier tuvo en la toma de contacto de los juristas españoles con Savigny y la Escuela Histórica, como la escasa profundidad de semejante recepción⁷⁴. Incluso cuando más adelante las obras del jurista alemán fueran conocidas sin intermediarios en España, la Escuela histórica parece que siguió siendo más una justificación para defender las costumbres y derechos tradicionales de algunos territorios, que el punto de partida en la construcción científica de un orden jurídico basado en la reinterpretación de viejos materiales. Particularmente en Cataluña, con la figura preeminente de Durán y Bas, la Escuela Histórica desempeñaría este papel defensivo frente a la codificación civil⁷⁵. Además, sería objeto de reinterpretación desde un iusnaturalismo tradicional de cuño católico, purgándolo así de aquellos elementos relativistas más ligados al historicismo alemán.

La asunción por el discurso jurídico decimonónico de la existencia de una escuela histórica opuesta a otra filosófica y la necesidad de superar esta dicotomía se proyectó con especial claridad en el primer congreso de jurisconsultos celebrado en Madrid en 1863. Dos años antes, Ortiz de Zárate había localizado en el enfrentamiento entre estas dos escuelas, una identificada con los fueros y otra con el Código, la principal causa del fracaso de la «gran reforma

⁷³ «Se creía generalmente entonces que era fácil la formación del Código civil, sin tomar en cuenta las grandes dificultades que debía oponerle la diferencia de leyes y costumbres entre las diversas partes de la Monarquía: (...) la escuela histórica que con ardor había sostenido en Alemania tan obstinada lucha después de la caída del primer Imperio francés, no tenía partidarios en España: por lo mismo que la diferencia de fueros era tanta, se consideraba generalmente que un Código Civil que fuese igual para todos, sería un medio poderoso de unidad y que contribuiría grandemente a la mayor cohesión de los Estados que a principios del siglo XVI vinieron á formar nuestra nacionalidad. El tiempo se encargó de disipar ilusiones». Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, «Estado de la codificación al terminar el reinado de doña Isabel II (1868)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 39, 1871, p. 292. En la p. 297 se refiere a la influencia de la «Escuela Histórica-alemana».

⁷⁴ MARTÍNEZ NEIRA, M., y MORA CAÑADA, A., «La historia del derecho de Lerminier», en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, II, Valencia, 2007, p. 158; José María PÉREZ COLLADOS, «La tradición jurídica catalana (valor de la interpretación y peso de la historia)», en *AHDE*, LXXIV, 2004, pp. 164-167; Bartolomé CLAVERO, «La gran dificultad». Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX», en *Ius Commune*, 12, 1984, p. 97. Como señala este autor, la necesidad de conciliar un «elemento histórico» con otro «filosófico» en el derecho se convierte en este autor en un verdadero tópico.

⁷⁵ Lógicamente, ni todos los juristas catalanes se identificaron con la Escuela Histórica, ni todos se opusieron a la codificación. Sobre la denominada escuela jurídica catalana y la influencia en ella de la Escuela Histórica alemana, *Vid.* PÉREZ COLLADOS, *La tradición jurídica*, pp. 160-184; Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ, «Escoles Jurídiques Catalanes i Codificació», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, II, Madrid, 1990; Montserrat FIGUERAS PÀMIES, *La Escuela Jurídica Catalana frente a la Codificación española. Durán y Bas: su pensamiento jurídico-filosófico*, Barcelona, 1987.

codificadora»⁷⁶. Había transcurrido más de una década desde la publicación del proyecto de Código civil de 1851. En ese tiempo, la formación de un Código civil se había consagrado como tópico de discusión en medios jurídicos, pero en las instancias oficiales parecía que el optimismo de los comienzos se había enfriado⁷⁷. La iniciativa correspondía ahora a los juristas y la citada superación de los planteamientos excesivamente historicistas o exclusivamente filosóficos se veía como un paso necesario para avanzar con éxito en el proceso codificador.

