

# ESENCIA Y PRINCIPIOS DEL DERECHO CIVIL FORAL

*Juan Vallet de Goytisoló*

## 1. Qué sea derecho foral

Tal vez sea conveniente que al comenzar esta exposición excusemos el título de la misma. Derecho foral, etimológicamente, es el Derecho derivado de los Fueros. En este sentido es un derecho especial, de excepción, generalmente concedido en la Edad Media, a las ciudades que se fundaban y repoblaban. Su ámbito se extiende más tarde territorialmente. El Fuero de Aragón, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero de Navarra, el Fuero de Vizcaya, lo expresan con su propia denominación. Pero en todas partes, en mayor o menor grado, y en especial a partir de la recepción del Derecho romano y del profundo influjo del Derecho canónico, los hoy llamados Derechos Forales se movieron en la galaxia del Derecho Común. Derecho común, formado por el Derecho romano y el Derecho canónico, en el cual son insertados –excluyéndolo, limitándolo, interpretándolo o adaptándolo– los Fueros, las costumbres y usos, los Derechos comarcales y locales, el Derecho territorial y el Derecho real o regio.

El uniformismo centralizador que Felipe V quiso imponer a toda España le llevó a querer desplazar totalmente el Derecho romano y a sustituirle, como Derecho común de toda la nación, por el Derecho Real castellano, contenido entonces en la Nueva Recopilación, calificando de leyes municipales, privilegios y constituciones propias los Derechos peculiares de las regiones. Aunque ese arbitrio del poder no prevaleció, y aunque en el siglo pasado, con anterioridad y posterioridad al Código civil, la jurisprudencia sigue calificando repetidamente al Derecho romano y al canónico como Derecho común con referencia a Cataluña y Navarra

en especial, lo cierto es que del intento ha quedado la contraposición Derecho común-Derecho foral expresiva del Derecho castellano y luego del Código civil, de una parte, y de los Derechos de las regiones y territorios con régimen diverso de éste, de otra parte.

Todos sabemos que la Codificación fue efectuada sobre la base del Derecho de Castilla, de su Novísima Recopilación, complementada sin duda por el Derecho romano aplicado a Castilla, muy específicamente, a través de su extraordinaria versión y adaptación expresada en el Código de las Siete Partidas. Pero también sabemos que los codificadores del siglo pasado lo ordenaron, articularon y redactaron según el modelo racionalista, al gusto francés impuesto por el Código de Napoleón.

Ello dejó así la perspectiva. En el antiguo reino de Castilla no quedó más Derecho foral, aparte de los Fueros de Ayala y de Vizcaya en los antiguos Señoríos de Ayala y de la tierra llana o infanzonado vizcaíno, que el llamado Fuero de Baylio y las costumbres gallegas complementadas con algunas disposiciones específicas acerca de los foros. Entonces, la denominación de Derecho foral se concretó, por una parte, y extendió de otra. No sólo comprendió el dimanante de los Fueros de Ayala y de Vizcaya en los territorios que fueron de la antigua Corona de Castilla y, fuera de ella, los Fueros de Navarra y los Fueros y Observancias de Aragón, sino al Derecho común que los envolvía. Así, en Navarra especialmente Derecho canónico y en Aragón el Derecho natural en su sentido clásico. Y también se llamó foral al Derecho de Cataluña y de Baleares, en los cuales los Usatjes, Constitutions, Customs, etc., se situaban sobre un fondo de Derecho común, romano y canónico, que constituía, como hemos dicho antes, la materia sobre la que actuaron en general los juristas, siendo como rectificaciones y a veces simples modificaciones o tan sólo aclaraciones, las normas territoriales, comarcales o locales de carácter autóctono.

Ese giro en la denominación producido por el Decreto de Nueva planta y por la obra de la Codificación, hizo que el eximio Joan Martí Miralles, en su Discurso Presidencial al inaugurar el Curso 1920-1921 de la Academia de Jurisprudencia y

Legislación de Barcelona, llegara a decir que: «Abans el nostre Dret era el Dret comú; el Dret castellá fou, primer, només un Dret local; despres un Dret regional más tard augmentá de categoría i esdemigué el Dret regí de Castella. Ara es al revés, es el nostre Dret el Dret foral, el Dret local, el Dret d'exceptió; i el que ho-fou abans, ha arribat a la categoría de Dret comú, denominació que historicament correspon a la nostra Jurisprudencia».

Es cierto, por otra parte, que si bien la Compilación vizcaína se intitula del «Derecho foral...» y los proyectos navarros emplean en cabeza la palabra Fuero, por otra parte las Compilaciones catalana y balear se autotitulan del «Derecho civil especial...» y la aragonesa únicamente se denomina «Compilación del Derecho civil de Aragón», con exclusión de todo calificativo para su Derecho civil.

