

Entre Revolución y Tradición: Constitucionalismo y Fuerismo

Bartolomé Clavero

Universidad de Sevilla

En el verano de 1836, por los mismos días en los que se producía la reanudación definitiva del sistema constitucional en España con el último establecimiento del texto de Cádiz, Alexis de Tocqueville viajaba por Suiza haciendo su particular turismo de curiosidades precisamente constitucionales. Realizaba sobre el terreno unas anotaciones muy críticas: la libertad de prensa y los derechos políticos, en general, son realidades recientes y mal arraigadas; la libertad individual no está mínimamente garantizada; la magistratura no es independiente; «en fin, por decirlo todo, los suizos no demuestran el respeto profundo al derecho, el amor a la legalidad, la repugnancia al empleo de la fuerza, sin lo que no puede haber una nación libre»¹. Era el panorama². El mismo texto constitucional de la Confederación helvética, el pacto de 1815, le parecía a nuestro turista un texto «redactado en la Edad Media». Y, en suma, «sólo hay cantones, no existe Suiza»³.

De allí se nos dice y de aquí podría lo propio decirse⁴. Sólo había provincias, no existía el País Vasco. Y en estos Países Vascos los derechos polí-

1 TOCQUEVILLE, A. de: "Voyage en Suisse", p. 176, en *Oeuvres Complètes*, (ed. J.P. Mayer), V, *Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algérie*, II, Paris, 1958, pp. 171-188.

2 HIS, E.: *Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*, Basilea, 1920-1038, II, *Die Zeit der Restauration und der Regeneration, 1814 bis 1848*.

3 TOCQUEVILLE, A. de: *Voyage en Suisse*, pp. 175 y 177.

4 AGIRREAZKUENAGA, J.: *Vizcaya en el siglo XIX (1814-1876): Las finanzas públicas de un Estado emergente*, Bilbao, 1987, pp. 315-318 (Pedro LEMONAURIA, *Ensayo crítico sobre las leyes constitucionales de Vizcaya*, 1837).

ticos, incluida la libertad de prensa, son recientes, mal arraigados también por cuanto que han venido por un constitucionalismo español de cuya misma cultura, comenzándose por la lengua, se participa tan sólo prácticamente en las ciudades. La libertad individual puede aprovecharse de algunos mecanismos institucionales propios o forales, pero mal puede como tal reconocerse y ampararse cuando, con contribución de los mismos Fueros, no hay una independencia judicial implantada. Por la forma agresiva como aquí han acabado exteriormente planteándose unas exigencias relativamente constitucionales está prendiendo una cultura, no del derecho, sino de la fuerza. En esta encrucijada también estaba hacia 1836 el problema vasco; así se encontraba cuando advino la Ley de confirmación de Fueros de 1839 que, como el pacto suizo, parece igualmente remitirnos a tiempos preconstitucionales e incluso medievales.

También entonces se dijo. Sin ir más lejos, lo hizo el dictamen de la Comisión del Senado sobre dicha Ley de Fueros como puede verse en el Diario de Sesiones del 14 de octubre. Acusa contradicción entre sus conocidos términos de confirmación de Fueros y unidad de Constitución: «Parece ser contradictorio este segundo extremo con la primera parte» y explica: «Los fueros tienen su más conocido origen en la Edad Media, y también la Monarquía feudal de Navarra pertenece a la misma época, al paso que la Constitución de 1837 se halla formada a consecuencia de doctrinas de publicistas del siglo pasado y de algunas variaciones de los del presente. Por tan poderosas razones es muy fácil conocer que la unión de dos cosas que no han nacido juntas ni vivido juntas, o por mejor decir el amalgamamiento de ellas, es el objeto a que el Gobierno debe consagrar sus tareas, sancionada que fuese la ley».

