

BARTOLOMÉ CLAVERO

ANATOMIA DE ESPAÑA.  
DERECHOS HISPANOS Y DERECHO ESPAÑOL  
ENTRE FUEROS Y CODIGOS

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

*Constitución Española, 1978*

1. Primer fuero de España. — 2. Arcanos del derecho hispano. — 3. Cabeza de la universidad de España. — 4. España citerior y España ulterior. — 5. Derecho español y Derechos forales. — 6. Los últimos Fueros de España.

1. *Primer fuero de España.*

Allá por el año de 1238 y en el reino pirenaico de Navarra, se registra por escrito lo que se entiende y presenta como un primer ordenamiento de España: «Aquí empieza el libro del primer fuero que fue fayllado en Espanyna» o, según redacciones, comienzan «los primeros fueros que fueron fayllados en Espanyna». Presentan un prólogo de exposición de su historia <sup>(1)</sup>.

Según ella se acordó en tiempos este fuero no exclusivamente por españoles ni por navarros, o solamente se estableció entre ellos mediante determinadas informaciones u oportunas consultas exteriores: «Ouieron lur acuerdo que enbiassen a Roma por conseyllar como farian» así como igualmente habrían enviado por consejo «a

---

<sup>(1)</sup> Para el acontecimiento, José M<sup>a</sup> LACARRA, *El juramento de los reyes de Navarra (1234-1329)*, Zaragoza 1972, con las circunstancias que aquí no nos interesarán, como tampoco lo hará el fenómeno de un eco incluso europeo del motivo del texto: Ralph E. GIESEY, *Il Not, Not. The Oath of the Aragonese and the Legendary Laws of Sobrarbe*, Princeton, 1968, pp. 32-63 y 249-251.

Lombardia que son omes de grant justicia»; a las zonas de procedencia de un *ius commune*, canónico y civil, ya se dice que ante todo por ilustración se acudía. Sólo después de esto, y como efecto de la misma consulta, se añade que primeramente se fijaron los Fueros y, en segundo lugar, se eligió la Monarquía <sup>(2)</sup>.

Tampoco es un derecho español lo que exacta y enteramente luego se refleja; como fuero aparece que «ningun rey de Espayna non deua dar iudizio» sin la asistencia de jueces «que sean de la tierra en que fueran: si d'Aragon, aragoneses, si en Cataloyna, cataloyneses, si en Nauarra, navarros, si en Castieylla, casteyllanos, si en Leon, leoneses, si en Portogal, portogaleses, si en Oltrapuertos, segunt la tierra». Cada una tiene su jurisdicción y común no la hay; en esto ya precisamente consistiría el fuero de España <sup>(3)</sup>.

Es en realidad un fuero de Navarra, pero que se plantea en un horizonte hispano, junto a Aragón, Cataluña, Castilla, León y Portugal, y se sitúa en otro más amplio europeo, con derecho en su doble sentido romano. Y esto último podrá ser más efectivo; leyes que acuerdan en Cortes los estamentos navarros, eclesiástico, nobiliario y ciudadano, y que promulgan sus Monarcas podrán seguidamente tanto convertir en ordenamiento del Reino normas canónicas como adoptar tras el derecho propio el *ius commune* en su conjunto: «En cuanto al decir y sentenciar las causas y pleitos, a falta de fueros y leyes de este reino, se juzque por el derecho común, como siempre se ha acostumbrado» <sup>(4)</sup>.

Esto último se puntualizaba en el siglo XVI, tras 1512, después de que el reino de Navarra, o mejor su parte cispirenaica, se anxio-

---

<sup>(2)</sup> Angeles LIBANO, *El romance navarro en los manuscritos del Fuero Antiquo del Fuero General de Navarra*, Pamplona, 1977, pp. 25-26, 37-39, 51-52; Hortensia VIÑÉS, *Hablar navarro en el Fuero General*, Pamplona, 1977, pp. 25-26; Juan UTRILLA, *El Fuero General de Navarra. Estudio y edición de las redacciones protosistemáticas*, Pamplona, 1987, I, pp. 151-152, II, pp. 31-32; sin que tampoco ahora importen las variantes textuales ni la cuestión ligüística.

<sup>(3)</sup> A. LIBANO, *Fuero Antiquo*, pp. 31, 45, 57; J. UTRILLA, *Fuero General*, I, pp. 156-157, II, pp. 37-38.

<sup>(4)</sup> B. CLAVERO, *Temas de Historia del Derecho. (II) Derecho de los Reinos*, Sevilla, 1977, pp. 73 y 133; Jesús LALINDE, *El sistema normativo navarro*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 40, 1970, pp. 85-108; Juan GARCÍA GRANERO, *Estudio sobre el capítulo 30, 20, 6 del Fuero General de Navarra: un texto recibido del Derecho Romano*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 46, 1976, pp. 225-345.

nara a la España que ya conformaban el conjunto de los otros territorios aludidos, salvo todavía Portugal <sup>(5)</sup>. Aunque en un momento en el que todavía la unión entre las Coronas de Castilla, o castellanoleonés, y la de Aragón, o catalanoaragonesa, fuera bien precaria, Navarra fue el último territorio en incorporarse entre los peninsulares que hoy forman España. Al hecho de esta incorporación ya se le confirió entonces bastante significación.

Así pudo expresarlo un buen observador florentino: «La conquista ha sido magnífica, no tanto por los ingresos, que no pasan de unos 50.000 ducados al año, como por la uniformidad que tiene con los restantes reinos de este país y porque, al haberse enseñoreado hasta el pie de las montañas, ha cerrado (esta Monarquía) la vía de entrada a España por este sector y dejado abierta en cambio la vía de ingreso a Francia» <sup>(6)</sup>. El argumento era común, «ca los montes Pirineos, que son muy ásperos, parten a España de Francia» <sup>(7)</sup>. Se le significaba como un asunto de relaciones militares entre dos Monarquías, española y francesa, y no, como luego querrá verse <sup>(8)</sup>, de cierre y redondeo de una frontera para la formación de un Estado español. Los propios Pirineos de hecho no marcaban una línea fronteriza <sup>(9)</sup>; militar y políticamente irá haciéndose <sup>(10)</sup>.

<sup>(5)</sup> LUÍS SUÁREZ, *Fernando el Católico y Navarra. El proceso de incorporación del reino a la Corona de España*, Madrid, 1985, aun faltando el capítulo de la anexión formal; la también reciente traducción (Iruña 1981) de la *Histoire de la réunion de la Navarre à la Castille (1479-1975)* está censurada y alterada, con cambios precisamente como el de España en vez de Castilla que también figura en el título de L. Suárez.

<sup>(6)</sup> LUÍS DIEZ DEL CORRAL, *La Monarquía hispánica en el pensamiento político europeo. De Maquiavelo a Humboldt*, Madrid, 1975, pp. 156-157, traduciendo de la correspondencia de Guicciardini.

<sup>(7)</sup> Manuel FERNÁNDEZ ALVAREZ (ed.), *Corpus documental de Carlos V*, I, Salamanca 1973, p. 52, de una carta de 1516 de Alonso de Aragón, el hijo mayor de Fernando II (V de Castilla).

<sup>(8)</sup> José Antonio MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*, Madrid, 1972, I, p. 93.

<sup>(9)</sup> Bien puede apreciarse últimamente con la moda de la microhistoria: Emmanuel LE ROY LADURIE, *Montaillou, aldea occitana de 1294 a 1324*, trad. Madrid, 1981; Natalie ZEMON DAVIS, *El regreso de Martin Guerre*, trad. Barcelona, 1984.

<sup>(10)</sup> José M<sup>a</sup> CORDERO TORRES, *Fronteras hispánicas. Geografía e Historia, Diplomacia y Administración*, Madrid, 1960, pp. 183-225; Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad (Especial referencia al sector fronterizo del País Vasco)*, Bilbao, 1980, pp. 105-116 y 154-166.

Tampoco acusaba alguna superior integración la impresión ofrecida interiormente por Navarra: su derecho sigue siendo el propio navarro y el común europeo, sin atención a alguno español. Pero esto mismo ya tenía también que puntualizarse. La anexión formal había sido a la Corona castellanoleonese que a estas alturas ya presentaba una conformación jurídica bien distinta a la catalanoaragonesa, aun unidas ambas Coronas ya dinásticamente desde el propio siglo XVI. Recordándolo muy brevemente: en esta segunda, la de Aragón, se conservaba aquella estructura interna que dijera el fuero de España mientras que en la primera, la de Castilla, tendían a refundirse los territorios bajo la ley de la Monarquía. A esto salía al paso la definición dicha del derecho navarro: fueros y leyes propias más *ius commune*, sin cabida en efecto para el ordenamiento castellano de la Monarquía <sup>(11)</sup>.

Era una forma de mantener en Navarra el susodicho fuero de España una vez que resultaba el Reino integrado en una más dilatada y poderosa Monarquía. Las instituciones de producción y aplicación del derecho de que ha venido dotándose la Navarra bajomedieval <sup>(12)</sup>, se mantienen y desenvuelven. Una integración política existe, pero no la jurídica. Prosiguen con sus funciones precisas las Cortes <sup>(13)</sup>; se crea una Diputación más permanente de los mismos estamentos del Reino <sup>(14)</sup>; existe un Consejo Real con sede en la propia Pamplona que constituye jurisdicción suprema <sup>(15)</sup>. La Monarquía tiene la facultad de nombramiento de algunas magistraturas entre no navarros; el Consejo Real de Castilla, que le es y le está más cercano, logra intervención en las funciones menos jurisdiccionales de este

---

<sup>(11)</sup> FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, caps. XIV y XVI.

<sup>(12)</sup> JAVIER ZABALO, *La Administración del reino de Navarra en el siglo XIV*, Pamplona, 1973, pp. 92-98, 273-283 y 343-351; JOAQUÍN SALCEDO IZU, *Las Cortes en Navarra en la Edad Media*, en AA.VV., *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, Valladolid, 1988, II, pp. 575-605; MARÍA PUY HUICI GOÑI, *La Cámara de Comptos de Navarra, 1328-1512*, Pamplona, 1988.

<sup>(13)</sup> MARÍA PUY HUICI GOÑI, *Las Cortes de Navarra durante la Edad Moderna*, Pamplona, 1963.

<sup>(14)</sup> J. SALCEDO IZU, *La Diputación del Reino de Navarra*, Pamplona, 1969-1974.

<sup>(15)</sup> J. SALCEDO IZU, *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI*, Pamplona, 1964, pp. 146-160 y 176-183; LUIS JAVIER FORTÚN y CARLOS IDOATE, *Guía de la sección de Tribunales Reales del Archivo General de Navarra*, Pamplona, 1986, pp. 11-21.

otro organismo dicho consiliar de Navarra (16), pero las Cortes y la Diputación también cuentan con medios precisos para la defensa del ordenamiento navarro: fueros, leyes propias y derecho común (17). Con su base medieval y su incorporación del *ius commune* este derecho de Navarra se mantiene con entidad propia (18).

Para Navarra, el derecho de Castilla es un derecho exterior, aunque no por ello extraño. No faltarán intentos de introducción del derecho castellano como, según se dirá sobre todo en el XVIII, «derecho general de España», pero Navarra, con el suyo propio, no lo acepta. Se encuentra incardinada en la «Monarquía de España» o, como también y mejor entonces se dice, entre los «Reynos de España» sin que ello afecte necesariamente a su derecho (19). Bajo el mismo entendimiento de tratarse con entidades diferenciadas, Navarra se relaciona con los territorios españoles vecinos: Aragón, con el que tiene una fuerte afinidad jurídica, y las Vascongadas, esto es, Guipúzcoa, Alava y Vizcaya, con quienes la tiene cultural (20).

Y esta situación se mantiene durante largo tiempo, para el caso de Navarra hasta el mismo advenimiento del sistema constitucional (21). En todos estos siglos, entre el XIII y el XIX, existe un derecho navarro de entidad propia y directamente vinculado al *ius commune*. Sobre Navarra gravitaba un derecho castellano que pugnaría por afirmarse como español, pero reconocimiento interno efectivo sólo alcanzaba, junto al más privativamente navarro, otro de alcance europeo. Y dentro de España la misma Navarra podía entenderse

(16) J. SALCEDO IZU, *Consejo de Navarra*, pp. 84-103 y 160-176.

(17) J. SALCEDO IZU, *Diputación de Navarra*, II (*Atribuciones de la Diputación del Reino de Navarra*), pp. 305-371.

(18) FRANCISCO SALINAS QUIJADA, *Estudios de Historia del Derecho Foral de Navarra*, Pamplona, 1978, pp. 187-204; Mercedes GALÁN LORDA, *Los manuscritos del Fuero General de Navarra existentes en Pamplona*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 579-607.

(19) María Puy HUICI GOÑI, *Cortes de Navarra*, pp. 290-295.

(20) J. SALCEDO IZU, *Diputación de Navarra*, II, pp. 486-499.

(21) Rodrigo RODRÍGUEZ GARRAZA, *Navarra de Reino a Provincia (1828-1841)*, Pamplona, 1868, *Tensiones de Navarra con la Administración Central (1778-1898)*, Pamplona, 1974; María CRUZ MINA APAT, *Fueros y revolución liberal en Navarra*, Madrid, 1981; Ramón DEL RÍO ALDAZ, *Las últimas Cortes del Reino de Navarra*, San Sebastián 1985, *Orígenes de la guerra carlista en Navarra (1820-1824)*, Pamplona, 1987.

acomodada entre una diversidad de ordenamientos hispanos y un marco común no exclusivamente español.