Sin embargo, se ha impuesto el uso de la denominación Derecho foral con ese significado distinto que a partir de la obra codificadora abarca los Derechos civiles no integrados en el Código civil, y que son los correspondientes a antiguos Reinos, Principado, Señorío, Comarcas, Diócesis, Ciudades o Villas incluidos en las actuales regiones y territorios que por eso mismo se han denominado más o menos impropia-mente de Derecho foral.

## 2. Racionalismo e historicismo jurídicos

El preámbulo que acabamos de hacer no será una mera diversión para explicar lo adecuado e inadecuado de una denominación, si sirve para orientarnos en la percepción de que, aun cuando el contenido comprendido en la denominación genérica de Derecho foral es muy vario, constituido por numerosísimas disposiciones emanadas de fuentes dispares, en fechas muy diversas y sancionadas por Reyes de reinos distintos, lo cierto es que se integran, aunque de modo diverso, en un fondo común y en una misma concepción del Derecho, de la manera de crearlo, de entenderlo y de vivirlo. Ese fondo común, o mejor dicho el mismo espíritu y significado que preside esos Derechos es precisamente lo que constituye el contenido de esta exposición.

Notemos, ante todo, un dato fundamental común a todos los Derechos forales, frente al Derecho común del Código civil y sus leyes especiales, que radica en la diversa concepción del Derecho mismo que se debatió en Europa, especialmente en Alemania y en España, si bien con diversidad de matices, durante el período que precedió a la codificación, entre la *concepción racionalista*, derivada de la escuela protestante del Derecho natural, influenciada por la idea rousseauiana del contrato social, encarnada en el *Code de Napoleón* y sostenida por las tendencias legalistas y exegéticas, de una parte y, de otra, la *concepción tradicional o histórica*, que en Alemania tuvo su paladín en Federico Carlos Savigny y recibió empaque científico moderno, no exento de exageraciones, de su escuela histórica del Derecho. Esta ciertamente tuvo amplia influencia en los juristas de las regiones forales, en especial en los catalanes, que también fueron influidos por los tradicionalistas franceses De Maistre y Bonald, especialmente, y por el sociólogo, asimismo francés, Le Play. Sin embargo, como veremos, nunca se incurrió en las exageraciones de la escuela alemana.

Frente a frente vemos, pues, una concepción filosófica idealista y otra propiamente realista del Derecho.

La contraposición entre ambas concepciones, racionalista y tradicional, la vemos reiteradamente expuesta por varios de los más ilustres juristas que defendieron las esencias del Derecho foral.

### 3. Tres referencias magistrales

Pondremos sólo tres ejemplos:

Ferrer y Subirana, al afirmar que la legislación civil catalana «no anda errante y perdida», «por la región de las teorías y de los delirios humanos; no, tiene su trono y un trono de diamante acá en esta tierra en que vivimos; por eso no flota a merced de los vientos; por eso no perece por las circunstancias; por eso no se la lleva el torrente de las revoluciones, por eso su dominio es duradero e inmortal».

Joaquín Costa, al increpar: «Legisladores engréidos que pretendéis gobernar los pueblos con ideas y encerrar

el mundo infinito de la vida en los moldes angostos de vuestros libros» ... «utopistas» ... «las leyes que nosotros escribimos en el mundo del lenguaje de los hechos, son más firmes y más incontrastables que las vuestras, porque también son más verdaderas, porque están fundadas en la naturaleza».

Durán y Bas, cuando advertía: «El derecho cosmopolita en vez del derecho nacional, la abstracción filosófica en vez del elemento histórico en el derecho positivo, más que completar la influencia de las leyes, ha de producir un divorcio, un antagonismo, opuestos al desenvolvimiento de la civilización nacional. Y cuando la idea de la humanidad sustituya a la nación; cuando el derecho se funde en ideales que en necesidades legítimas de los pueblos, forzosamente habrá de haber movilidad en las leyes; ninguna conquistará la adhesión de las conciencias ni se identificará con los sentimientos del país, y el tiempo presenciará, como mero testigo, los cambios de legislación, pero no concurrirá a su consolidación con su acción fecunda. De Maistre lo había dicho: “El tiempo no respeta sino lo que ha fundado”».

Y añadiremos que a fines del mismo siglo, escribiendo acerca del Derecho de Vizcaya, el propio Unamuno contrapuso los Códigos «debidos en buena parte a la razón racionante de los juristas» y las costumbres, «razón no escrita del pueblo, manifestándose en los moldes de la vida», y observó «que no en vano simboliza las viejas libertades vizcaínas un árbol que hunde sus raíces en las entrañas de la tierra».