Ya se sabe que propiamente no se hizo, pero aquí ante todo nos interesan unas situaciones de partida. Gracias a dicha Ley de Fueros, o si se prefiere al Convenio de Bergara que liquidara la guerra carlista y al que la ley respondiera, pueden mantenerse en la zona vasca unas instituciones políticas propias y con una capacidad de autonomía no sólo para conservar un derecho sino también para desarrollarlo⁵. Como en ocasiones se señala⁶, las condiciones iniciales vascas no difieren en efecto mucho de las helvéticas. Se les ha dicho arcaicas

5 HERBOSA, A.: "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; LARREA, M.A. y MIEZA, R.M.: "La Diputación General del Señorío de Vizcaya (1841-1866): Un esquema de estudio", en *The Journal of Basque Studies*, 6, 1985, pp. 8-20; CASTELLS, L.: *Modernización y dinámica política en la sociedad guipuzcoana de la Restauración, 1876-1915*, Madrid, 1987, pp. 191-207; ORELLA, J.L.: "Las Conferencias Forales", en AA.VV., *Jornadas sobre Cortes, Juntas y Parlamentos del Pueblo Vasco*, San Sebastián, 1989, pp. 365-377.

6 MONREAL, G.: "Entidad y problemas de la cuestión de los Derechos Históricos Vascos", p. 57, en AA.VV., *Jornadas de Estudios sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos*, Bilbao, 1986, pp. 48-82.

o medievales, pero en un caso se evoluciona hacia un federalismo constitucional⁷, quedando el otro no sólo parcialmente cautivo de unas posiciones refractarias al mismo constitucionalismo como las carlistas sino también completamente confinado en su reducto sin horizonte federal alguno. ¿Cómo se producen evoluciones diversas? Habrá de mirarse a ambas partes: primero, a las Constituciones, después, a los Fueros.

1. Federalismo y despotismo

En Suiza se avanza sobre la base no sólo de un respeto central de autonomías comunitarias, sino también de un impulso federal a los derechos ciudadanos. Lo que Tocqueville echaba de menos vino fundamentalmente por esta vía. Ya se concibirían así las cosas con la Constitución nada medieval de 1848, pero es en la reforma íntegral de 1874 cuando se formula claramente el fundamento y cuando sobre todo se ponen en juego los medios jurisdiccionales de carácter federal que producen el doble efecto: garantías de unos derechos individuales e integración constitucional de una nación sobre presupuestos plurales y sin designios uniformizadores. No puede decirse que una cosa es el medio de la otra, porque realmente lo primero era el fin, pero lo uno vino así también a través de lo otro⁸.

¿Comprobamos cómo en otros supuestos se genera y consolida un constitucionalismo de este signo federal?. Estos parangones conviene que sean coetáneos para evitarse anacronismos. Ya por entonces respecto al caso vasco no sólo se apuntaba a la comparación helvética: «Legalmente no pueden atacar sus leyes o Fueros ni el Rey, ni las Cortes, ni aun el pueblo o nación, invocando la soberanía nacional. Tal es lo que constituye la autonomía provincial. Así se practica en los cantones suizos, en los estados de la Unión Americana, en las provincias del imperio de Brasil, que es una gran federación; pero en España sólo en dichas Provincias Vascongadas. Las demás reciben las leyes propias de cada provincia de fuera, de la Corte o de las Cortes, y de consiguiente carecen de autonomía provincial»⁹. Pues bien, mírese al segundo ejemplo, el de un Federalismo o Nacionalismo que como el norteamericano no se tendría menos presente por encontrarse más distante.

7 STADLER, P.: "Der Föderalismus in der Schweiz, Entwicklungstendenzen im 19./20. Jahrhundert", en BOOGMAN, J.C. y VAN DER PLAAT, G.N. (eds.): *Federalism, History and Current Significance of a Form of Government*, La Haya, 1980, pp. 177-188; KNAPP, B.: "Étapes du fédéralisme suisse", en GERMAN, R.E. y WEIBEL, E. (eds.): *Handbuch Politisches System der Schweiz, III, Föderalismus*, Berna, 1986, pp. 31-53.