V. EL PRIMER CONGRESO ESPAÑOL DE JURISCONSULTOS (1863)

Las noticias que tenemos de este importante Congreso son escasas y se reducen prácticamente a la crónica que sobre él publicó Aniceto de Palma y Luján⁷⁸. La convocatoria corrió a cargo de una comisión integrada por destacados juristas⁷⁹. Las cuestiones que se tratarían durante las sesiones, convocadas para los días 27 al 31 de octubre de 1863, serían cuatro. Las dos primeras guardaban relación directa con la codificación civil:

«1. ¿En qué época de la vida de los pueblos se debe codificar? ¿cuáles son los principios que deben presidir à toda codificación?

2. En materia de sucesiones ¿es preferible el sistema de legítimas ó el de la liberrima facultad del testador? En el primer caso ¿qué porción de herencia debe constituir la legítima? En el segundo ¿cómo se conciliará la libertad del testador con los deberes naturales respecto à los descendientes?»⁸⁰.

En la presentación de su crónica, Aniceto de Palma ponía de manifiesto la concurrencia al congreso de jurisconsultos procedentes no solo de diferentes escuelas y partidos, sino también de provincias regidas por «la legislación secular de Castilla» así como de provincias que fueron «antiguamente Estados inde-

⁷⁶ DSC, 1861, núm. 65, p. 1731, cit. en LASSO GAITE, *Crónica*, IV-1, p. 299.

⁷⁷ Como es sabido, la frustración del Código en este primer momento, dio lugar a la publicación de una serie de leyes especiales que fueron uniformando el derecho en áreas especialmente necesitadas de regulación. De esta manera, el proceso de construcción de un Estado liberal no fue detenido. Vid. BARÓ PAZOS, *La Codificación*, pp. 171-207. Para Martínez Alcubilla, la tramitación en el Senado de la Ley Hipotecaria, que debía haber sido uno de los títulos del Código civil, era una muestra de que desde 1851 no se había pensado seriamente en su aprobación. Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de Administración*, III, Imprenta de El Consultor, Madrid, 1960, p.117.

⁷⁸ «Congreso de Jurisconsultos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 23, 1863, pp. 273-308.

⁷⁹ Firman la convocatoria: J.F. Pacheco, C. Antón de Luzuriaga, Manuel Cortina, Salustiano de Olózaga, A. de los Ríos y Rosas, Pedro G. de la Serna, Cirilo Alvarez, Manuel A. Martínez, F. de Paula Canalejas, Secretario.

⁸⁰ *Revista ibérica de ciencias, política, literatura, artes é Instrucción Pública*, 7, 1863, pp. 431-433.

pendientes» y habían conservado tras su incorporación a la Corona «sus leyes especiales». Aunque pretendiera ofrecer una imagen de integración, resultaba claro que la perspectiva desde la que el cronista escribía era más bien castellana, cuyo derecho se entendía como «común» por oposición al carácter «especial» del que regía en los territorios «forales». Aún cuando no emplease estos términos, el trasfondo apuntaba claramente en esta dirección. Por otra parte, con renovado optimismo, el cronista veía en los resultados del Congreso el primer paso hacia la «apetecida unión» consecuencia del «fundir en una las diferentes legislaciones civiles de nuestra Península». Ello sería posible si se destruían «las prevenciones» de quienes se oponían a la codificación por considerar que de esta manera se impondrían los principios del derecho castellano sobre el resto.

De la lectura de la crónica, así como de las conclusiones a que los juristas llegaron, se desprende, efectivamente, el protagonismo dado a la pluralidad de derechos existentes como factor que debía ser superado para lograr la codificación del derecho. Esta realidad, y las posturas adoptadas frente a ella, se interpretaban desde unas categorías que se entendían en cierto sentido meta-históricas y que remitían a dos modos aparentemente opuestos de concebir el derecho: la postura histórica y la filosófica⁸¹.