#### 4. Los principios fundamentales del derecho foral

Esta contraposición, no total –pues afortunadamente el Código civil, aun vaciándolas en moldes de corte francés, recogió buena parte del Derecho común de las Partidas y casi todas las instituciones de Derecho real– merece que la analicemos y que examinemos los que podríamos denominar principios fundamentales de nuestros Derechos forales.

**A) Principio del equilibrio de sus fuentes y sus modos de captación y expresión**

Un filósofo, un pensador muy querido, Rafael Gamba, en su bellissimo libro *El silencio de Dios*, ha hecho una reflexión sobre el Derecho que merece ser meditada hondamente por los juristas. Escuchadla: «La maduración cultural de un pueblo se realiza en un lento predominio del derecho escrito sobre la costumbre, de la unidad o de la estructuración sobre el localismo tribal, del plano teórico sobre la pura adaptación al medio. Sin embargo, también en este orden la salud consiste en una tensión y equilibrio entre lo ideal y lo real, en una permanente toma de contacto con la realidad en la que no se *abstractice* el saber ni se reduzca la vida y las relaciones de los hombres a esquematismos artificiales e infecundos. Al modo como la salud en el hombre es una tensión y armonía de sus facultades, así también la sana vida de los pueblos debe siempre apoyarse en las realidades concretas de la agrupación local o profesional y en los límites y dimensiones creadas por la historia y la tradición».

Equilibrio, que percibimos cuando Durán y Bas explica que el movimiento jurídico científico catalán –que iniciaron Samponts y Barba, Ferrer y Subirana, Reynals y Rabassa, Permanyer y Tuyet– «viene a ayudar al de aquellas escuelas filosóficas y jurídicas que hacen descansar el Derecho sobre la base de la Ética, que hacen desenvolverlo dentro de las condiciones históricas de los pueblos y hacen aplicarlo en conformidad de las relaciones de la vida».

Equilibrio que vemos precisado, por quien más tarde fue Cardenal Primado, cuando era el presbítero Enrique Plá y Deniel, en un sólido trabajo que publicó «Revista Jurídica de Cataluña» a principios de siglo, en el cual distingue, de una parte, cuán digno de loa es que los pueblos recuerden sus tradiciones y respeten sus costumbres, y, de otra, el peligro del principio, que debe ser rechazado, por el que la Escuela histórica «ha concedido demasiada independencia a la costumbre respecto de la autoridad social erigida por la misma naturaleza y ha quitado la base sólida a todo derecho, aun el consuetudinario y tradicional, negando el derecho natural o prescindiendo de él».

La doctrina de la racionalidad de las leyes y de las costumbres expuesta por Santo Tomás de Aquino, que fue aplicada al Derecho común, era la que también regía en los Derechos forales, como en general había regido en toda Europa antes de las Codificaciones, por lo menos cuando el absolutismo o la Revolución o sus ideas no la arrollaban.

Incluso Joaquín Costa, máximo defensor en España del valor de las costumbres, no niega «la existencia de un derecho natural anterior al derecho popular y exigente del mismo» y precisa que: «Las reglas consuetudinarias que el *Estado común* [es decir, el pueblo] expresa y produce en sus hechos la autoridad legislativa o en su nombre la judicial ha de revisarlas, y si no las encuentra conformes a los principios eternos del Derecho debe interrumpirlas la posesión, perseguirlas, corregirlas o erradicarlas». Y, a la inversa, que «las reglas legales o de otro modo dictadas por el *Estado oficial*, los súbditos a quienes van dirigidas deben contrastarlas en la piedra de toque de su razón, y si encuentran que no es lícito en conciencia obedecerlas sin infringir o lesionar un derecho, si el fin que en ellas se propone es malo, o siendo bueno el fin son malos los medios, es deber de ellos cuando menos suspender el cumplimiento».

Pero hay otro aspecto, tal vez inédito en su visión genérica, que nos ha sido iluminado al leer recientemente un libro no jurídico, *La Galaxia Gutenberg*, del Profesor canadiense Marshall McLuhan.

El mundo primitivo era un mundo auditivo, táctil, de percepciones directas de la naturaleza en el cual el sentido del oído predominaba sobre el de la vista.

La invención del alfabeto supuso, en cierto modo, una separación de la cosa y la palabra que la representa. Las voces y el grafismo, que dan nombre a la cosa, no expresan ya su imagen como en las escrituras ideológicas o en las expresiones onomatopéyicas, sino que sólo la representan con unos sonidos o unos grafismos que combinan unas letras de tal modo que sólo convencionalmente la significan. En cambio, esa equivalencia, por no dar lugar a una percepción inmediata, requiere una traducción en nuestro cerebro y

permite a que éste actúe como un filtro racional de lo que oímos o leemos.