8 CRUZ, P.: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid, 1987, pp. 49-69.

9 AGIRREAZKUENAGA, J.: *Vizcaya en el siglo XIX*, pp. 303 y 327. (ORENSE, J.M.: *Los Fueros*, 1859).

Se fundamenta el federalismo norteamericano igualmente en libertades y derechos. Quizá esto provoque alguna ironía. No vamos a hacer ahora el descubrimiento de unas serias limitaciones de partida de este constitucionalismo, con su exclusión o discriminación de enteros grupos de población¹⁰. Lo decisivo es a la larga que tal base de derechos existía con una virtudes integradoras que podrían reactivarse. Y el caso es que desde 1866, con la abolición de la esclavitud, se produce una revitalización de inmediato efecto para el mismo impulso de la unidad sobre los supuestos de pluralidad. Media una guerra que no plantea la reducción de autonomías, sino la extensión de derechos. Ya el cine nos enseña que entonces la Nación nace¹¹. Más que unos poderes centrales, como el gubernativo y el legislativo, a dicho objeto operan y se activan las instancias judiciales que, dependiendo para su actuación de las partes y pudiendo peor concentrarse, menos pueden constituir un poder¹².

En el caso norteamericano el propio federalismo podía representar la tendencia afirmativa de poderes centrales. Representaba el federal, si así puede decirse, el partido centralista; afirmaba y potenciaba el Estado común frente a los Estados particulares¹³. Si otro había, republicano, se distinguía no sólo por acentuar de su parte unas autonomías institucionales, sino también y sobre todo por poner su mayor énfasis en los derechos básicos de unos ciudadanos¹⁴.

Pero eran precisamente tendencias, que compartían unos valores. Participaban de una clase constitucional que consistía no sólo en la existencia de unos Estados particulares sino también en el reconocimiento de unos derechos individuales, cuestiones entre sí no tan distintas por cuanto que ambas responden a una posición secundaria del Estado central o común y tanto una como otra fundamentan el régimen plural y compuesto de representación política consiguiente¹⁵. Esto era entonces lo característico del constituciona-

10 GREENE, J.P. (ed.): *The American Revolution. Its Character and Limits*, New York, 1987, pp. 197-223. (James H. MERRELL; *Declarations of Independence: Indian-White Relations in the New Nation*), 230-252 (FREY, S.R.: *Liberty, Equality and Slavery: The Paradox of the American Revolution*) y 253-275 (CRANE, E.F.: *Dependence in the Era of Independence: The Role of Women in a Republican Society*).

11 SADOUL, G.: *Histoire du cinéma mondial. Des origines à nos jours*, Paris, 1949, pp. 555-556 (GRIFFITH, D.W.: *Birth of a Nation*, 1915; *Abraham Lincoln*, 1930).

12 CORTNER, R.C.: *The Supreme Court and the Second Bill of Rights. The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, 1981.

13 WILLIARD HURST, J.: "Alexander Hamilton. Law-Maker", en *Columbia Law Review*, 78, 1978, pp. 483-547; MORRIS, R.B.: "Federalism: USA Style", p. 83, en DOOGMAN, J.C. y VAN DER PLAAT, G.N. (eds.): *Federalism*, pp. 79-96.

14 BUTTA, G.: "Sovranità e rappresentanza. Le convenzioni costituzionali negli Stati Uniti, 1776-1787", en *Il Pensiero Politico*, 19, 1986, pp. 329-347; REED AMAR, A.: "Of Sovereignty and Federalism", en *The Yale Law Journal*, 96, 1987, pp.1425-1520.

15 REID, J.P.: *Constitutional History of the American Revolution. The Authority of Rights*, Madison, 1986; KAHN, P.W.: "Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism", en *The Yale Law Journal*, 98, 1989, pp. 449-517.

lismo federal norteamericano y era lo que podía echarse en falta o verse peor establecido, con sus lastres históricos, en unos paralelos europeos¹⁶.

He aquí unas evidencias. Con paz o con guerra, las naciones federales a mediados del siglo XIX nacen sobre bases estrictamente constitucionales, esto es, de derechos y libertades. Las entidades políticas en formación podían ser ya federales ya unitarias, pero la disociación no sólo radica en la forma compuesta de articulación territorial característica de las primeras. Esto se ha dado por añadidura al haberse establecido una base propiamente constitucional, es decir, de libertades o derechos, en unas sociedades plurales. Podía ser el caso de la española y muy en particular por su componente vasco. También para él la construcción nacional es entonces un asunto estrictamente contemporáneo y exquisitamente constitucional y no más latamente histórico ni más globalmente social¹⁷. Se dirimiría no con intentos de compaginación institucional ni de homologación cultural, sino en los momentos de determinación constituyente, y no a su vez tampoco respecto a la materia orgánica, sino en relación a dicha base de derechos. No hacía falta que una sociedad fuera homogénea para integrar una nación.