Esta fue la realidad: ¿cómo se trata? ¿Quién la atiende fuera de Navarra? Es el ejemplo de un fuero de España que se resuelve en derechos de ámbito no español. ¿Entra este ordenamiento en el concierto histórico de los derechos europeos? ¿Se comprende su presencia? ¿Está en los manuales? En su lugar resulta que aún se sitúa el capítulo que menos existía: el de un derecho de España <sup>(22)</sup>. Las mismas exposiciones españolas es este título español lo que primariamente ofrecen, insinuando o incluso cometiendo la refundición aun entre todas las constancias adversas <sup>(23)</sup>. Pero no todo es un invento: a efectos jurídicos se hablaba de España.

## 2. *Arcanos del derecho hispano.*

Una primera historia conjunta del derecho español procede de la segunda mitad del siglo XVII, publicándose en 1703 con el título final de *Sacra Themidis Hispanae Arcana* <sup>(24)</sup>. Esta es su secuencia de capítulos: primitiva historia común, visigoda; derecho castellano, que también se denomina hispano; orígenes de los derecho de Aragón y Navarra; derecho aragonés; derecho de Cataluña; el de Valencia y el de las Baleares; derecho navarro, el de los territorios vascongados, dichos Cantabria, y el de Galicia; derecho de Portugal,

---

<sup>(22)</sup> Así en el *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* dirigido por Helmut Coing, con una parte española especialmente valiosa por aportaciones de Johannes Michael SCHOLZ y Antonio PÉREZ MARTÍN, el supuesto registrado de Navarra (II.2, München 1976, pp. 251-257) tiende a difuminarse y no alcanza relevancia por el mismo juego del epígrafe general de *Spanien* sin otra competencia a su nivel que el de Portugal.

<sup>(23)</sup> Común en la manualística desde los propios títulos, el caso más palmario, para uno y otro aspecto, es el de superior influencia: Alfonso GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1959-1962, pero tampoco puede decirse que la historiografía menos especializada comprendiese el objeto y situase el tema: Mariano y José LUÍS PESET, *Vicens Vives y la historiografía del derecho en España*, en J.M. SCHOLZ (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt am Main, 1977, pp. 176-262.

<sup>(24)</sup> Gerardus Ernestus de FRANKENAU, *Sacra Themidis Hispanae Arcana, jurium legumque ortus, progressus, varietates et obervantiam*, Hannover, 1703; con adiciones sobre la autoría de Juan Lucas Cortés que ahora no nos afectan, Madrid, 1780.

y un capítulo final sobre los altos Tribunales que articulan institucionalmente el conjunto.

Ya comienza por no haber un Alto Tribunal, sino una variedad de Audiencias y Consejos. El cuadro es plural. Tampoco hay una serie clara de Tribunales Supremos correspondiéndose con los territorios. El panorama jurisdiccional parece complejo <sup>(25)</sup>. Efectivamente lo era. Carácter relativamente tanto más judicial como más territorial tenían las Audiencias; dentro de la Corona de Castilla ni eran supremas ni se correspondían las superiores con distritos de derecho diferenciado; cuando así podían hacerlo, como en el caso de Galicia, se encontraban especialmente subordinadas. En la Corona de Aragón la regla era la contraria; las Audiencias de Barcelona y de Zaragoza podían tenerse por tribunales supremos o Senados superiores de sus respectivos territorios, Cataluña y Aragón; la de Valencia en cambio estaba judicialmente subordinada al Consejo de Aragón <sup>(26)</sup>.

Un Tribunal Supremo de España ni existe ni se imagina. Tampoco como órgano político tiene concepción ni existencia algún Consejo de España; los Consejos de la Monarquía son de una pluralidad no menos compleja <sup>(27)</sup>. No hubo un Consejo de este nombre español ni de esta competencia geográfica; una Secretaría de tal denominación española fue una ocurrencia pasajera <sup>(28)</sup>. Ni siquiera existía un Rey de España; el Monarca lo era titularmente de los diversos territorios; a lo más, y ante la necesidad de síntesis, se dijo Rey de las Españas

---

<sup>(25)</sup> G.E. FRANKENAU, *Themidis Hispanae Arcana*, ed. 1703, pp. 196-205; ed. 1780, pp. 336-349.

<sup>(26)</sup> Para los casos entre sí bien distintos de subordinación, Laura FERNÁNDEZ VEGA, *La Real Audiencia de Galicia, órgano de gobierno en el Antiguo Régimen (1480-1808)*, La Coruña 1982; Teresa CANET APARISI, *La Audiencia valenciana en la época foral moderna*, Valencia, 1986.

<sup>(27)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo XVII*, en *Historia de España Menéndez Pidal*, XXV, Madrid, 1982, pp. 1-214; Feliciano BARRIOS, *Los Reales Consejos. El gobierno central de la Monarquía en los escritores sobre Madrid del siglo XVII*, Madrid, 1988.

<sup>(28)</sup> José Antonio ESCUDERO, *Los Secretarios de Estado y del Despacho (1471-1724)*, Madrid, 1969, I, pp. 244-251; Salustiano DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Madrid, 1982, pp. 175-178 y 209-215; J. LALINDE, *España y la Monarquía universal (en torno al concepto de «Estado moderno»)*, pp. 122-128, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 15, 1986, pp. 109-166.

(<sup>29</sup>). Se trataba de una unidad dinástica que no había unificado tan siquiera el derecho de sucesión de los distintos reinos (<sup>30</sup>).

Este era el arcano jurídico de Hispania (<sup>31</sup>). En los *Arcana Themidis Hispanae* ni siquiera había un principio de unidad específica como el que hemos visto del Fuero de España; su historia se registraba, pero en el capítulo de los orígenes del derecho de Aragón y de Navarra que así especialmente se distinguían (<sup>32</sup>). A finales del XVII Hispania podía parecer jurídicamente incluso más plural que a principios del XIII. El nombre en singular existe; significa los territorios de la Península Ibérica, con tendencia a identificársele especialmente con Castilla así como a diferenciársele por estas fechas particularmente de Portugal: «Hispania Lusitaniaque»; también parece a estas alturas que otros territorios pudieran agregársele: «Regna quae in Italia Hispanis parent et utraque India»; pero nada de esto abona precisamente alguna unidad o integración del concepto: Hispania resulta el conjunto diversificado de los territorios ibéricos. Justamente es, como los *Arcana* ya repiten, una pluralidad: *Hispaniae*, las Españas (<sup>33</sup>).

Pero la Hispania singular tampoco es tan sólo el primer capítulo de historia visigoda. La misma persistente identificación como hispanos de los capítulos subsiguientes, los castellanos, puede procurar ya alcanzar alguna efectividad. Así precisamente respecto a Navarra esto los *Arcana* nos dicen: «Constitutum tamen est, deficienti-

(<sup>29</sup>) Felipe MATEU Y LLOPIS, *El título «Rex Indiarum» del «Hispaniarum Rex» en las monedas y en las medallas*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 7, 1980, pp. 11-37; J. LALINDE, *España y la Monarquía*, pp. 144-156.

(<sup>30</sup>) A. GARCÍA GALLO, *El derecho de sucesión del trono en la Corona de Aragón*, pp. 88-113 y 178-187, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 36, 1966, pp. 5-187; Rafael GIBERT, *La sucesión del trono en la Monarquía española*, pp. 487-489 y 513-516, en *Recueils de la Société Jean Bodin*, 21, *La Monarchie*, II, Bruxelles, 1969, pp. 447-546; Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *La historia de la sucesión en el trono y el artículo 57 de la Constitución de 1978*, pp. 20-22, en *Revista de Estudios Políticos*, 19, 1981, pp. 7-42.

(<sup>31</sup>) José MARTÍNEZ GIJÓN, *La legislación (siglo XVII)*, en AA.VV., *Historia General de España y América*, VIII, Madrid, 1986, pp. 375-392.

(<sup>32</sup>) G.E. FRANKENAU, *Themidis Hispanae Arcana*, ed. 1703, pp. 59-68; ed. 1780, pp. 98-112; el título del capítulo sólo se refiere a Aragón, pero enseguida se extiende también a Navarra.

(<sup>33</sup>) G.E. FRANKENAU, *Themidis Hispanae Arcana*, ed. 1703, pp. 197 y 206; ed. 1780, pp. 336 y 350.

bus his (leyes y fueros internos), ad leges Hispanicas Romanasque esse recurrendum», con el entendimiento como hispanas de las leyes castellanas. El derecho de Castilla efectivamente se interpone, consignándose además para la pretensión autoridades mayores, no sólo de comentaristas propios: la literatura hispana de antinomias y la obra europea de Arthur Duck <sup>(34)</sup>.

La doctrina de concordia y reducción de antinomias que se ocupa del derecho de Navarra parte de la constancia consabida: «Scias illud Regnum ius proprium et peculiare habere in multis dissentiens a iure communi Romanorum et a iure regio Castellae», pero planteándose a continuación la duda: «Utrum deficientibus legibus et consuetudinibus regni Navarrae, teneantur sequi ius commune Romanorum an vero ius regium Castellae?» <sup>(35)</sup>. La tendencia es la de conseguir esto segundo.

¿Cómo se intenta? Con argumentos y alegaciones, los unos y sobre todo las otras procedentes del *ius commune*. Navarra está expresamente anexionada a la Corona de Castilla por lo que debe aplicarse la legislación y la jurisprudencia civiles de incorporación y accesión: «Deficientibus legibus et consuetudine membrorum, recurrere debent ad leges capiti». La *caput*, como antiguamente Roma, resulta ahora Castilla. La doctrina de la ley vecina, que también se desarrolla en el ámbito del derecho común, abunda en ello: «Praeterea iure communi et canonico quod ipsi (los navarros) libenter fatentur sequi, deficientibus legibus et consuetudinibus propriis alicuius provinciae, ius quod proximum ei est, tenentur servare» <sup>(36)</sup>. Y la vecindad es unidireccionalmente, como antes la romana, ahora la castellana.

La propia legitimidad de la anexión de Navarra debe dirimirse a la luz del *ius commune* <sup>(37)</sup>. La Monarquía no tiene una ley o un derecho propios; se identifica con el de Castilla y utiliza el de Europa. «Cum leges regni Castellae sint nostri Catholici Regis», puede

<sup>(34)</sup> G.E. FRANKENAU, *Themidis Hispanae Arcana*, ed. 1703, p. 159; ed. 1780, p. 269.

<sup>(35)</sup> Johannes MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris communis ac regii Hispaniarum*, Burgos, 1575, praefatio, 8-9.

<sup>(36)</sup> J. MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia antinomiarum*, pr. 15 y 22.

<sup>(37)</sup> Carlos PETIT, *De justicia et jure retentionis regni Navarrae*, a publicarse en el Homenaje a Jesús Lalinde de la Universidad de Barcelona I.

extenderlas por sus otros territorios <sup>(38)</sup>; pero de hecho no siempre lo hace o no siempre lo consigue. Para intentarlo, no le basta alguna ley propia como la particular de Castilla; debe en efecto recurrir al acervo del *ius commune*. Este, alguna de sus interpretaciones posibles, constituye realmente su ordenamiento <sup>(39)</sup>; por sus mismos mecanismos jurisprudenciales ha de pasar la comunicación factible del castellano <sup>(40)</sup>.

Este era el derecho. Intentar otra cosa significaba llanamente salirse de su terreno para adentrarse en el de la pura agresión, que también se emprendió en nuestro escenario. Tuvo el éxito sabido, a mediados del XVII, de la separación temporal de Cataluña y definitiva de Portugal. A los pocos años, los *Arcanas* tendían a la diferenciación de ésta última: «Hispania Lusitaniaque» como ya hemos visto. Fue un primer resultado. De estos tiempos y de los mismos casos, todavía veremos.

La pluralidad y la diversidad imperaban en España sin principio coordinador ni institución común que pudieran decirse españoles. Pero concierto había; todos los *iura propria* ya se situaban en la órbita del *ius commune*, aunque pudiera cada uno plantearse y materializar de muy diversa forma sus respectivas relaciones; un sistema jurídico en todo caso se compartía. Si una coordinación existía, se debía a tal sistema, a este derecho de una comunidad cultural más amplia. Los ordenamientos eran dialectos de una misma lengua, pero no española, sino europea. Los *Arcana* lo acusaban; sus capítulos esencialmente consistían en el registro, por territorios, de jurisprudencia integradora de derechos civil, canónico y propio. Con resistencias todavía, primándose aún la declaración de parte de leyes particulares <sup>(41)</sup>, se abre paso la evidencia.

<sup>(38)</sup> J. MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia antinomiarum*, pr. 24.

<sup>(39)</sup> B. CLAVERO, *Hispanus Fiscus, Persona Ficta. Concepción del sujeto político en el Ius Commune moderno*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 11-12, 1982-1983, I, pp. 95-167, recogido en *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986, cap. III.

<sup>(40)</sup> B. CLAVERO, *Lex Regni Vicinioris. Indicio de España en Portugal*, en *Boletim de Faculdade de Direito. Universidad de Coimbra*, 58, 1982 (*Estudos em Homenagem aos profs. doutores Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*), I, pp. 239-298.