La escritura acentúa más la separación entre la cosa y los signos gráficos que la representan. Su imagen se hace exclusivamente visual, de ella desaparecen casi totalmente las posibles percepciones de los demás sentidos, que ni siquiera llegan a muchos lectores. El sentido de la vista predomina sobre los demás sentidos y ello lleva a múltiples consecuencias.

En primer lugar el espacio indefinido o infinito del mundo tribal sonoro se cierra en una imagen pictórica que se prolonga en perspectiva formando una cámara cerrada, como la que vemos en un estereoscopio, y que se contempla desde un punto de vista determinado.

Pero además esa percepción visual a través de la letra impresa, ordenada, alineada sucesivamente en renglones, que se leen de lado a lado, produce en nuestra conciencia la falsa percepción de una linealidad, tanto de los acontecimientos como de las causas que se ordenan en una sucesión lógico-formal. Desaparecen así de nuestra conciencia las causas que no son puramente eficientes y éstas quedan encadenadas de un modo lógico formal, en una sola dirección, con una falsa impresión de sucesión temporal que las hace parecer siempre anteriores a sus efectos, aunque sean simultáneos e incluso interdependientes. Ello favorece el racionalismo y la visión clara, pero en un solo sentido monolineal, que el cartesianismo llevó a la filosofía y la escuela moderna iusnaturalista al Derecho.

Y como consecuencia de iluminar el objeto que examina desde un solo punto de vista exterior, produce en la visión fraccionamientos, segmentaciones que recaen no sólo en los sentidos y en las funciones, sino también en la propia visión de la realidad, tanto en su estática, con pérdida de su plasticidad como mucho más en su dinámica, y en su causalidad. Aísla espíritu y materia, formas y funciones; religión, moral y derecho; ciencias y letras; razón pura o teoría y razón práctica, y las diversas ciencias y técnicas entre sí, distorsionando toda la armonía humana. El orden de la naturaleza se esfuma a nuestra vista, que ya no abarca el conjunto, sino sólo parcelas del mismo.



El aislamiento de la percepción con un solo sentido ciertamente favorece la abstracción y la visión uniforme y coherente; pero «el dominio de uno solo de los sentidos es una receta para el hipnotismo», según subraya McLuhan, quien nos advierte de que «puede servir para encerrar una cultura en el sueño», hasta tanto que «con la excitación de otro sentido no se despierte».

Según nota este autor, «simplemente el acostumbrarse a los modelos lineales y repetitivos de la página impresa disponía fuertemente a los hombres a aplicar el principio a los problemas de toda clase».

Así ha desaparecido, postergado por el razonamiento lineal, puramente lógico, pero desencarnado, el *sensus communis*, fruto de una percepción sensorial plena –oral, visual y táctil– que procuró lograr la Edad Media, en la cual predominó la percepción por *transferencia* como en el interior de la catedral gótica, y no la *iluminación* desde un punto de vista externo y con enfoque en cámara cerrada. Percepción sensorial plena, que Panofski observa en *La divina comedia*, de Dante, de quien dice que «su aprehensión sensorial es tan segura, su empresa intelectual tan directa que no se duda jamás de que se halla en el centro de la percepción», y de quien, al igual que de Santo Tomás de Aquino, dice que «la letra y el contenido forman un todo profundo».

Siguiendo la distinción que explica McLuhan podríamos decir en primer término que el hombre del campo siente la naturaleza de un modo *táctil*, vive inmerso en ella, y cuando ha alcanzado la civilización complementa su percepción directa con su cultura *oral* –tradiciones, enseñanzas, experiencias oídas, apólogos, refranes– y, menos frecuentemente, con la visual de la enseñanza escrita. En cambio, los ciudadanos de la época moderna han tenido una cultura visual, uniforme y disociada de las demás percepciones, recibida de los medios masivos que la imprenta ha proporcionado, y que, si bien hoy con la nueva tecnología auditiva (radio) o audiovisual (cinematógrafo, televisión) vuelven a asociar y coordinar algunas sensaciones visuales, orales y táctiles, éstas no les llegan directamente de la naturaleza, ni las ordenan con su

razón, sino que las reciben artificialmente preparadas. Por eso, las masas urbanas fácilmente se *tribalizan* y vibran como los salvajes, al conjuro del hechicero (díganlo sus reacciones en el fútbol, en los mítines políticos, en las recientes agitaciones estudiantiles).