Durante la discusión de la primera de las cuestiones propuestas, la división entre estas dos escuelas ocupó a buena parte de los intervinientes. En las conclusiones aprobadas por el Congreso para la primera de las cuestiones se reconoció la conveniencia de lograr un Código único para España, aunque con carácter previo debía allanarse el camino mediante leyes especiales. En el caso de que se decidiese codificar con carácter inmediato, debía dejarse libertad en materia de «sistema dotal», «sociedad legal» y sucesiones. Se trataba, lógicamente, de los ramos donde las diferencias entre los derechos forales (a su vez distintos entre sí), y el derecho castellano resultaban más difíciles de salvar. Sólo cuando la opinión estuviese suficientemente preparada para aceptar sin repugnancia la unificación, podría dictarse una ley general en estas materias. Por otra parte, las conclusiones afirmaban la ausencia de oposición «entre el elemento histórico y el filosófico», debiendo hermanarse ambos en la obra del legislador, que debía evitar sacrificar el derecho tradicional movido por «teorías abstractas» o «exigencias de escuela»⁸². Había prevalecido, pues, la posición de aquellos que veían en la Codificación un proyecto a medio plazo, resultado de la integración pacífica de los diferentes derechos españoles entonces existentes en uno común. No se contemplaba, pues, la supresión sin más de los derechos «forales».

⁸¹ En la discusión del Congreso, Gómez de la Serna situaba a Alfonso X con sus Partidas en la escuela filosófica de su tiempo y a Alfonso XI en la unión de esta con la histórica. DE PALMA, *Congreso*, p. 278

⁸² *Idem*, p. 306.

VI. GIL DE BERGES Y EL CONGRESO DE JURISTAS ARAGONESES

Aún cuando bajo el término «foral» se agrupasen todos aquellos derechos no castellanos, concebidos ahora como especiales, lo cierto es que la actitud de los juristas de estos territorios respecto a la codificación civil no era en todos los casos la misma. Como ya adelantamos, en Aragón se mantuvo desde el principio una predisposición general favorable a la formación de un único Código civil, aun cuando ello no implicase una renuncia sin más al derecho propio. Sin embargo, los problemas en la formación del Código español movió a Gil de Berges a proponer la formación de un Código civil aragonés, en espera de que el español se hiciese realidad.

La propuesta de Gil de Berges es suficientemente significativa del clima que se respiraba en Aragón. Frente a lo que pudiera parecer en otros territorios, particularmente en Cataluña merced a las ideas de algunos de sus juristas más representativos, en Aragón codificación y derecho foral no eran conceptos contradictorios sino complementarios. La mejor manera de actualizar y, en este sentido también, de conservar el derecho propio era precisamente codificarlo.

En el prólogo que redactó con fecha de 31 de diciembre de 1879 para la *Recopilación de Fueros y Observancias vigentes de este antiguo Reino de Aragón*, de Emilio Peña, Gil de Berges ponía de manifiesto la necesidad en que se encontraba el derecho español de ser codificado. Esta empresa no había podido realizarse hasta ese momento debido a la exacerbación del «espíritu provincial», al «provincialismo» particularmente vigoroso en su tiempo. Sin embargo, la situación tanto del derecho castellano, como de los derechos forales, le parecía a este jurista aragonés insostenible. Sus fuentes, escritas en latín o en lenguas vulgares de difícil lectura, se hallaban dispersas, sin que la actuación de las Cortes sirviera apenas para actualizar algo el derecho existente⁸³.

Con relación al derecho aragonés, reconocía Gil de Berges la necesidad de codificar sus principios, sin renunciar a ellos. Se evitarían así problemas derivados muchas veces de la ignorancia de los jueces, de las dificultades de interpretación o de la aplicación de leyes propias de otros tiempos, opuestas al principio de igualdad moderno. Por todo ello, y en espera de la codificación común, e incluso como vía para su preparación, Gil de Berges proponía la codificación del derecho aragonés, sirviéndose del proyecto de 1851 en aquellas materias

⁸³ «La legislación castellana, que apenas si rige completa en dos tercios del territorio español, y que, perezosamente y a retazos ha podido recibir, con el concurso de los cuerpos deliberantes de la Nación, algo de la influencia del adelanto en el mundo, tiene aun sus más importantes fuentes escritas en lengua muerta, o por lo menos en romance, cuya traducción á idioma vulgar exige larga preparación literaria, ó extensos glosarios que faciliten la inteligencia del texto. La suerte de las legislaciones forales es todavía más precaria. Subsisten a modo de una momificación de la edad media. (...). Ni aun ediciones autorizadas y oficiales, agotadas ya las de los tiempos remotos, pueden hoy hacerse». *Recopilacion por orden de materias de los Fueros y Observancias vigentes en el antiguo reino de Aragon, adicionada con la Jurisprudencia del tribunal supremo de Justicia y precedida de un prólogo del Excmo. señor don Joaquín Gil Berges*, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1880, p. VI.