<sup>(41)</sup> J. LALINDE, *La creación del derecho entre los españoles*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, 36, 1966, pp. 301-377, dando entrada a una serie de tra-

El derecho común hispano era el *ius commune* europeo, derecho también interiormente para Castilla aunque otra cosa ya entonces se pregonara; la misma Monarquía aseguraba tener su propio *derecho común* en las leyes de Castilla tanto por eximirse de un *imperium* como por imponer el suyo (42). La petición de principio regía. El propio ordenamiento castellano no era sustancialmente más que una versión traducida del *ius commune* mismo; la realidad ya quería aprovecharse; también se les dice a los navarros que podrían contentarse con un derecho de Castilla que cómodamente les brinda el *commune* digerido: «Idem est ius commune saltim septem partitarum» (43), las Siete Partidas que en efecto vertieron en el siglo XIII derecho común al castellano y que en el XVI eran y se sabían derecho de Castilla aun pudiéndoseles ya también tener como monumento de una historia española (44). Como «derecho común de España» quiere afirmarse así el castellano no sólo finalmente respecto a su territorio ni de cara solamente al pasado (45).

Las autoridades doctrinales que se alegaban en orden a esta imposición no eran hispanas solamente. Una obra como la de Arthur Duck *de usu juris civilis* también se nos decía que interesaba al propósito. Reflejaba ciertamente una realidad: «Propalant Castellani caeteros Hispanos omnes debere sequi ius Regium Castellae deficientibus legibus et consuetudinibus propriis, quia membra Caput suum sequi oportet; Aragonii tamen, Lusitani et reliqui Hispani omnes vehementer retinuntur cum Regna sua unita fuerint Regno Castellano principaliter non accessorie, eidemque non submissa sed (ut loquuntur) adaequata, atque ideo ubi Leges patriae non disponunt, admittunt tantum ius Caesareum et Canonicum, Leges vero Castellanas respuunt, cum non habeant Legum potestatem ultra ter-

---

bajos, que se irán citando, sobre *sistemas normativos* regionales así todavía diferenciados no sólo nominativamente como sistemas.

(42) Alejandro GUZMÁN, *Ratio scripta*, Frankfurt am Main, 1981, pp. 58-59; C. PETIT, *Derecho Común y Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 50, 1982, pp. 157-195.

(43) J. MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia antinomiarum*, pr. 22.

(44) Aquilino IGLESIA, *Alfonso X, su labor legislativa y los historiadores*, pp. 76-96, en *Historia, Instituciones. Documentos*, 9, 1982, pp. 9-112.

(45) C. PETIT, *Derecho común y Derecho castellano*, pp. 169 y 176-178.

ritorium eius Regni» (46). Así las cosas en efecto transcurrían; interrógese a la jurisprudencia *de verborum significatione* sobre la acepción jurídica de *Hispania* y se obtendrá este tipo de respuesta: los territorios de Portugal, Castilla, Navarra, Valencia, Aragón y Cataluña en su precisa y determinada distinción de derechos (47).

Y ello así consta a la misma perspectiva exterior que más podía tender a una imagen fundida de España. Por la segunda mitad del XVII, ya se sabe y todavía se registra: «Spectato communi loquendi usu, hodie de facto Hispania non habens antiquam distinctionem sub diversis Regibus ac Principibus, habetur pro unico Regno et unica dominatione», según también «ex concordi Geographorum testimonio», pero la realidad jurídica es otra, precisamente la de la distinción y la pluralidad «non obstante unione sub eodem Principe, quoties ista est aequae principaliter». Esta era la situación, de independencia de derecho por encima de una dependencia de dinastía o de diferencia de territorio bajo una unidad de geografía (48).

Exteriormente sobre todo podía en efecto prevalecer otra imagen más unitaria, pero ya también porque contrastarían las realidades más disgregadas de los propios observadores. Esta había sido a finales del XV la impresión de un lombardo naturalizado castellano: «L'Italia è divisa in tanti pezzi, la Spagna unita; i principi italiani discordi, gli spagnuoli concordi» (49). El caso más significativo será el de la Iglesia romana; en sus relaciones con la Monarquía española pretende tratar unitariamente a *Hispania*, pero su jurisprudencia tiene que acabar considerando cuidadosamente *de distinctione Coronarum Hispaniae Regis* y dictaminando negativamente *utrum sub nomine Regnorum Hispaniae veniunt Regnum Navarrae, Principatus Cathaloniae* u otros territorios de derecho propio, con nueva y obligada reducción de España a Castilla; las mismas regalías que a

(46) Arthurus DUCK, *De usu et autoritate juris civilis Romanorum per dominia principum Christianorum*, ed. London, 1689, II, 6, 22.

(47) Agustinus BARBOSA, *De appellativa verborum utriusque iuris significatione*, en sus *Tractatus Varii*, II, ed. Lyon 1644, apelación 115, *Hispania*, que igual valdría como veremos para antes y para después de la separación de Portugal.

(48) Johannes BAPTISTA DE LUCA, *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, ed. Venezia, 1734, XII-I, 29, 5-19.

(49) De la correspondencia del lombardo Pietro Martire d'Anghiera o, castellanizado, Pedro Mártir de Anglería que citaba Benedetto CROCE, *La Spagna nella vita italiana durante la Rinascenza*, ed. Bari 1968 (*Scritti di Storia Letteraria e Politica*, VIII), p. 95.

esta Monarquía corresponden en el terreno eclesiástico son distintas respecto a unas y otras latitudes hispanas <sup>(50)</sup>.

Las conclusiones pueden divulgarse en italiano por la misma jurisprudencia eclesiástica: «Ogn'uno de quali (territorios de la Monarquía española) sta per se distinto dall'altro con una totale indipendenza, sicché ogni Regno ha le sue leggi e le suoi tribunali e consigli supremi con indipendenza totale dall'altro in maniera que in una stessa persona materiale si fingono tante persone formali Regie quanti sono li Regni e li Principati» <sup>(51)</sup>. Todo se multiplica, incluido el mismo Monarca <sup>(52)</sup>, en virtud de la multiplicidad de derechos. Esta es, jurídicamente, *Spagna*. Este era el arcano.

Aun utilizándose el término singular de España, no se entendía una entidad no compuesta; menos aún, así se le trataba. Esto sería el espejismo de una profecía fallida: «Los reynos d'España en un regno vendrán» <sup>(53)</sup>. Todavía el encadilamiento cautiva <sup>(54)</sup>. España ha podido llegar a significarse por un empeño recreativo de sus historiadores que no ha decrecido o que incluso se ha acentuado en la época de documentación y crítica <sup>(55)</sup>. Ya que no en la historia, en la historiografía se ha cumplido al menos el augurio. Con ello, entre los historiadores, el enigma dista todavía de encontrarse resuelto <sup>(56)</sup>.

<sup>(50)</sup> Franciscus a ROJAS, *Decisiones Sacrae Rotae Romanae*, ed. Lyon 1622, 279, 281 y 286; la séptima de las de Angelus CELSUS, ed. Roma, 1668; J.B. DE LUCA, *Theatrum Iustitiae*, III-II, 29.

<sup>(51)</sup> J.B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare, ovvero il Compendio di tutta la Legge*, ed. Köln, 1755, III-II, 3.

<sup>(52)</sup> B. CLAVERO, *Tantas Personas como Estados*, pp. 74-83.

<sup>(53)</sup> Expresión de las postrimerías del XV: Bachiller PALMA, *Divina Retribución*, ed. Madrid, 1879, p. 79, para cuyos concretos motivos proféticos Juan GIL, *Mitos y utopías del Descubrimiento*, Madrid, 1989, I, pp. 198 y 206-217.

<sup>(54)</sup> El caso paradigmático goza del mayor predicamento: Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Orígenes de la Nación Española, Estudios críticos sobre la historia del reino de Asturias*, Oviedo 1972-1975, no sólo por el título, sino también por la secuela de conjunto en su obra trámite León y Castilla.

<sup>(55)</sup> Américo CASTRO, *Origen, ser y existir de los españoles*, Madrid, 1959, pp. I-X; ed. renovada: *Los españoles: cómo llegaron a serlo*, Madrid, 1965, pp. 36-58.

<sup>(56)</sup> El debate de una vida sobre la entidad histórica de España no ha servido para despejar siquiera el panorama: C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *España un enigma histórico*, Buenos Aires, 1956, versus A. CASTRO, *The Structure of Spanish History*, Princeton, 1954, con traducciones posteriores inversas, el primero al inglés y el segundo al castellano.

Pero los arcanos del derecho ya conocen la virtud de revelarse a sí mismos.

### 3. Cabeza de la universidad de España

Una primerísima historia de *las Leyes y Fueros de España*, con estos precisos términos, data de la primera mitad del siglo XVI. Define el concepto: «Fuero se dice el de un Reyno, Provincia, Ciudad, Villa, Lugar, Señorío a diferencia de las Leyes Romanas», y parece especificar el género: «Fuero en España tanto quiere decir como Ley o Derecho de España», pero acto seguido añade: «Así se ve en los Fueros de Aragón y Vizcaya que son sus Leyes». El *derecho de España* que realmente contempla, con este equívoco de poder significar tanto un ordenamiento entre los existentes en España como tal derecho de ella, es el de León y Castilla. Y ésta sobre todo tiende a identificarse con aquello; su derecho, con el derecho español sin más <sup>(57)</sup>.

Sería Castilla, como Roma, *civitas e imperium*, dotándose de un derecho que cuando menos sirviera de término de referencia para otros. Desde el siglo XIII se había hecho a dicho efecto con el propio derecho romano, traducéndolo fundamentalmente en las Partidas como ya se nos recordaba; era una primera identificación, de momento fallida, con un Imperio romano y, más logradamente, con una Iglesia de Roma <sup>(58)</sup>. Castilla estaba intentando situarse en el ámbito de la jurisprudencia del *ius commune* ya también por querer ocupar dentro de España un lugar capital efectivo.

*Hispania* podía ya figurarse por parte de la jurisprudencia como un *imperium* equivalente a Roma <sup>(59)</sup>, y Castilla aparecer ulterior-

<sup>(57)</sup> FRANCISCO DE ESPINOSA, *Sobre las leyes y los fueros de España. Extracto de la más antigua historia del Derecho Español*, ed. Galo Sánchez, Barcelona, 1927, pp. 11 y 16; J.A. ESCUDERO, *Historia del Derecho: Historiografía y problemas*, Madrid, 1973, pp. 121-145, primeramente en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 41, 1971, pp. 33-55.

<sup>(58)</sup> A. IGLESIA, *La labor legislativa de Alfonso X el Sabio*, pp. 455-461, en A. PÉREZ MARTÍN (ed.), *España y Europa, un pasado jurídico común (I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común)*, Murcia, 1986, pp. 275-599, con sus referencias polémicas.

<sup>(59)</sup> GAINES POST, «Blessed Lady Spain». *Vincentius Hispanus and Spanish National Imperialism in the Thirteenth Century*, en *Speculum*, 29, 1954, pp. 198-209,

mente como cabeza suya, correspondiéndole su representación: ser en principio España para poderse hacer de hecho con su derecho. El mismo argumento de constituir *caput Hispaniae* se expondrá ante el conflicto entre Imperios peninsulares, reivindicándose un título de sucesión de la Hispania antigua en orden a una primera expansión, todavía africana y por tierras que habrían sido en algún momento hispanas; así se tendría, según más particularmente se alegaba en nombre de Castilla frente a Portugal, «totum ius universitatis Hispaniarum»<sup>(60)</sup>.

El propio uso lingüístico ya lo demostraría: «Interrogemus omnes populos qui sunt in Europa et videamus modum loquendi eorum et reperiemus quod regem Castellae vocant regem Hispaniae, et multi sunt qui nunquam audierunt nominare Castellam, sed Hispaniam», aunque bien igualmente se sepa que hay otros reyes españoles: «Alios reges qui sunt in Hispania nominant nominibus propriis, vocantes reges Aragonum, Portugalie vel Navarre», todo lo cual resultaría un signo de sabiduría: «Non enim provenit hoc ex ignorantia rei, sed quia est inhibitum in cordibus hominum quod principatus Hispaniae continuatur in reges Castellae». Era un argumento que ya podía así desarrollarse entrado el signo XV<sup>(61)</sup>. Castilla sería jurídicamente España aunque geográficamente no lo fuera.

---

comprendido y revisado en sus *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1110-1322*, Princeton, 1964, pp. 482-493; Javier OCHOA SANZ, *Vincentius Hispanus. Canonista boloñés del siglo XIII*, Roma, 1960, pp. 14-22; Peter LINEHAN, *Religion, Nationalism and National Identity in Medieval Spain and Portugal*, pp. 191-196, en su reprint *Spanish Church and Society, 1150-1300*, London, 1983, cap. I (= AA.VV., *Religion and National Identity*, Oxford, 1982, pp. 161-199).

<sup>(60)</sup> J.A. MARAVALL, *El concepto de España en la Edad Media*, Madrid, 1954, pp. 343-344; L. SUÁREZ, *Castilla, el Cisma y la Crisis Conciliar (1378-1440)*, Madrid, 1960, pp. 116 y 123-124; Robert Brian TATE, *La Anacephaleosis de Alfonso García de Santa María, obispo de Burgos, 1435-1456*, en sus *Ensayos sobre la historiografía peninsular del siglo XV*, Madrid, 1970, pp. 55-73; Eduardo AZNAR, *La integración de las Islas Canarias en la Corona de Castilla (1478-1526)*, Sevilla, 1983, p. 41; P. LINEHAN, *Religion and National Identity*, pp. 196-197.