Podemos aplicar la lección al Derecho. Un Derecho totalmente legislado, como el que pretendió imponer la escuela francesa de la exégesis, ha de sufrir las limitaciones de una percepción recibida únicamente por medio de la letra impresa: linealidad, abstracción, generalización, visión segmentada, olvido de las causas que no sean formales, aplicación silogística monolineal, falta de vivencia de la realidad.

En cambio, el Derecho foral, en toda su historia y mientras es un derecho vivo, complementa armoniosamente sus medios de percepción jurídica. Se oye, se lee, se vive táctilmente: el orden de la naturaleza es una fuente táctil que se percibe y siente con todos los sentidos, con todo el ser, al contacto con la realidad. Esta le ha enseñado cómo debe conservarse una casa, y para ello cómo se ha de ordenar el régimen de los bienes en el matrimonio, la vida y la sucesión en el «más», en el caserío, en la casa solariega. Los usos y costumbres también se viven con todos los sentidos y además se aprenden y transmiten oralmente de generación en generación. Se conserva a través de la tradición el sentido de su finalidad verbalmente explicada de padres a hijos. La ley escrita impone los límites, fija mojones, hace de pretil, impide que los usos y costumbres se salgan del derecho necesario y establece las «determinaciones» que el mismo orden de las cosas exige (plazos, distancias, edades, cuantías). La jurisprudencia y la doctrina enseñan a razonar y a relacionar unas percepciones con otras, unas fuentes con las demás, lo universal o general con lo concreto, y viceversa.

### ***B) El sentido realista de un Derecho elaborado sobre el terreno y prácticamente vivido***

Es una característica que lo fue de todas las civilizaciones hijas de la tierra, como fue el Derecho romano en su época creadora. Como ha hecho notar el Profesor de esta disciplina Alfredo Di Pietro, Roma fue fundada por Rómulo, jefe de

labradores, y trazada con arado. De la tierra se recibe como primera enseñanza la necesidad de percibir lo concreto de modo real e inmediato.

El *amor a lo concreto* se extendió al conocimiento científico y así toda teoría, según recuerda su acepción griega, ha de ser siempre «una contemplación profunda de las cosas» y «nada tiene que ver con ese conocimiento abstracto y libresco de las definiciones huera, de los cuadros sinópticos, de las llaves clasificadoras, de los principios vacíos, producto todos de la esterilidad de los gabinetes apartados de la realidad».

También se extendió al ejercicio de la justicia, «siempre ligada a lo concreto, al ser de las cosas», rechazando «la sumisión empedernida a los principios abstractos, a las soluciones fijadas de antemano que se apartan de la verdad concreta». Así enseñó al Pretor a proteger la realidad frente a las tormentas del entuerto como el agricultor protege la tierra frente a las inclemencias de los agentes atmosféricos.

El Derecho foral se elaboró en estrecha conexión con el medio físico y económico en que se vivía. El paisaje, como ha dicho Gregorio de Altube, es fuente del Derecho. En nuestras montañas pirenaicas –dijo Joaquín Costa, como portavoz del Alto Aragón al Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880– «la Naturaleza existe por la sola virtud del Derecho; sin esas costumbres que tan odiosas os parecen no habría allí naturaleza productiva».

Al hablar de las leyes emanadas de los jurisconsultos catalanes, nos dice Torras i Bages que «leyes de la tierra las llamaban tanto en catalán como en latín, porque lo son, como son de la tierra las montañas y los ríos y las costas; producto e imagen de su sustancia, nacidas de las mismas entrañas de la sociedad, no del cerebro de un príncipe o de una cámara legislativa». «El fundamento del Derecho consuetudinario catalán es –según Faus i Condomines– granítico, como obra que es de la naturaleza y de la historia, los dos grandes factores de la realidad indestructible».

Pero de lo concreto se eleva a lo universal, pues desarrolla también ese rústico buen sentido que –según Marcel de Corte– consiste «en sentir, palpar, ver y de ahí alcanzar a comprender que existe un orden de la naturaleza al que

nadie puede sustraerse sin daño». Como ha dicho el Presidente de la Cámara Agraria de Tarragona, J. Gil Moreno de Mora, saben por esa experiencia los campesinos que la ley natural «existía antes de toda memoria de viejo» y «que nos sobrevivirá», «que es independiente de nuestra voluntad, que no la dicta hombre alguno y que con mucho trabajo podemos estudiarla para conocer algunos de sus secretos», que frente a ella «la libertad se obtiene obedeciéndola», que tiene el poder «de contener en sí misma el castigo a la transgresión y que sin necesidad de policías y terceros», «como toda ley divina, actúa pronto contra la transgresión». Así, como precisa Di Pietro, la *tellus* nos enseña que «toda experiencia con lo concreto nos trasciende indefectiblemente al plano de lo divino», lo que aplicado a lo jurídico nos muestra que *iurisprudentia est rerum divinarum atque humanarum notitia* y que el Derecho, por tanto, no puede disponerse arbitrariamente, debe leerse como el Creador lo ha escrito, y se deberá responder ante su Autor de modo como se haya administrado la justicia.