que no alterasen el provincial. En definitiva, argumentaba este jurista, el castellano era ya supletorio en Aragón. Este Código podría ser elevado a las Cortes para su aprobación oficial como ley de Aragón. Para su realización, Gil de Berges proponía la convocatoria de un congreso de jurisconsultos aragoneses que abordase como objetivo la redacción de este proyecto ⁸⁴.

El congreso efectivamente se realizó, a impulsos del Colegio de Abogados de Zaragoza, entre el 4 de noviembre de 1880 y el 7 de abril de 1881. Sin embargo, para entonces un Real Decreto de 2 de febrero de 1880, firmado por el Ministro de Justicia Álvarez Bugallal, había reiniciado las tareas de redacción de un Código civil español, alterando así los objetivos propuestos por Gil y Berges. El Decreto preveía la incorporación a la Comisión de Códigos de un representante de cada territorio dotado de «fueros» especiales, incluyendo a Galicia. El propósito declarado en el decreto era determinar aquellas instituciones forales que, por su arraigo y utilidad, fuera conveniente conservar en estas provincias como derecho excepcional del general establecido en el Código ⁸⁵. Se pretendía así cumplir definitivamente con el mandato codificador incluido en las sucesivas Constituciones del siglo XIX. En este caso se trataba del artículo 75 de la Constitución de 1876 que, como su predecesora de 1869 (art. 91), había recuperado la posibilidad gaditana de introducir «las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes».

De esta manera, el Congreso de jurisconsultos aragoneses centró sus trabajos en la discusión de las instituciones forales que debían conservarse y en la redacción de un Código de derecho aragonés que rigiera como ley en Aragón hasta que el nuevo Código entrara en vigor; tarea esta última que no llegó a ejecutar. En su sesión de 18 de noviembre de 1880, el congreso de juristas había aprobado ser oportuno y conveniente «la codificación del derecho foral vigente» aceptando «las reformas y supresiones aconsejadas por la experiencia». Una vez realizado el Código aragonés, debía solicitarse que rigiera como ley en Aragón «mientras no se publique el Código general civil de España». En caso de redactarse un proyecto de este último, se solicitaría la inclusión en él de «las instituciones fundamentales del derecho civil aragonés, como derecho general de España o como derecho particular de Aragón». Por último, después de «formado el Código civil aragonés» se acudiría al «general de España para suplir sus deficiencias» ⁸⁶. Como sabemos, finalmente se aprobaría un Código civil español en 1888-1889, con un sistema de apéndices de derecho foral. La «codificación» y el «derecho foral», forjados a lo largo del siglo XIX, habían logrado conciliarse, perdiendo ambos algo de su fuerza conceptual. Razón e Historia, de acuerdo con el tópico numerosas veces repetido por los juristas de aquel tiempo, habían logrado llegar a un acuerdo. El decreto de 2 de febrero de 1880, con

⁸⁴ *Idem*, pp. V-XX.

⁸⁵ El Decreto fue publicado en la *Gaceta de Madrid* del 7 de febrero de 1880, p. 341. Manejo copia del Decreto reproducida en Ambrosio TAPIA, *Aragón ante la Codificación General Civil de España*, Tipografía de Julián Sanz, Zaragoza, 1880, pp. 27-37.

⁸⁶ Sobre este congreso *Vid.* Joaquín COSTA, *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses* [introducción de Jesús DELGADO], Zaragoza, 1981, pp. 91-92.

su integración de los territorios forales en la Comisión de Códigos, había abierto una nueva etapa que cierra, sin embargo, nuestro trabajo. Su análisis corresponde a otros colaboradores de este número del Anuario.

RAFAEL D. GARCÍA PÉREZ