<sup>(61)</sup> De las alegaciones castellanas, debidas a Alonso García de Santa María o de Cartagena, ante el Concilio de Basilea: A. GARCÍA GALLO, *Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en Africa e Indias*, pp. 754-755, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 27, 1957, pp. 461-829, recogido en *Los orígenes de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, 1987, pp. 313-659 (p. 569).

Más la identificación no se formaliza ni siquiera cuando se produzca la correspondencia con la geografía. La posibilidad ya se considera a la vista de una unión entre las Coronas de Castilla y de Aragón. Las crónicas del año 1479 de este modo lo narran: «Platicose ansimesmo en el Consejo del Rey e de la Reyna como se devian yntitular, e como quiera que algunos de su consejo eran en voto que se yntitulasen Reyes de España, pues subçediendo en aquellos Reynos e señorios eran señores de toda la mayor parte della, pero determinaron de lo no fazer». Se acuerda y efectivamente establece el uso de la relación desglosada de títulos combinándose territorios de las diversas Coronas y comenzándose por Castilla <sup>(62)</sup>.

No se conoce documentación de tan temprana propuesta y reñida deliberación, pero el mismo cronista que ofrece la noticia puede también acreditar que había argumento entonces más sustancioso que el de la extensión a una parte mayor del territorio: el de la comparación de Castilla con Roma que podía permitirle su identificación inmediata con la totalidad <sup>(63)</sup>. Y tratándose de partes, la misma España por dichas fechas aún se entendería mejor compuesta hacia occidente que hacia oriente; el libro sobre Castilla podía titularse de España concluyendo: «Assi del reyno de Castilla como de Portugal» <sup>(64)</sup>. Geográficamente, como aún comprobaremos <sup>(65)</sup>, todavía Hispania era toda la Península.

---

<sup>(62)</sup> Fernando DEL PULGAR, *Crónica de los Señores Reves Católicos don Fernando y doña Isabel*, p. 342, ed. *Biblioteca de Autores Españoles*, LXX, Madrid, 1953, pp. 223-511; ed. Juan M. Carriazo, Madrid 1943, I, p. 369, con ligeras variantes. Y el uso no lo alteraría ni siquiera el Imperio: Alonso DE SANTA CRUZ, *Crónica del Emperador Carlos V*, ed. Madrid, 1920-1925, I, pp. 204-206.

<sup>(63)</sup> F. DEL PULGAR, *Los Claros Varones de España y treinta y dos cartas*, ed. Madrid, 1747, p. 130 (título último de los Varones), *Claros Varones de Castilla*, ed. R.B. Tate, Madrid, 1985, p. 148, con *Estudio preliminar*, 7-75.

<sup>(64)</sup> Primera edición completa, ya póstuma, de los Varones y las Cartas, Sevilla 1500 (facsimil Madrid 1971), título y colofón, aun siendo castellanos los primeros (R.B. Tate, *Estudio preliminar*, p. 35), pero figurando portugueses entre los destinatarios de las segundas; bastaría esto para titular *Claros Varones de España* pese al propio comienzo del texto: «Libro de los claros varones de Castilla». Estos escritos de Pulgar, Varones y Cartas, tuvieron luego también edición latina junto a la correspondencia citada de Mártir de Anglería.

<sup>(65)</sup> Y se sabe, aunque suele precisamente desatenderse el capítulo de Portugal: Luís GONZÁLEZ ANTÓN, *El territorio y su ordenación político-administrativa*, en Miguel Artoles (ed.), *Enciclopedia de Historia de España*, Madrid, 1988, II, pp. 11-92.

La cuestión no sólo era exterior. Unas conquistas peninsulares, las del siglo XIII por tierras de Andalucía, habían fortalecido unos poderes, monárquico, eclesiástico y nobiliario, a costa de los ordenamientos y las instituciones propias de León y de Castilla. Lo que en Navarra se llamara el fuero de España comenzó aquí a desaparecer; al cabo de un siglo dejará de poder decirse «si en Castieylla, casteyllanos, si en Leon, leoneses». La pérdida de unos fueros fue especialmente sensible para el propio reino de Castilla, pues los tenía de fuerte impronta comunitaria dentro de la sociedad señorial <sup>(66)</sup>.

Castilla perdía su derecho particular, pero no todo el derecho de Castilla se perdió. Parte de este reino eran unos territorios vascos, los dichos vascongados, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava. En el fuero de España de 1238 no se les distinguía. La distinción en cambio se acusa desde el siglo XV por estarse en ellos manteniendo y desarrollando el tipo de fueros más comunitarios que habían sido característicos de todo el reino castellano. En el mismo interior de las instituciones de Castilla se irá produciendo esta diferenciación, siendo distinto de este modo el caso <sup>(67)</sup>; con garantía de prevalencia del Fuero propio, mantendrá aquí su entrada el derecho castellano <sup>(68)</sup>. Mas con dicha base en estos territorios vascos no sólo se afirmará un ordenamiento jurídico, sino también unas instituciones políticas <sup>(69)</sup>.

Los fueros de Castilla se han perdido en ella. Más que devenir

---

<sup>(66)</sup> Es un asunto tan cardinal como descuidado por los mismos manuales: B. CLAVERO, *Signo social y secuela política de la legislación alfonsina. Planteamientos manualísticos*, en A. Pérez Martín (ed.), *España y Europa*, pp. 601-610; *Behetría, 1255-1356. Crisis de una institución de señorío y de la formación de un Derecho regional en Castilla*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, 44, 1974, pp. 201-342.

<sup>(67)</sup> Manuel BASAS, *El Consulado de Burgos en el signo XVI*, Madrid, 1963, pp. 32, 39-40 y 111-112; Gonzalo MARTÍNEZ DIEZ, *Alava medieval*, Vitoria, 1974, 11, pp. 85-190; Santos M. CORONA, *Derecho mercantil castellano. Dos estudios históricos*, León, 1979, pp. 38-41, 47-48, 53 y 81-86; M<sup>a</sup> Antonia VARONA, *La Chancillería de Valladolid en el Reinado de los Reyes Católicos*, Valladolid, 1981, pp. 149-156; Sabino AGUIRRE (ed.), *Las dos primeras crónicas de Vizcaya*, Bilbao, 1986, pp. 207-209, 243-244 y 303-305; José Luis ORELLA, *El delegado del gobierno central en Guipúzcoa (1474-1505)*, San Sebastián, 1987, y con otros, *Guipúzcoa y el reino de Navarra en los siglos XIII-XV*, San Sebastián, 1987.

<sup>(68)</sup> B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 119-130; J. LALINDE, *El sistema normativo vizcaíno*, en AA.VV., *Vizcaya en la Edad Media*, Bilbao, 1984, pp. 113-145.

<sup>(69)</sup> Gregorio MONREAL, *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el siglo XVIII)*, Bilbao, 1974.

derecho de la Monarquía el ordenamiento suyo, el proceso fue el inverso: el segundo había pasado a crearlo la primera. De su iniciativa vino la misma empresa de traducción del *ius commune* que integraría la parte más sustancial de tal derecho presuntamente hispano, como ya antes se non decía a propósito de las Siete Partidas. De aquí ya provenía la identificación imperial con Roma así como también el ulterior rechazo sólo político del derecho romano que igualmente ya hemos visto. Sobre la base de dicha importación y con el poder más expedito de la Monarquía podrá ser desde luego Castilla el territorio de mayor producción normativa <sup>(70)</sup>.

El derecho castellano se sitúa y desenvuelve en el ámbito del *ius commune* mucho más sustancial y plenamente que ninguno otro de los hispanos; por ello entre las jurisprudencias de esta Península pudo contar no sólo con la más desarrollada, sino también con la más conocida e influyente dentro y fuera de ella <sup>(71)</sup>. De este modo también se labró y sostuvo una imagen de identificación de un *ius hispanum* que era el derecho castellano así dotado de una mayor autoridad a escala común europea <sup>(72)</sup>.

No por ello en España se imponía. Los derechos hispanos distan mucho de ceder al castellano <sup>(73)</sup>. La misma posición capital de Castilla, de un derecho identificado con la Monarquía, no resulta hacia el interior absoluta, aunque lo fue bastante efectiva respecto a

<sup>(70)</sup> Faustino GIL AYUSO, *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*, Madrid 1935; A. PÉREZ MARTÍN y J.M. SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978, que es traducción revisada y con un incisivo prólogo de M. Peset de los capítulos correspondientes del *Handbuch* dirigido por H. Coing.

<sup>(71)</sup> Ya suele también contemplarse sin la conveniente distinción: R. GIBERT, *Ciencia Jurídica Española*, Granada, 1972; Ernst HOLTHÖFER, *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal*, en H. COING (ed.), *Handbuch*, II-1 (1977), pp. 103-499; F. TOMÁS Y VALIENTE, *El pensamiento jurídico*, en M. ARTOLA (ed.), *Enciclopedia de Historia de España*, III, pp. 327-408.

<sup>(72)</sup> Para un capítulo significado: B. CLAVERO, *Favor Maioratus. Usus Hispaniae. Moralidad de linaje entre Castilla y Europa*, a publicarse en el volumen XI de la serie *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History* dirigida por H. Coing y Knut Wolfgang Nörr.

<sup>(73)</sup> Otro ejemplo en el que poder esto apreciarse: B. CLAVERO, *Enfiteusis. ¿qué hay en un nombre?*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56, 1986, pp. 467-519. Por el carácter de estas páginas se entenderá el continuo recurso a trabajos propios.

una serie de territorios peninsulares, comenzándose por los de la propia Corona castellanoleonesa, Galicia incluida. Se salvan Vizcaya, Guipúzcoa y Alava dentro del reino castellano, Navarra en el seno de la misma Corona, aquéllos que habían formado la Corona de Aragón, esto era en la Península, Aragón, Cataluña y Valencia, y finalmente, durante su tiempo de unión, entre 1580 y 1640, Portugal. Ya había territorios con exigencias de titulación propia que realmente impedían, si quería comprendérseles, la de España.

Los territorios más diferenciados no admitían realmente otra capitalidad que la propia. Capital ni título de España realmente cabían. Mediante constituciones o leyes de Cortes catalanas se había establecido en 1283 que los príncipes: «tam in litteris quam cartis et sigillis nostris scribamus nos et successores nostri Comitum Barchinonensium», o en la lengua propia «Comte de Barcelona», condado y ciudad capitales del Principado de Cataluña; y esto se hacía a continuación y entre otras disposiciones que garantizaban la distinción jurídica del propio territorio catalán <sup>(74)</sup>.

Las recopilaciones catalanas comenzarán por su propia lección de historia: «Epítome de la Genealogia dels Comtes de Barcelona, axi dels que foren abans ques fes la unio de dit Comtat ab lo Regne de Arago, com apres», con un capítulo así de «Comtes de Barcelona» y otro de «Reys de Arago y Comtes de Barcelona», pero ninguno con título acumulado de Castilla ni refundido de España; los monarcas comunes aparecen como particulares, con su propia numeración que no coincide con la castellana <sup>(75)</sup>. Es un protocolo nada protocolario. Es el principio de la propia distinción jurídica. El

---

<sup>(74)</sup> B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 47-48, *Cataluña en España. El derecho en la historia*, pp. 810-817, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 805-850; VÍCTOR FERRO, *El Dret Públic Català. Les Institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, Vic 1987, pp. 18-41; JOSEP M<sup>a</sup> FONT I RIUS, *Estudi introductorio*, en *Constitucions de Catalunya. Incunable de 1495* (reprint), Barcelona, 1988, pp. XI-CXXXVII (*Textos Jurídics Catalans. Lleis i Costums*, IV-I, sobre cuya empresa reseñas en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55, 1985, pp. 800-802 y 964-965).

<sup>(75)</sup> *Constitucions y altres Drets de Catalunya compilats en virtut del capítol de Cort LXXXII de las Corts per la S.C. y R. Majestat del Rey don Philip IV nostre Senyor celebradas en la Ciutat de Barcelona any MDCCII*, Barcelona, 1704 (reprint 1973), primer protocolo, siendo este Felipe cuarto el quinto de Castilla o también enseguida de Cataluña, por efecto de la Nueva Planta que habrá de recordarse por supuesto.

mismo Monarca es la cabeza, pero del cuerpo separado de Cataluña<sup>(76)</sup>; ya lo vimos por esta razón multiplicarse. Del motivo podrá especialmente valerse la jurisprudencia de Cataluña por encontrarse desde época temprana su ordenamiento expresamente integrado en el *ius commune* o éste, el canónico y el civil, efectiva y reconocidamente aceptado en el territorio<sup>(77)</sup>.

Así concibe las cosas efectivamente la jurisprudencia catalana, práctica y operativa. Cataluña en ella aparece como un *corpus*, el Principado, tan unido a su *caput*, el Monarca, que puede llegar a asumir funciones suyas; hay tal identificación en la *incorporatio* particular y distinta que el mismo ejercicio de los *iura regalia* puede recaer en las instituciones domésticas: «Respublica et Princeps pro uno ponuntur», con equivalencia entre «Status Reipublicae» y «Corona Regia», entre lo que a Cataluña importa y lo que al Príncipe pertenece. La máxima *repraesentatio* de esta *universitas* corresponde simbióticamente al Príncipe y a los estamentos del Principado: «Rex cum curia generali» o Cortes catalanas; pero, en el seno de una gran Monarquía, alejado el primero y enrarecidas sus reuniones con las segundas, la propia asunción material de atribuciones regias puede realizarse por instituciones más ordinarias del mismo territorio: la «Domus Deputationis», Diputación o Generalitat de los mismos estamentos de Cataluña. Y la Audiencia o *Senatus* de Barcelona también ejercía un grado superior de justicia por identificación con el Príncipe<sup>(78)</sup>. No es sólo cuestión de teoría.