Así, el Derecho no es una emanación del Estado. El Príncipe debía protegerlo e imponer su recto cumplimiento y, para ello, si es preciso, ayudar a formularlo.

El Derecho foral había seguido la pauta filosófica trazada por Aristóteles, el arte jurídico realizado en la Roma clásica en los edictos del pretor y en las respuestas de los prudentes, el método precisado y desarrollado por Santo Tomás de Aquino. Para el Aquinate la práctica del derecho es un arte dinámico en busca de la solución justa; su norma suprema debe hallarse en su adecuación al orden de la naturaleza, siempre objeto de permanente búsqueda. Así la ley escrita no es el Derecho, sino tan sólo uno de los instrumentos para hallar en cada caso la solución justa, «*aliqualis ratio iuris*», sin supremacía sobre los demás instrumentos... pues, en cada caso, el instrumento mejor es aquel que lleva a la solución más adecuada.

El jurista catalán Peguera, al repetir la observación de Aristóteles de que las leyes suelen dictarse en términos de generalidad, mientras la vida se produce con gran variedad, por lo cual al aplicar aquélla a casos concretos puede producir

una injusticia, dice textualmente que en estos casos será inicu aplicar el derecho constituido.

La racionalidad apreciada, no de modo ideal, *in abstracto*, sino en el orden de las cosas y en cada caso concreto era lo que determinaba la solución. Esta podía llegar, bien sea directamente del texto de la ley o de la costumbre, o bien indirectamente, a través de los razonamientos, en los que se usaba de la confrontación y la ponderación de opiniones –no en vano la Justicia suele ser representada con una balanza en la mano– más que de la deducción silogística. *Non ex regula ius sumatur*, dice el jurista romano; no se sigue la ley mecánicamente, sino que con ella se *ayuda* inteligentemente, sin ser esclavo del enunciado. Como el arquitecto –según expresión de Villey– «se ayuda de las leyes de la matemática».

Maspoms Anglasesell hizo notar que la doctrina catalana fue unánime «en reconocer la fuerza de las *coniecture*, de las circunstancias del caso», «en reconocer la importancia decisiva de los hechos...» «... según la admirable frase de Fontanella *minima mutatio facti mutat ius*». Así se logró una jurisprudencia humanística y realísima «incompatible con la preponderancia del formulismo y de los doctrinarismos legales». Por eso mismo hubo «uniformidad» en que no debía darse valor a la invocación de las sentencias anteriores fuera del caso de haberse instituido costumbre, pues se entendía que la doctrina de una sentencia es tan estricta que no se extiende de una sentencia a otra o como decía Fontanella «*ultra quam importat sonus*».

### ***C) Derecho elaborado por un pueblo –o por juristas en íntimo contacto con él– y para un pueblo***

Destaca en todo el Derecho foral como fruto del *sentido realista de su elaboración*, enraizada en su medio físico y en su historia, y de su *encarnación en usos y costumbres intensamente vividos forjadores del sentido moral y social del propio pueblo*.

Derecho que fue obra del mismo pueblo, guiado por unos juristas que convivían y se compenetraban con él, en su mismo medio geográfico, y que por eso podían comprenderle.

En el siglo XI, en Cataluña, el Usatje «*Una quaeque gens*» expresaba, traducido más tardíamente al catalán, que: «*Gascona gent assi mateix eleix sa propria costuma per lig, car longa costuma per lig es ahuda*». Su correspondencia vascuence es un dicho muy viejo: «*Erriak bére lege, etxeak bere ardura*», esto es: «Los pueblos por sus leyes, las casas a su modo», o, según sus usos, a su aire. En Navarra la reflejó la divisa de los Infanzones de Obanos, «*Pro libertate Patria gens libera state*». En Aragón, la libertad civil encontró su expresión en el principio «*standum est chartae*» y su complemento en el «*standum est consuetudine*», que es, según Costa, «la facultad que compete a las localidades y a las circunscripciones de crear, con uso y provecho constantes, costumbres jurídicas con valor de preferencia sobre la regla general del Código».

Así este autor *centra la labor jurídica en las costumbres* forjadas y vividas en contacto con la realidad; mientras la ley no ha de hacer sino recoger lo que es derecho objetivamente necesario e imponer su cumplimiento y cuidar la expresión de las costumbres. Estas *elevan el Derecho desde la realidad a su expresión legal*.

Esa prioridad de la costumbre racional sobre la ley corresponde a la doctrina de Santo Tomás de Aquino y a lo que realmente fue vivido en todos los Derechos forales. Santo Tomás, al plantear esto en su cuestión 95, art. 3, de su *Suma Teológica* I-II, resolvió que en los pueblos capaces y libres la costumbre se imponía a ley, mientras que en las multitudes no capaces o no libres sólo por tolerancia de la autoridad superior podía valer la derogación de las leyes por las costumbres. Y mientras las Partidas requerían el consentimiento al menos tácito del Rey para esa derogación, por el contrario en todas las regiones forales éste no era necesario.

Es más, los reyes no podían derogar las costumbres conformes al Derecho natural. En Aragón el Fuero único *De iis quae Dominus Rex*, en Navarra el juramento del Rey Teobaldo y la ordenanza de Carlos III el Noble, en Cataluña varias Constituciones del tít. XVII Lib. I, vol. I, y en Vizcaya la ley 3, tít. XXXVI del Fuero, imponían al rey y a sus oficiales y a los magistrados el respeto a las costumbres y excluían la posibilidad de derogarlas por parte de la autoridad.

Pero la costumbre requiere el *consensus* de una comunidad orgánica de un *pueblo*, capaz y libre, no de una suma de individuos contados en un momento dado fundado en una racionalidad sentida y vivida y no en un racionalismo abstracto. Y ello requiere un *pueblo* con vida y organización propia entendido en contraposición a la *masa*.

El obispo Torras i Bages y el Notario polígrafo Joaquín Costa ya percibieron claramente la diferencia.

«Los países que tuvieron verdadera civilización –explicó Torras i Bages– estaban formados no del conjunto de innumerable individuos, sin ligamen que los hiciera tierra apta para el cultivo y la edificación, como el arenal del moderno individualismo egoísta y romo, masas fáciles de ser trastocadas por las pasiones sociales que se llaman *revoluciones*, sino que la entidad social, los hombres, no eran granos de arena movidos, ya que, unidos entre sí, formaban el organismo social, en relación con las circunstancias del tiempo y del país, y constituían un terreno firme, sobre el cual se podía edificar por largo tiempo» ... «si la disciplina de las facultades humanas llegó a cierta perfección, haciendo sólidas instituciones sociales, se debe al organismo interno de aquellas sociedades que las preservaba de esa continua mudanza y falta de fijeza de los pueblos modernos, que dentro de poco tiempo ni pueblos podrán ser llamados, sino turbas».

La distinción entre pueblo orgánicamente constituido y dotado de libertad civil y masa, la observó también Costa al definir ésta: «Masa inorgánica, que recibe impulso y dirección de los poderes oficiales, estimados no como representantes suyos e intérpretes de su pensamiento, sino como entidades superiores que son por sí»; de modo que entonces el Estado «no es el conjunto todo del pueblo, sino los organismos públicos tan sólo».

El pueblo de las regiones forales salvaguardaba sus libertades pactando con los reyes su respecto, que éstos juraban al posesionarse del reino. Pero este pacto no sometía a los reyes ni al Derecho a la voluntad omnímoda de la mayoría, sino a las libertades concretas, a los usos y costumbres del

pueblo, constituidos con arreglo a un orden natural, que ni Hobbes ni Rousseau admitieron. Para Rousseau la voluntad general encarnaba de por sí la razón determinada por la voluntad subjetiva mayoritaria de los individuos, mientras que en las regiones forales era una razón objetiva lo que justificaba las costumbres de una sociedad de familias.

Las costumbres encarnan la razón vital y la razón histórica de un pueblo. A formar su *consensus* le ayudaban sus instituciones naturales. «Si la costumbre se ha mantenido en constante evolución sin desviarse se debe al Notariado», dijo Maspons Anglasesell, «pues las nuevas formas que enriquecen nuestro fondo jurídico son obra de nuestros notarios, de los compenetrados con la tierra, no por el estudio teórico, sino por ancestralismo o identificación personal».

#### ***D) Derecho caracterizado por la libertad civil del pueblo que la vive y practica***

El pueblo es orgánico, tiene como célula primera la familia, con el soporte material de la propiedad, la previsión y el ahorro y con el impulso de la iniciativa y la responsabilidad de su jefe. Caracteres suyos son el *arraigo* y la *continuidad*. Así lo ha observado Gamba, quien añade que estos caracteres tal vez coincidan «con los primeros derechos, con los más esenciales bienes y libertades del ser humano, condición de los demás: el derecho a la continuidad, el bien inicial de poseer un mundo propio con figura y sentido humanos, de arraigarse en él; la libertad de edificar una vida propia diferenciada y responsable».