No hay capital ni centro. La cabeza es de hidra y los miembros no lo son de un solo cuerpo. Tampoco forman una constelación heliocéntrica. Puede decirse que se ha reconstruido la *antiqua Corona*

---

<sup>(76)</sup> B. CLAVERO, *Cataluña como persona, una prosopopeya jurídica*, a publicarse en el mencionado Homenaje a J. Lalinde.

<sup>(77)</sup> José BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, I, 2, Madrid, 1982, pp. 39-47; J. LALINDE, *El Derecho Común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón*, en A. PÉREZ MARTÍN (ed.), *España y Europa*, pp. 145-178; A. IGLESIA, *El Cartulario de San Cugat del Vallés: del «Liber Iudiciorum» al «Corpus Iuris Civilis»*, en *Primer Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado*, Bellaterra, 1984, pp. 93-176, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español*, Barcelona, 1988, II, pp. 347-423.

<sup>(78)</sup> Antonius OLIBANUS, *Commentarius ad Usaticum «Alium namque» de iure fisci*, Barcelona, 1600, V, 9, VI, 14, 25, 31 y 34; Johannes Petrus FONTANELLA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, ed. Lyon, 1668, 254, 1, y 255, 13.

*Hispaniae* para significarse enseguida que no hay confusión de partes o ni siquiera reordenación conforme a la comunidad de un órgano. El Monarca, uno, sigue siendo múltiple: «Tanquam Rege Portugaliae et Castellae duo diversi modo considerantur», como también no es una, aun siéndolo, su Corte: «Curia Regia Hispaniae non potest considerari ut universali respectu omnium subditorum qui non fuerint subditi in specie et ratione illius Coronae in qua Regis Curia residet». El mismo uso dual del calificativo español, como castellano y como común, puede enturbiar mas no alterar la situación: la lengua de Castilla se dice *hispanus sermo* pero no por ello su uso se acepta en las comunicaciones de la Monarquía con Portugal (79). Lisboa ya también se concebía como lugar de cabeza (80). Tal es, según feliz expresión de un título de traducción italiana, la *Anatomia delli Regni di Spagna* (81).

Y de otra forma no se representaba su esqueleto la propia Monarquía. Ella misma, encarnándolo, aseguraba su estructura. Como no había derecho ni instituciones realmente comunes, tampoco existía alguna ley o compromiso general de conjunción de los territorios, no sólo particular entre algunos de ellos. Solamente los mismos Monarcas podían ofrecerla: estaba en sus testamentos. Aquí se encuentra el principio de reunión, formulado conforme a la misma pluralidad y diversidad que venimos viendo. Se trata de mantener tan unidos como distintos un conjunto de territorios. La misma titulación oficial de la Monarquía más regularmente lo pregonaba; tampoco dejaba de encabezar solemnemente sus últimas y más francas voluntades (82).

(79) Gabriel PEREYRA, *Decisiones Supremi Senatus Portugaliae*, ed. Lisboa, 1621, 2, *Tractatus de manu regia*, ed. Lyon, 1673, índice inicial de «Resoluções que se tomaram em casos graves e que foram decididos por carta ou alvará de sua Magestade». António Manuel HESPANHA, *L'Espace politique dans l'Ancien Régime*, pp. 503-504, en *Estudos em Homenagem a M.P. Merêa e G. Braga da Cruz*, II, pp. 455-510.

(80) Martim de ALBUQUERQUE, *A consciência nacional portuguesa. Ensaio de história das ideias políticas*, I, Lisboa, 1974, pp. 184-186; A.M. HESPANHA, *L'Espace politique*, p. 45.

(81) De las *Injustas successoens des Reys de Leão e de Castella e izenção de Portugal y Usurpação, retenção, restauração de Portugal* de João Pinto Ribeiro, Lisboa, 1646, dicha traducción, que buscaba su público.

(82) EDITORES VARIOS, *Testamentos de los Reyes de la Casa de Austria*, Madrid, 1982, I, pp. 18-21, II, pp. 32-35, III, pp. 38-41, IV, pp. 14-17, V, pp. 54-59.

Los mismos testamentos utilizaban expresiones como la de *Corona de España* o la de *costumbre y fuero de España* <sup>(83)</sup>. Coronas más constantes son en ellos mismos Castilla, Portugal, Aragón e incluso Navarra; fueros más sustantivos, los de estos otros casos. Respecto a la primera podían seguirse diferenciando las agregaciones de territorios con derecho propio y aun alguno singular que, como el navarro, estaba en teoría incorporado a la propia Corona de Castilla, pero sin el efecto práctico según ya sabemos de someterse a su ordenamiento. Corona de España particularmente resulta una expresión incidental de alcance meramente indicativo. La constitución testamentaria reúne tierras, pero no confunde derechos. La pluralidad de títulos tenía su sentido.

No lo encerraba para todos los casos, pues también se mantenía la titulación plural de los territorios sin derecho propio de la Corona de Castilla alternándoseles además con los de Aragón, pero lo guardaba respecto a los señalados: conservan su ordenamiento de forma que, aun admitiéndose en casos leyes de Castilla, no dejan materialmente espacio a un derecho español. Y esto constaba no sólo interiormente. El espejismo se había entonces despejado. Ya podría contemplarse la diversidad española como un obstáculo para el propio fortalecimiento europeo de la Monarquía; la asimilación de costumbres entre Portugal, Castilla, Vizcaya o Valencia podía presentarse como un imperativo todavía hipotético <sup>(84)</sup>. El hecho de la diferencia no se confundía con el deseo de la unión; podía concebirse otra cosa, pero la realidad mandaba. Y las expresiones tampoco engañaban; aunque España se dijera, una monarquía española no había; mejor le casaba, con sus razones religiosas, imperiales y geográficas, el apelativo de Monarquía Católica <sup>(85)</sup>.

<sup>(83)</sup> J.A. MARAVALL, *Sobre el concepto y alcance de la expresión «Corona de España» hasta el siglo XVIII*, en sus *Estudios de Historia del Pensamiento Español*, II, Madrid, 1984, pp. 447-464.

<sup>(84)</sup> Tommaso CAMPANELLA, *La Monarquía Hispánica*, trad. Madrid, 1982, cap. XX, «España»; L. DIEZ DEL CORRAL, *La Monarquía hispánica en el pensamiento europeo*, pp. 317-326.

<sup>(85)</sup> Frances A. YATES, *Astraea. The Imperial Theme in the Sixteenth Century*, ed. London, 1985, pp. 20-28; H.G. KÖNIGSBERGER, *National Consciousness in Early Modern Spain*, en sus *Politicians and Virtuosi. Essays in Early Modern History*, London, 1986, pp. 121-147; Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Iglesia y configuración del poder en la Monarquía católica (siglos XV-XVII)*, en AA.VV., *Etat et Eglise dans la genèse de*

Mas ¿quién atiende para estas cuestiones hoy a títulos, genealogías, protocolos y testamentos? Suele entenderse más reductivamente el derecho. ¿Quién mira a la complejidad de la jurisprudencia? Se prefiere la simplicidad de la ley. ¿Quién considera, a estos concretos efectos, las figuraciones históricas? Se ven como legendarias. Y era la historia entonces también ordenamiento; su leyenda, realmente constitución<sup>(86)</sup>; por ello no sólo existía la española identificada nuclearmente con la castellana. Había una diversidad que luego la cultura histórica ha perdido y la jurídica tampoco acaba de recuperar<sup>(87)</sup>. Conviene que sigamos prestando más crédito a la de aquellos tiempos, a su cultura conjunta de historia y derecho.

#### 4. *España citerior y España ulterior.*

En 1552 se publica la recopilación oficial de derecho del Reino de Aragón, sólo de éste y no de toda su Corona que como tal, la aragonesa, contaba con alguna institución común, además del mismo Monarca, pero no con un ordenamiento general<sup>(88)</sup>. Cada territorio tenía aquí todavía el suyo, al contrario de lo que dentro de España y de la propia Monarquía ya ocurría, con sus excepciones, precisamente tales, en la Corona de Castilla. Pues bien, la compilación aragonesa viene con un prólogo que también aporta su historia<sup>(89)</sup>. Trae su

---

*l'Etat Moderne*, Madrid, 1986, pp. 208-216, «Imperio» y «Monarquía Católica», en Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ (ed.), *Historia de España*, V, Barcelona, 1988, pp. 54-82.

<sup>(86)</sup> Con datos, referencias y contrastes españoles, B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Política del Derecho*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 8, 1979, pp. 5-58.

<sup>(87)</sup> Pudiendo para la deficiencia significarse la obra no menos acreditada de J.A. MARAVALL, particularmente desde la *Teoría española del Estado en el siglo XVII* (1944) hasta el citado *Estado moderno y mentalidad social*, con su hilo de continuidad: B. CLAVERO, *Tantas Personas como Estados*, pp. 16-20.

<sup>(88)</sup> J. LALINDE, *El Vicecanciller y la presidencia del Consejo Supremo de Aragón*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30, 1960, pp. 175-248, *Virreyes y lugartenientes medievales en la Corona de Aragón*, en *Cuadernos de Historia de España*, 31-32, 1960, pp. 98-172, *La Gobernación General en la Corona de Aragón*, Madrid, 1963; V. FERRO, *Dret Públic Català*, pp. 41-52.

<sup>(89)</sup> J. LALINDE, *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1976, pp. 107-121; L. GONZÁLEZ ANTÓN, *Las Cortes de Aragón*, Zaragoza, 1978, pp. 157-189; y prólogo reproducido en B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 145-153.

leyenda <sup>(90)</sup>. No le falta la lección «porque no se ignore cosa alguna de las antigüedades del Reyno» según dice; o por algo que se sobreentiende y ya sabemos. Se comienza por una constitución que así se manifiesta.

Trata el prólogo aragonés del mismo asunto que aquel texto navarro de un primer Fuero de España, sólo que ahora, de una parte, el contenido de la historia se estiliza y, de otra, la atribución ya se limita. Esto se nos dice como «prefación» que quiere poner de relieve los fundamentos del derecho de un reino y no sólo su evolución: que el poder del Rey pudo venir en «la ulterior España» por «drecho de sucession» de la Monarquía visigoda, pero que en «la citerior España», la más cercana a Roma, los orígenes son otros: «Los Aragoneses Conquistadores hizieron leyes con que la tierra y Provincia por ellos ganada, dexada la perfida secta de Mahoma, fuese governada, e instituyeron los Fueros» propios, «de manera que en Aragon primero huvo Leyes que Reyes, con las cuales, aun despues de elegido de entre ellos Rey, vivieron, añadiendo siempre a aquellas las que al Rey y a los del Reyno parecian convenientes».

«Y de aquel Fuero usaron los Navarros», también se añade. Ya está aquí lo que luego reflejarán los *Arcana*: esta historia ya no es de Hispania toda. El fondo del relato es el mismo, pero no tanto su composición. Su sujeto cambia. Lo que antes se atribuía a España, ahora sólo corresponde a una parte suya. Entre 1238 y 1552 algo realmente ha cambiado: las Coronas de Castilla y de Aragón se han unido en una misma Monarquía, incorporándose Navarra ulteriormente a la primera, y en este conglomerado además ocurre que esta otra Corona de Castilla, pretendiéndose cabeza de toda España, impone el poder de la propia Monarquía por encima de fueros e instituciones territoriales. Aquella historia ya representa con su principio de Fuero una resistencia, de una España frente a otra.

Con este principio de Fuero se identifican más particularmente Navarra y Aragón. Sus fueros sustantivos tuvieron en efecto orígenes comunes y contenidos similares <sup>(91)</sup>, pero en el seno de la Monarquía

<sup>(90)</sup> R.E. GIESEY, *If Not, Not*, pp. 64-101, respecto a Aragón.

<sup>(91)</sup> Mauricio MOLHO (ed.), *Fuero de Jaca*, Zaragoza 1964; J. M<sup>a</sup> LACARRA y Martín DUQUE (eds.), *Fueros de Navarra. I, Fueros derivados de Jaca*, Pamplona, 1969-1975; A. PÉREZ MARTÍN, introducción, *Fori Aragonum vom Codex von Huesca (1247) bis zur Reform Philipps II (1547)*, Vaduz, 1979, pp. 1-84, con sus referencias.

no por ello sostuvieron unos mismos planteamientos. Navarra, incorporada a la Corona de Castilla, acentuó como hemos visto su vinculación directa al *ius commune*; el reino de Aragón se venía en cambio caracterizando en el interior de su Corona por un repudio político de este derecho común que se mantuvo además en los tiempos de la Monarquía; en el prólogo de sus Fueros no sólo faltan las consultas a Roma y Lombardía, sino que se da por perdido este derecho: «las (leyes) Romanas abolidas y del todo olvidadas».