En esto se halla la base de la *libertad civil*, que nos precisan los juristas forales.

El aragonés Joaquín Costa dice de su expresión aragonesa, o principio *standum est chartae*, que es «el reconocimiento por parte del Estado de la soberanía que es inherente al individuo y a la familia en el círculo de sus relaciones privadas», y que reconoce «el Estado en virtud de este principio, al individuo y a la sociedad, la facultad de darse a sí propios ley en la esfera de sus relaciones privadas».

El catalán Durán i Das la asimila a la libertad de moverse «dentro de la esfera del derecho privado, completando con



ella dentro del organismo del Estado el concepto ... de sus derechos»: «La libertad testamentaria como padre de familia; la libertad de contratar, como poseedores todos de igual capacidad jurídica; la propiedad territorial, plena o semiplena, como condición de poder y de independencia», con las cuales se ponían en perfecta consonancia los derechos civiles con los derechos «como ciudadanos».

Y resumiendo el concepto de libertad civil visto desde el Derecho navarro –«Libertad en el derecho de obligaciones, con una amplia autonomía de la voluntad; lo mismo en la sucesión hereditaria, y en la organización del régimen matrimonial de bienes»–, sintetiza López Jacoiste que «la libertad civil en la que vive informado todo el Derecho privado de Navarra es en el fondo la libertad de la casa, la del seno de la familia, proyectada sobre los diversos aspectos de la vida».

Conforme esta libertad civil, como conjunto de libertades concretas, guiadas por la ley Divina, canalizada por la naturaleza, forjadas en la historia peculiar por la tradición y concretadas en usos y costumbres se llegó a la íntima unión y arraigo de una familia, monárquicamente organizada, a la casa labradora, a la masía o caserío, es decir, a la *res frugífera* o *fundus instructus*, o a la casa artesana, al establecimiento comercial o a la pequeña industria, en una relación de hombre a cosa que Gamba, con palabra de Saint Exupéry, podría calificar de *apprivoisement* (domesticación), y en una relación humana entre los miembros de la familia de *engagement* (compromiso), de *religación*, según la terminología de estos mismos autores.

Como dijo Faus y Condomines: «Sólo una razón de alta utilidad o conveniencia de la comunidad familiar, la conservación de la casa, del patrimonio y de las tradiciones justifica y legitima el privilegio de la institución del *hereu* o *pubilla*. Aquel privilegiado, pues, si ha de responder a la finalidad de tal privilegio, tiene obligación estricta de atender en todos sus actos, siempre en todo y por encima de todo, a la *razón de familia*, a las altas conveniencias de la comunidad doméstica...». Se trata de conservar un nido, del que en cada generación puedan volar hijos, preparados para formar otro nido, aunque sea en la villa o en la ciudad, con una profesión, un

establecimiento, un oficio, para que no tengan que poblar los barracones de los suburbios o engrosar la informe masa ciudadana.

Es una labor de adaptación del hombre al medio físico y económico, mediante de la experiencia y formación moral y social forjada en la familia. Supone una concepción biológica de la sociedad, presidida por una ley moral, no una estructuración puramente mecanicista, tecnocrática, impuesta por una ley requiere que se preserve y no se ahogue la espontaneidad social, comenzando por el respeto a su célula primera.

Durán y Bas proclamó que «la libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres».

Al lado de esta afirmación y confirmándola resuenan las palabras de los juristas de otras regiones forales. Oíd a Joaquín Costa, el León de Graus, portavoz de Aragón y de sus libertades, como clamaba: «Donde el Estado impone a las familias una forma determinada de constitución, de régimen económico, de sucesión testada e intestada, las familias carecen de autoridad y de iniciativa, obran movidas por ajeno impulso, no son seres vivos: entonces no existe en la nación sino una sola personalidad, inmensa, gigantesca, avasalladora, pancósmica, que violando las leyes naturales de la sociedad monopoliza la legislación por el solo privilegio de la fuerza».

«Quitáis la propiedad familiar –insistía el jesuita vizcaíno Padre Luis Chalbaud y Errázquin– priváis de apoyo necesario al espíritu familiar, le habéis arrancado su nexo y nace la lucha individual por la riqueza, la plutocracia y la miseria, el capitalismo y el proletariado miserable; con esto brota la familia inestable y tras ella, necesaria, fatalmente con esa necesidad de las leyes históricas, que se cumplen mientras no se desvíe la curva de su acción con el influjo de nuevos elementos... viene la absorción del Estado... y el anulamiento del hombre en su consideración personal, en sus relaciones afectivas, en su afán providencial de perpetuarse en la tierra».