Este rechazo responde a unas razones distintas, más bien contrarias, de las vistas en Castilla; se dirige a mantener a distancia el tipo de poder político y judicial de los derechos civil y canónico; había unos fueros que defender y de su defensa se trataba <sup>(92)</sup>. El propio Aragón había tenido su particular proyecto colonial respecto a Valencia, frustrado por la interposición de un derecho valenciano de impulso monárquico <sup>(93)</sup>. La misma coincidencia ulterior con la Corona de Castilla por la reserva frente al reconocimiento del *ius commune* sería sólo tónica, no sustantiva.

La Monarquía que une dinásticamente a España la divide jurídicamente. La imagen que se creara y sigue aún cultivándose de lo primero, estorba la contemplación de lo segundo, mucho más decisivo entonces y a la larga. Y no sólo se trata de que la Monarquía no lograra una integración planteada como imposición del propio poder o como extensión equivalente del derecho castellano; más aún ocurrió. Ante los problemas jurídicos de la integración, llegó a desalentar los propios intentos de construcción jurisprudencial de algún derecho español sobre las bases conocidas de capitalidad de Castilla

<sup>(92)</sup> Esteban SARASA (ed.), *El Privilegio General de Aragón. La defensa de las libertades aragonesas en la Edad Media*, Zaragoza 1984; J. LALINDE, *Situación del derecho romano en el sistema jurídico aragonés en el siglo XVII*, en *Revista de Historia del Derecho*, II-I, 1978, pp. 169-188, *Los derechos individuales en el «Privilegio general» de Aragón*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50, 1980, pp. 55-68.

<sup>(93)</sup> B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 31-43; Ana M<sup>a</sup> BARRERO, *El Derecho romano en los Furs de Valencia*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 41, 1971, pp. 639-664; Sylvia ROMEU, *Los fueros de Valencia y los fueros de Aragón: «Jurisdicción alfonsina»*, en dicho *Anuario*, 42, 1972, pp. 75-115, *Las Cortes de Valencia en la Edad Media*, en las citadas *Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, II, pp. 543-574; J. LALINDE, *El sistema normativo valenciano*, en el mismo número 42 del *Anuario*, pp. 307-370; Germá COLON y Arcadi GARCÍA SANZ (eds.), *Furs de Valencia*, Barcelona, 197-1978, I, pp. 7-92.

y comunicación de leyes vecinas. El caso que seriamente lo planteó fue el de Portugal, unida dinásticamente sólo en 1580, pero más relacionada jurídicamente desde tiempo medieval<sup>(94)</sup>. Este territorio se venía entendiendo, antes y más que Cataluña y Aragón, Hispania o España<sup>(95)</sup>.

La unión se impuso con la pretensión de un derecho de sucesión. Era éste un capítulo en el que con anterioridad se tendía a recibir derecho castellano en Portugal, llegando a hablarse incluso de una «consuetudo Hispaniae» en materia sucesoria que «ad Regnum Portugaliae extendenda sit cum sit pars Hispaniae»<sup>(96)</sup>; pero, según este ordenamiento, ocurría entonces que la sucesión no se había producido de forma legítima. La jurisprudencia de inspiración monárquica se aplicará a deshacer la comunicación. Hispania no sería una, sino tres ahora, ya desde antiguo: la Tarracense que correspondería a la Corona de Aragón, la Bética que lo haría con la de Castilla, y la Lusitana o Portugal, cada una con su derecho y sin un derecho común<sup>(97)</sup>. La misma Monarquía podía verse así en la precisión de acentuar la distinción y cancelar la comunicación; la asimilación jurídica podía reñir con la anexión política<sup>(98)</sup>. Según momentos y conveniencias, la propia historia antigua tanto servía por la unidad visigoda como por la división romana<sup>(99)</sup>. No hay impulso constante, tampoco de uniformidad.

Separada Portugal, podría aún hablarse en ella de dos Españas, la

---

<sup>(94)</sup> G. BRAGA DE CRUZ, *Il diritto suddidiario nella storia del diritto portoghese*, Milano, 1981 (*Ius Romanum Medii Aevi*, V, 3b), pp. 21-41, original en *Revista Portuguesa de História*, 14, 1975 (*Homenagem ao prof. M.P. Merêa*), pp. 177-316 (pp. 192-213).

<sup>(95)</sup> J.A. MARAVALL, *El concepto de España*, pp. 16, 29, 56-57, 73, 92, 110-114, 335, 385, 383 y 521; María da Conceição VILHENA, *Rapports entre le Portugal et la Provence*, Braga, 1984, pp. 140-148.

<sup>(96)</sup> Franciscus ALVAREZ DE RIBERA, *Responsum de successione Regni Portugaliae*, Madrid, 1621, I, 1, 8-9 y III, 6, 180-199, con sus autoridades independientes al propio pleito, anteriores incluso a 1580.

<sup>(97)</sup> Johannes CARAMUEL LOBKOWITZ, *Philippus prudens Caroli V filius, Lusitaniae, Algarbiae, Indiae, Brasiliae legitimus Rex demonstratus*, Antwerpen, 1639, V, 8, 2, 31.

<sup>(98)</sup> B. CLAVERO, *Lex Regni Vicinioris*, pp. 259-262.

<sup>(99)</sup> G.E. FRANKENAU, *Themidis Hispanae Arcana*, ed. 1703, pp. 1-12 y 198; ed. 1780, pp. 1-19 y 338, con el capítulo vidigodo como arranque y con la división antigua para la explicación final, la del mapa judicial.

propia y la ajena: «*Duas enim Hispanias geographi agnoscunt*», pudiéndose entonces identificar la ulterior con la primera. Portugal que se dice libre, y la citerior con la segunda, «*residuum usque ad Pyreneos*»<sup>(100)</sup>. El derecho de la primera no ha cambiado sustancialmente ni por la unión ni por la segregación<sup>(101)</sup>; puede todavía durante algún tiempo decirse español y comunicarse pacíficamente con el castellano<sup>(102)</sup>. Las alteraciones militares y políticas no tenían en esto por entonces mayor alcance o no producían de por sí la transformaciones jurídicas que luego, proyectándose Estados, tenderán a presumirse<sup>(103)</sup>.

Mas la España que se dice residual y entiende sujeta, tampoco ha perdido su división interna; para ella, la que en definitiva queda, la distinción seguirá siendo la de Aragón y Navarra: España ulterior, la castellanoleonese, en la que el poder de la Monarquía en efecto impera; citerior, la catalanoaragonesa y la vasconavarra, en la que prevalece en cambio la norma del Fuero. Y este principio significa aún mucho: no sólo el mantenimiento de un ordenamiento propio, sino también la existencia de unas garantías procedimentales frente a un tipo más expeditivo de poder supraestamental. Aunque a Portugal ya menos le interese, estos otros territorios conservan y ejercitan unos mecanismos de control de la producción y la imposición del de-

<sup>(100)</sup> Antonius SOUSA DE MACEDO, *Lusitania liberata ab injusto Castellanos dominio*, London, 1645, I, 2, 3-5, II, 3, 13, II, 4, 6-8 y II, 5, 2-6.

<sup>(101)</sup> Es cosa que consta: A.M. HESPAÑHA, *História das Instituições. Epocas medieval e moderna*, Coimbra, 1982, p. 527; Nuno J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, Lisboa, 1985, pp. 221-224. Con el lastre estatista que vendrá apreciándose, manualística hispano-portuguesa o históricamente hispana no hay.

<sup>(102)</sup> A. SOUSA DE MACEDO, *Lusitania liberata*, I, 9, 72-83, Juan Caramuel convencido, London, 1642, 4, 26-28 (ed. António CRUZ, *Papéis da Restauração*, I, Porto, 1967, pp. 187-262), *Decisiones Supremi Senatus Iustitiae Lusitaniae et Supremi Consilii Fisci ac Patrimonii Regii*, ed. Lisboa, 1677, XIX, 21, XXI, 12, XXIV, 4, XXX, 1 y CXVI, 5, 15.

<sup>(103)</sup> Viene a apreciarse para el mismo caso de la Cataluña finalmente francesa cuya segregación se produce por las mismas fechas: Louis ASSIER ANDRIEU, *Tradition juridique et changement politique: la persistance du droit commun catalan dans la province du Roussillon*, en *Revue Historique du Droit Français et Etranger*, 1986, 2, pp. 205-219; Peter SAHLINS, *The Nation in the Village: State-Building and Communal Struggles in the Catalan Borderland during the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, en *Journal of Modern History*, 1988, 2, pp. 234-263.

recho que especialmente podían hacerse notar en el campo político y en el penal, embarazando al poder monárquico o simplemente exterior y ajeno a la propia estructura corporativa del territorio <sup>(104)</sup>.

Dos sensibilidades se han formado, la ulterior y la citerior, ultra y citra si quiere decirse. La mentalidad ultra resulta en definitiva la castellana, con su principio de poder y realidad de poderes; citra es entonces la que va de Cataluña a Vascogagadas pasando desde luego por Aragón y Navarra, con sus principios más garantistas y realidades más comunitarias. El choque pudo producirse por la misma presión ultra sobre citra: «Tenga Vuestra Magestad por el negocio más importante de su Monarquía el hacerse rey de España; quiero decir, señor, que no se contente V.M. con ser rey de Portugal, de Aragón, de Valencia, conde de Barcelona, sino que trabaje y piense con consejo maduro y secreto para reducir estos reinos de que se compone España al estilo y leyes de Castilla» <sup>(105)</sup>. Pero esto también se le proponía a un monarca que entendería entre sus obligaciones la dominación de unos territorios según su propia diversidad, comenzándose por el dominio de la lingüística <sup>(106)</sup>. La sensibilidad

<sup>(104)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho*, cap. XVII-3; J.M. SCHOLZ, *Motiva sunt pars sententiae Urteilsbergründung in Aragón* (16.18. Jahrbundert), en AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, 1977, II, pp. 581-598; José Manuel PÉREZ PRENDES, *Los procesos forales aragoneses*, Granada, 1977; Angel BONET, *Procesos ante el Justicia de Aragón*, Zaragoza, 1982; Jaime CONTRERAS, *La inquisición aragonesa en el marco de la monarquía autoritaria*, en *Hispania Sacra*, 37, 1985, pp. 489-540; AA.VV., *El pactismo en la historia de España*, Madrid, 1980, pp. 47-139; J. LALINDE, *Los parlamentos y demás instituciones representativas*, en *IX Congresso di Storia della Corona d'Aragona*, Napoli, 1978, pp. 103-179, *Vida judicial y administrativa en el Aragón Barroco*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51, 1981, pp. 419-521; E. SARASA, *Las Cortes de Aragón en la Edad Media*, en *Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, II, pp. 491-542; V. FERRO, *Dret Públic Català*, pp. 332-385; A. IGLESIA, *La creación del Derecho*, III, pp. 592-637.

<sup>(105)</sup> J.H. ELLIOTT Y FRANCISCO DE LA PEÑA (eds.), *Memoriales y Cartas del Conde-Duque de Olivares. Política interior*, Madrid, 1978-1981, I, pp. 83 y 89-92.

<sup>(106)</sup> *Historia de Italia por Francisco Guicciardini traducida por Felipe IV*, ed. Madrid, 1889-1890, I, pp. XXV-XXVII, del epílogo que va de primer prólogo. Y existía ya la idea de dominación dulce mediante la lengua: Ricardo DEL ARCO GARAY, *La idea del Imperio en la política y la literatura española* Madrid, 1944, pp. 651-668; Eugenio ASENSIO, *La Lengua compañera del Imperio. Historia de una idea de Nebrija en España y Portugal*, en *Revista de Filología Española*, 43, 1960, pp. 399-413.

citra también era propia de la Monarquía, cabeza de muchos cuerpos.

Dejó de serlo tras perder algunos, no sólo el hispano de Portugal. Mientras que a mediados del XVII unas secesiones se resolvían con la garantía de reintegración del propio derecho, a principios del XVIII se hace con la represalia de su abolición <sup>(107)</sup>. La padece la Corona de Aragón. Es la famosa Nueva Planta; es la Guerra de Sucesión, europea y peninsular, y su capítulo, sólo a la postre español, de reducción de derechos. Tuvo por parte de la Monarquía una proclamación de principio: «Reducir todos mis Reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables y plausibles en todo el Universo», pero menos, bastante menos, una consecuencia de realización <sup>(108)</sup>.

Se produjo en la Corona catalanoaragonesa una supresión de instituciones políticas y, más limitadamente, de ordenamientos propios. Lo mantienen en parte Aragón y, en superior medida, Cataluña, pero bajo la afirmación ya del poder de la Monarquía; suprimidos quedan los mecanismos políticos y procesales de contención del poder monárquico. Aunque tampoco privada de todo su derecho, Valencia sufre la mayor pérdida. Al margen permanece la Corona de Castilla, así territorios como Galicia, pero también fundamentalmente, con su principio de prevalencia de Fuero, con sus instituciones políticas de derecho propio, Navarra y las Provincias Vascondagas, esto era, Vizcaya, Alava y Guipúzcoa <sup>(109)</sup>.

El cambio es profundo, pero no suficiente para la formación de un derecho español. La Monarquía reivindica su existencia, de un «derecho general de España» como ya veíamos que también se alegaba frente a Navarra, pero se demuestra incapaz de plantearlo y desarrollarlo más allá de los tópicos históricos de la Hispania visigoda y de la Castilla medieval también identificada con España <sup>(110)</sup>. Produ-

<sup>(107)</sup> B. CLAVERO, *Cataluña en España*, pp. 817-823.

<sup>(108)</sup> B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 187-238, con los textos principales.

<sup>(109)</sup> Con sus referencias para los diversos casos, también los insulares de Mallorca, Menorca e inicialmente Cerdeña, B. CLAVERO, *Cataluña en España*, pp. 823-832.

<sup>(110)</sup> M. PESET, *Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII*, el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 45, 1975, pp. 273-339; B. CLAVERO, *La idea de Código en la Ilustración jurídica*, en *Historia Instituciones. Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88, «Leyes de la China». *Orígenes y ficciones de una historia del*

ce realmente mucho derecho durante el siglo XVIII <sup>(111)</sup>, con el poder además de introducirlo en los territorios de la antigua Corona de Aragón, pero no se concibe ni establece como un ordenamiento común y homogéneamente español; sólo irregular y desigualmente incide fuera de Castilla, con la persistencia de diversidades. Y de hecho, aunque ahora se empeñe especialmente en renegararlo, la Monarquía como tal se sigue moviendo en el seno y con los medios del *ius commune* <sup>(112)</sup>.

En 1805 se promulga una voluminosísima *Recopilación de las Leyes de España*, oficialmente así denominada, pero sigue sin haber un derecho español. La recopilación resulta de todo lo anterior o de una parte de ello: se recogen las normas producidas por la Monarquía, con toda su mezcla de derecho castellano y otro de ámbito superior, nunca de España, sin el menor esfuerzo además por revisar e integrar los derechos de otros territorios: Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa, Alava, Cataluña, Aragón, principalmente <sup>(113)</sup>. Junto al *ius commune*, siguen a estas alturas los *iura propria*, todos españoles y ninguno español, éstos como aquél fuera de la Recopilación española. Sigue la diversidad no sólo en el terreno de las normas, sino incluso en el más elemental de las medidas <sup>(114)</sup>.

La novedad no llega hasta el siglo XIX. Las Constituciones definirán a España, programarán Códigos españoles y establecerán el procedimiento para la producción de un derecho español. Ahí estrictamente nacerá. Dato tan básico difícilmente se advierte con la carga de una historiografía contraria y con la base que la misma histo-

---

*derecho español*, en *Studi Saresesi*, 8, 1984 (Sandro SCHIPANI ed., *Cultura Iberica e Diritto Romano*), pp. 349-379, y en el susodicho *Anuario*, 52, 1982, pp. 193-221.

<sup>(111)</sup> M. ARTOLA (director), *La legislación del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982; Raquel RICO, *Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII: la Gaceta de Madrid y el Mercurio histórico-político*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 265-338.

<sup>(112)</sup> Ejemplo de un capítulo en el que todo ello puede apreciarse: B. CLAVERO, *Amortizatio. Ilusión de la palabra*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 17, 1988, pp. 319-358.

<sup>(113)</sup> B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 239-255, *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, pp. 53-64.

<sup>(114)</sup> B. CLAVERO, *El Código y el Fuero*, pp. 41-47; Pablo LARA IZQUIERDO, *Sistema aragonés de pesos y medidas. La metrología histórica aragonesa y sus relaciones con la castellana*, Zaragoza, 1984.

ria le brinda. Ahora, favoreciéndose el mismo cambio, la operación conjunta se cumple; surge, con el derecho español, *la historia de España* que al pasado lo proyecta <sup>(115)</sup>. Con su dosis de ficción, la realidad de un presente ya refleja. Ciertamente es ahora que se inicia la historia de un derecho español.

##### 5. *Derecho español y Derechos forales.*

La Constitución de 1812 comienza con un título «De la Nación Española y de los Españoles» para seguir con un capítulo «Del territorio de las Españas» cuyo último artículo establece que «se hará una división más conveniente del territorio Español por una ley Constitucional luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan». Las determinaciones ya son constituyentes de un derecho español a cuyo propósito también viene una previsión de Códigos: «El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». Para la misma Constitución Cortes sólo las hay Generales, españolas; los mismos particularidades sólo podrán determinarse por leyes comunes.

El primer concepto es de unidad: «La Nación Española es la reunión de todos los Españoles de ambos hemisferios». Por él no comienza la primera Constitución vecina, de 1822, porque lo hace con los derechos individuales de los portugueses; a continuación viene la definición: «A Nação Portuguesa é a união de todos os Portugueses de ambos os hemisférios». Viene un derecho de unas naciones, el español en nuestro caso. La mismas novedades del lenguaje ya las acusan jurídicas desde este primordial extremo del sujeto político del ordenamiento <sup>(116)</sup>. Una es la Nación y uno su Derecho.

---

<sup>(115)</sup> Extensamente, B. CLAVERO, *Cortes tradicionales e invención de la historia de España*, a publicarse en actas de la última fase (1988) del Congreso del VIII Centenario de las Cortes de León, cuya primera parte corresponde a las citadas *Cortes de Castilla y León en la Edad Media*; la intermedia habrá de ocuparse de la edad moderna, del XVI al XVIII.

<sup>(116)</sup> M<sup>a</sup> CRUZ SEOANE, *El primer lenguaje constitucional español (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, 1968, pp. 63-81; Telmo dos Santos VERDELHO, *As palavras e as*

Para esta propia labor de fundación hemos visto que se refería la Constitución española de 1812 a unas adversas circunstancias políticas; no permitieron realmente que un derecho español se fundase bajo ella. Su mismo concepto pluricontinental de España, desde la Península Ibérica hasta las Filipinas pasándose por Latinoamérica, tampoco podrá mantenerse. La España ahora constituida será la peninsular, con la agregación de algunas islas y la exclusión más definitiva de Portugal. No habrá un federalismo ibérico minimamente operativo y tampoco lo será, pese a su base, el español. Ninguna Constitución de las vigentes durante el XIX fue federal. El derecho de España que las Constituciones efectivas programaron era además homogéneo y unitario <sup>(117)</sup>.

Mas el programa constitucional tampoco fue exactamente el realizado. El mismo derecho español comenzó a gestarse, una vez que la Constitución lo había concebido, fuera del sistema constitucional, antes de su establecimiento definitivo. Ocurrió entre 1829 y 1836; entonces se crea una Administración española, de gobierno central y despliegue territorial; se efectúa a dicho propósito la propia división provincial del territorio; se organiza una Justicia bajo un Tribunal Supremo de última instancia sustantiva; se produce una primera codificación en la materia mercantil. Aquí están los verdaderos inicios, aunque sólo todavía tales, de lo que será un derecho español <sup>(118)</sup>. También por ahora, en 1836, es cuando viene formalmente a aceptarse la demarcación peninsular e insular de España <sup>(119)</sup>.

Bajo las Constituciones podrá el derecho español finalmente desarrollarse, con el subsiguiente desplazamiento tanto del *ius commune* como de los *iura propria*. Así se procede con el mismo programa

---

*ideias na Revolução Liberal de 1820*, Coimbra, 1981, pp. 197-206; Xavier ARBÓS, *La idea de Nació en el primer constitucionalisme espanyol*, Barcelona, 1986.

<sup>(117)</sup> Para introducción, B. CLAVERO, *Manual de Historia Constitucional de España*, Madrid, 1989; F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones, 1808-1978*, Madrid, 1989.

<sup>(118)</sup> La coyuntura no está como tal estudiada; para el capítulo más persistente: Antonio M<sup>a</sup> CALERO, *La división provincial de 1833. Bases y antecedentes*, Madrid, 1987, y la reseña de *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 981-985; para el menos: Enrique GACTO, *Historia de la jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, 1971, pp. 159-178.

<sup>(119)</sup> ANTONIO REMIRO BROTONS, *Territorio nacional y Constitución*, Madrid, 1978, pp. 26-29.

de la codificación, cubriéndose el capítulo penal; ya no cabrá en éste tampoco distinciones. Pero el desenvolvimiento sufrirá también sus moratorias, produciéndose precisamente respecto al Código Civil. Se abandona durante años el proyecto, pudiendo persistir en su ámbito tanto derecho canónico como derechos territoriales <sup>(120)</sup>. Y no sólo es cuestión de una mera supervivencia, sino también de una evolución propia y distinta de estos ordenamientos particulares; algunos, como el catalán, demuestran una notable capacidad de adaptación a unas nuevas condiciones pese a no contar con autonomía ni legislativa ni judicial <sup>(121)</sup>.

La situación la consagra el propio Código Civil, que llega en 1888. Se abre con un título preliminar «De las Leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación» de sabor y corte napoleónico, con su base de partida de la concepción nacional y legalista del ordenamiento, pero incluyéndose alguna disposición peculiar o realmente excepcional en tal contexto: «Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código». Hay salvedades, como la del propio derecho canónico en el capítulo matrimonial, pero la regla es ésta: en los territorios de fueros se mantiene su derecho civil. Y esto se produce sin que a un tiempo se les capacite con alguna autonomía presente <sup>(122)</sup>.

Salvedad también dice el Código que debe hacerse de sus principios legalistas: «Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino»,

---

<sup>(120)</sup> Pablo SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, pp. 7-133; LuíS CRESPO, *El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el proyecto de Código civil español de 1851*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 95-5, 1987, pp. 654-728; B. CLAVERO, *Código y Registro civiles, 1791-1875*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 14, 1987, pp. 85-102.

<sup>(121)</sup> B. CLAVERO, *El Código y el Fuero*, pp. 83-154, *Formación doctrinal contemporánea del derecho catalán de sucesiones: la primogenitura de la libertad*, en AA.VV., *La reforma de la Compilación: el sistema successori*, Barcelona, 1985, pp. 9-37; Gary Wray McDONOGH, *Good Families of Barcelona. A Social History of Power in the Industrial Era*, Princeton, 1986, pp. 141-164.

<sup>(122)</sup> B. CLAVERO, *El Código y el Fuero*, pp. 19-40, con sus referencias.

dicho en singular como Nación única; pero la excepción del ahora denominado *derecho foral* ya supone expresamente lo contrario: «sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario». También se especifica que los fueros conservan su sistema de integración por encima del propio Código español: «Regirá tan sólo (el Código) como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas (provincias) por sus leyes especiales» o fueros que podían igualmente ser consuetudinarios. Así también cabía que se mantuviera como *ius proprium* el *ius commune*, con las efectivas posibilidades de evolución contemporánea del mismo *ius civile*. No es sólo que no hubiera un Código Civil estrictamente español; tampoco quedaba en rigor espacio para una doctrina o jurisprudencia española (123).

El Código presentaba esta situación como estable, pero no así unas bases contenidas en la ley de habilitación que sirvió para hacerlo (124); éstas disponían la confección, como leyes complementarias del propio Código, de unos *apéndices* «en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen». Se preveía de este modo la reducción formal del *fuero* en *ley*, particular el uno y general la otra. Mas la secuela no vino tras el Código. Los derechos propios permanecieron con el carácter y la estabilidad que en él se reflejara (125).

El Código Civil era español en el sentido todavía de ecuación con castellano (126), pero ya hay una gran diferencia: el *derecho español* existe, un derecho constitucional, judicial, penal, mercantil, etc. La cuestión resulta entonces la del alcance de la misma permanencia, entre derecho español, de derechos no castellanos, no sólo la de su ámbito territorial, sino también y sobre todo la de su significación

(123) B. CLAVERO, «La Gran Dificultad». *Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX*, en *Ius Commune*, 12, 1984, pp. 91-115.

(124) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los supuestos ideológicos del Código Civil: el procedimiento legislativo*, en AA.VV., *La España de la Restauración*, Madrid, 1985, pp. 369-399, y ahora en sus *Códigos y Constituciones*, pp. 81-109.

(125) Para los dos casos al efecto principales como ahora veremos, mejor abordado sin término de comparación el primero, P. SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia*, pp. 137-174 y 288-291; F. SALINAS QUIJADA, *Estudios de Historia del Derecho de Navarra*, pp. 421-495.

(126) Encarna ROCA TRÍAS, *La Codificación y el Derecho Foral*, en *Revista de Derecho Privado*, 1978, 4, pp. 596-642.

formal. Los territorios forales ni siquiera se preocupa de determinarlos el Código; los ha dejado también indicados la ley de bases: «Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Provincias Vascas». Puede echarse de menos particularmente a Valencia, que no se ha recuperado de la Nueva Planta.

Ahora se consolidará el uso de hablarse como *derecho común* del español, comprendiéndose el castellano; el resto son los *derechos forales*. A tal concepto respondía la misma idea de los apéndices al Código. Pero exactamente y respecto a todos los derechos no castellanos, no es común el de España. Con su propia capacidad de integración más sistemática en base al que se dice derecho supletorio, todavía el *ius canonicum* y el *civile*, algunos ordenamientos civiles podrán escapar al planteamiento. Ahora cobra relieve el hecho de que se haya aceptado expresamente en el pasado la vigencia del *ius commune*; por haberlo hecho, Cataluña y Navarra pueden encontrarse en esta posición más exenta en cuanto al derecho civil <sup>(127)</sup>.

Y no sólo era cuestión de territorios. Lo era antes de principios estructurales del ordenamiento. El derecho que se dice foral se reconoce expresamente en materia civil, pero tal reconocimiento no limita sus efectos a una sola rama. No hay consecuencias en otras, como pudiera ser en la constitucional de pasarse a un régimen de autonomías regionales, pero existen implicaciones para todas o respecto al sistema que forman: no impera la ley o el derecho nacional; puede hacerlo la práctica regional. Hay una situación de autonomías jurídicas ininterrumpidas sobre las que podrán plantearse unos nacionalismos plurales y su correspondiente rectificación constitucional <sup>(128)</sup>.

<sup>(127)</sup> E. ROCA TRÍAS, *El Código Civil como supletorio de los Derechos Nacionales Españoles*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1978, 2, pp. 227-286, *El Código Civil y los Derechos Nacionales, en especial el Derecho Civil catalán*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, 3, pp. 7-59, *El Derecho Civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los derechos civiles españoles en las distintas Constituciones y en la vigente*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, 1, pp. 7-36.

<sup>(128)</sup> Jordi SOLÉ TURA, *Catalanismo y revolución burguesa*, Madrid, 1974; J.A. GONZÁLEZ CASANOVA, *Federalisme i autonomia a Catalunya (1868-1938)*, Barcelona, 1974; Juan J. TRÍAS VEJARANO, *Almirall y los orígenes del catalanismo*, Madrid, 1975; Juan J. SOLOZABAL, *El primer nacionalismo vasco*, Madrid, 1975; Antonio ELORZA, *Ideologías del nacionalismo vasco, 1876-1937*, San Sebastián, 1978; Javier CORCUERA, *Orígenes, ideología y organización del nacionalismo vasco (1876-1904)*, Madrid, 1979;

Las Constituciones han creado a España, pero no han cancelado las dos Españas, ulterior y ceterior. La dualidad podrá incluso bajo ellas acentuarse precisamente porque no la atienden. El derecho español aún responde al planteamiento ultra que presume la unidad y provoca la diversidad. Con ello se alimenta todavía más una ficción que encubre realidades. La historiografía ya suele presentar un constitucionalismo unitario o toda una codificación de planta uniformista que luego, el uno como la otra, optarán por alternativas regionalistas, las cuales a su vez aparecerán como desligadas de su tiempo histórico o sólo ideológicamente conectadas con el mismo. La historia es todavía otra, jurídica y no sólo políticamente, de más de una España <sup>(129)</sup>. ¿Cómo reconstruirla? ¿Cómo, si se prefiere y con ello no se entienden las invenciones contrarias, recuperarla?

## 6. *Los últimos Fueros de España*

Los casos navarro y vascongados, o el caso vasco que más en general puede decirse, no están agotados todavía. Al contrario que todos los otros territorios, llegaron a la época constitucional con su propia organización política; dada además la situación excepcional en la que venían quedándose, han fortalecido tanto el principio de prevalencia de sus fueros interiores como los mecanismos de contención y supervisión de los poderes exteriores. Particularmente las Vascongadas, parte en principio de Castilla, pueden aparecer ahora en la posición más singularizada y exenta <sup>(130)</sup>.

Las Vascongadas no habían originariamente constituido un territorio de derecho propio, produciéndose como dijimos su diferenciación en el interior del castellano. No contaron con las posibilidades de afirmación jurisprudencial que hemos visto en casos como el

---

Ramón MÁIZ, *O rexionalismo galego: Organización e ideoloxía (1886-1907)*, La Coruña, 1984.

<sup>(129)</sup> B. CLAVERO, *Cataluña en España*, pp. 833-850, *Fueros Vascos. Historia en tiempo de Constitución*, Barcelona, 1985, pp. 64-73.

<sup>(130)</sup> Emiliano FERNÁNDEZ DE PINEDO, *Crecimiento económico y transformaciones sociales del País Vasco, 1100-1850*, Madrid, 1974, pp. 337-349 y 466-470; P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *La crisis del Antiguo Régimen en Guipúzcoa, 1766-1833: cambio económico e historia*, Madrid, 1975, pp. 140-167, 262-278 y 319-372.

de Cataluña o el de Portugal; su Monarca era el de Castilla como su Audiencia una de las castellanas; no podían representárselos en cuanto tales como propios y distintos. Podían insistir en los títulos menores de señorío que le correspondía en su tierra a la Monarquía; podían también conseguir que sus representantes superiores participasen de los honores de magistrados de Audiencia, pero no podían tener ni un Senado supremo ni un Monarca titulado particulares o privativos <sup>(131)</sup>.

Pese a todo la diferenciación se había acentuado, aprovechándose incluso posibilidades de un derecho castellano. En éste, al imponerse desde los siglos bajomedievales la ley de la Monarquía, se había hecho excepción de un fuero de nobleza; durante la edad moderna los vizcaínos y otros vascos aparecen reivindicando con éxito la condición étnica de nobles, con sus fueros que así prevalecen también desde una óptica castellana <sup>(132)</sup>. A los mismos efectos prácticos, se conservan y potencian mecanismos y recursos del propio ordenamiento castellano, con un sentido y una capacidad de prevalencia y defensa del fuero propio que allí, en Castilla, se habían perdido <sup>(133)</sup>. La diferencia persistente de cultura, mayor que en ninguna otra zona, también ha abonado el terreno jurídico, a través a menudo de la figuración histórica que sabemos de alcance más constitucional <sup>(134)</sup>.

---

<sup>(131)</sup> B. CLAVERO, «A manera de Vizcaya». *Las instituciones vascongadas entre Fuero y Constitución*, a publicarse en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 58, 1988.

<sup>(132)</sup> ALFONSO DE OTAZU, *El «igualitarismo» vasco: mito y realidad*, San Sebastián, 1973; G. MONREAL, *Anotaciones sobre el pensamiento político tradicional vasco en el siglo XVI*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50, 1980, pp. 971-1004, *Incidencia de las instituciones políticas de Alava en el pensamiento político de los alaveses de las Edad Moderna*, en el mismo *Anuario*, 54, 1984, pp. 613-638.

<sup>(133)</sup> B. GONZÁLES ALONSO, *La fórmula «Obedécese pero no se cumpla» en el derecho castellano de la Baja Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50, 1980, pp. 469-487; RICARDO GÓMEZ RIVERO, *El pase foral en Guipúzcoa en el siglo XVIII*, San Sebastián, 1988.

<sup>(134)</sup> ANDRÉS DE MARAÑICUA, *Historiografía de Vizcaya (desde López de Salazar a Labayru)*, Bilbao, 1973; ANTONIO TOVAR, *Ideologías de la lengua vasca*, Madrid, 1980; JON JUARISTI, *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca*, Madrid, 1987, y reseña en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 1010-1013; IDOIA ESTORNÉS ZUBIZARRETA, *La Sociedad de Estudios Vascos. Aportación de Eusko Ikaskuntza a la Cultura Vasca (1918-1936)*, Vitoria, 1983.

Son historias y mecanismos ajenos a los afectados por la Nueva Planta. La debilidad ha podido ulteriormente devenir fortaleza. El eclipsamiento de la jurisprudencia del *ius commune* que ya durante el XVIII hace que vayan perdiendo relieve las ideas de autonomía o verdadera independencia jurídica con aquellas figuras de multiplicación e identificación entre rey común e instituciones propias, no afecta a la posición de la zona vasca. La afirmación como español de un derecho castellano no altera en sí las facultades de los territorios vascongados. Llegan a la época constitucional con esta distinción que, operando en el seno del derecho de una Castilla que se predica España, igual podrá entenderse operativa ante la constitución final de ésta última.

A la vista de las Constituciones pudiera en todo caso pensarse que esto ha tocado a su fin; no había en ellas previsiones de alguna entidad federal. Pero la realidad fue otra. Cuando comenzaron realmente a echarse los cimientos de un derecho español, allá como decíamos por los años treinta del pasado siglo, estos territorios vascos estaban en rebeldía <sup>(135)</sup>. Su contumacia les mantenía al margen de dicha misma fundación. Y la reintegración ya fue condicionada. La guerra se liquidó en 1839 mediante un acuerdo militar de conservación de fueros que una ley pasó a formalizar: «Se confirman los fueros de las provincias Vascongadas y de Navarra, sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía» <sup>(136)</sup>.

Estos fueros eran ante todo políticos, con sus instituciones propias, mas no se les ofreció alguna cobertura constitucional. La misma ley de confirmación sólo preveía nuevas leyes ordinarias en orden a «la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclama el interés de las mismas (provincias) conciliado con el general de la Nación y de la Constitución de la monarquía». Los proyectos habían de elaborarse «oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra». Con ésta se llegó a un acuerdo; no con aquéllas. La

---

<sup>(135)</sup> José EXTRAMIANA, *Historia de las Guerras Carlistas*, San Sebastián, 1979, I, pp. 123-136; Julio ARÓSTEGUI, *El carlismo y los fueros vasconavarros*, en AA.VV., *Historia del Pueblo Vasco*, San Sebastián, 1979, pp. 71-135; M<sup>a</sup> C. MINA APAT, *Fueros y revolución liberal*, pp. 111-173.

<sup>(136)</sup> M<sup>a</sup> C. MINA APAT, *Fueros y revolución liberal*, pp. 174-206; B. CLAVERO, *Fueros vascos*, pp. 18-27 y 74-80.

segunda aceptó la desaparición de sus instituciones políticas; no las primeras <sup>(137)</sup>.

Tampoco quedan las instituciones vascongadas como unas meras reliquias en vías de extinción. Pueden comenzar también a evolucionar trabajosamente en su caso hacia un horizonte de Parlamentos y Gobiernos propios, de cada uno de estos territorios, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava <sup>(138)</sup>. Su fin, avanzado el siglo, llegará de otro modo, también mediante guerra pero de conclusión no negociada; así perece, en 1876, la organización política vasca <sup>(139)</sup>. Pero tampoco por ello desaparece todavía enteramente un fuero o derecho propio político.

La ley que en dicho año formaliza la abolición deja el asunto planteado en unos términos más expeditos, sin requerimiento de nuevas leyes: habilita al Gobierno para que, «con audiencia de las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya» y sólo «dando en su día cuenta a las Cortes», efectúe «todas las reformas que en su antiguo régimen foral lo exijan así el bienestar de los pueblos vascongados como el buen gobierno y la seguridad de la Nación». Ahora sin cobertura tampoco legal se entra en una fase de composición entre el Gobierno central y unas instituciones vascas de régimen en principio común pero en definitiva especial. Con un desarrollo limitado de su ley de adaptación de fueros, Navarra también se encontrará en esta situación <sup>(140)</sup>.

El resultado, nunca formalizado en norma alguna, encauzado por una práctica sustancialmente federal que podía así seguirse entendiéndolo como foral, todavía era el de una notable autonomía en

<sup>(137)</sup> M<sup>a</sup> C. MINA APAT, *Fueros y revolución liberal*, pp. 206-223; Mercedes VÁZQUEZ DE PRADA, *Negociaciones sobre los Fueros entre Vizcaya y el poder central, 1839-1877*, Bilbao, 1984.

<sup>(138)</sup> Alfredo HERBOSA, *Los intentos de adaptación de las instituciones forales vizcaínas al Estado liberal (1833-1870)*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 13, 1985, pp. 45-73; José M<sup>a</sup> PORTILLO, *Los poderes locales en la formación del régimen foral. Guipúzcoa (1812-1850)*, Bilbao, 1987; Joseba AGIRREAZKUENAGA, *Vizcaya en el siglo XIX: las finanzas públicas de un Estado emergente*, Bilbao, 1987.

<sup>(139)</sup> J. EXTRAMIANA, *Guerras Carlistas*, II, pp. 127-299; Vicente GARMENDIA, *La ideología carlista (1868-1876). En los orígenes del nacionalismo vasco*, San Sebastián, 1984.

<sup>(140)</sup> B. CLAVERO, *Fueros Vascos*, pp. 28-54 y 80-92.

relación con el régimen común que podía decirse español <sup>(141)</sup>. Aparte de que también aquí tuviera su aplicación la excepción foral del Código Civil, tampoco todo el derecho público general entraba en vigor en la zona vasca. La autonomía particularmente se concretaba en el terreno administrativo, pero sus implicaciones eran superiores, de alcance materialmente constitucional, como podrá efectivamente constatarse en el momento de la rectificación por parte de Constituciones de inspiración y realidad menos ficticias <sup>(142)</sup>.

No había un Código Civil español y no hay tampoco un Derecho Español singular y único. Ya existe este derecho, pero también otros en la misma España. ¿Quién los atiende fuera de ella? ¿Quién lo hace fuera incluso de los interesados? ¿Quién consideraba el derecho navarro en el panorama europeo del *ius commune*? ¿Quién considera el derecho vasco en una historia constitucional de Europa? Ya se sabe: ésta se compone como aquélla se construye, no de derechos, sino de Estados.

---

<sup>(141)</sup> Javier REAL CUESTA, *El carlismo vasco, 1876-1900*, Madrid, 1985, pp. 33-44; Luis CASTELLS, *Modernización y dinámica política en la sociedad guipuzcoana de la Restauración, 1876-1915*, Madrid, 1987.

<sup>(142)</sup> B. CLAVERO, *Los Fueros de las Provincias Vascas ante la Autonomía de la República Española*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 15, 1986, pp. 51-65, *Del principio de salvedad constitucional del derecho histórico vasco*, en *Revista de Estudios Políticos*, 37, 1984, pp. 7-23; Virginia y Carlos TAMAYO SALABERRÍA (eds.), *Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Gernika*, Vitoria 1981, *Génesis de la Ley de Territorios Históricos (Fuentes documentales)*, San Sebastián, 1985.