El problema ya suele proceder de la limitación del horizonte. Los mismos historiadores locales no conciben otra fundación constitucional que la institucional unitaria, dando por desahuciado prematuramente el caso vasco. Es la consecuencia que se produce cuando precisamente se parte de posiciones constitucionalistas. Si quiere evitarse, el historiador en cambio sale de las perspectivas constitucionales. Ni los Fueros entonces parece que en ellas entrasen ni su caso merece un lugar entre las cuestiones de historia contemporánea. Sería un vestigio más de resistencias tradicionalistas. La misma autonomía vasca sería un problema ulterior, de un constitucionalismo más evolucionado¹⁸.

Ya existía. O ya se conocía. La cuestión es que se rechazaba por el constitucionalismo aquí confeso y establecido. El federalismo era cosa de dos: no sólo de los Fueros, sino también de las Constituciones. Este era el impulso que, al contrario que en Suiza o en Norteamérica, aquí fallaba. El problema estaba históricamente, como sigue estándolo historiográficamente, antes en la parte constitucional que en la foral. A ella, por su fundamento específico de

16 SCHULTE NORDHOLT, J.W.: "The example of the Dutch Republic for American Federalism", p. 68, en BOOGMAN, J.C. y VAN DER PLAAT, G.N. (eds.): *Federalism*, pp. 65-96.

17 RECALDE, J.R.: *La construcción de las naciones*, Madrid, 1982, pp. 427-449; CORCUERA, J.: "Nacionalismo y clases en la España de la Restauración", en *Estudios de Historia Social*, 28-29, 1984, pp. 249-282; DE BLAS, A. y LABORDA, J.J.: "La construcción del Estado en España", en HERNANDEZ, F. y MERCADE, F. (eds.): *Estructuras sociales y cuestión nacional en España*, Barcelona, 1986, pp. 461-487.

18 ORTIZ DE ORRUÑO, J.M.: "Las limitaciones de la revolución burguesa en España: el Estado liberal y los Fueros vascos", en *Trienio. Revista de Historia*, 13, 1989, pp. 141-155; MINA, M.C.: "Tocqueville, el Antiguo Régimen y los Fueros", en *Boletín del Instituto Gerónimo de Ustariz*, 2, 1988, pp. 5-12.

libertades y derechos, le correspondía definir y ofrecer una bases de encuentro e integración.

No lo hacía. No es necesario el repaso de la primera historia constitucional española para verificarlo. Sobre todo tras el abandono definitivo de la Constitución de Cádiz en 1837, no sólo no se define una base de derechos y libertades, sino que no se establece ordenamiento sustantivo y un orden judicial que los suponga y garantice. Con esto es secundario que tampoco se ofreciera un diseño orgánico de composición institucional. Hemos entrado en tiempos de involución constitucional y se pierde simplemente cualquier base para una integración sustantivamente federal¹⁹.

¿No cabía otro desenvolvimiento? No es cuestión desde luego que entremos en una historia contrafactual imaginando otras posibilidades. Pero en la época ya pudo tenerse la conciencia y manifestarse la conveniencia de un desenlace constitucional diverso. Los sectores de esta sensibilidad que más en serio se tomaron el mismo compromiso de mantenimiento de los Fueros, teniendo no por un mero movimiento táctico en una guerra que proseguía por la política, sino como un imperativo más categórico de respeto de unos ordenamientos, entonces lo señalaron en unos términos comparativos: era la ocasión y el momento de abandonarse la línea del constitucionalismo francés para adoptarse la del inglés²⁰. En ésta, no menos constitucional, los Fueros podrían tener cabida²¹. Tampoco es cuestión de adentrarnos en una historia comparada, pero no se eche en saco roto unas indicaciones que nos vienen de la época.

En su momento ya era otro constitucionalismo lo que sustancialmente se insinuaba por la misma parte vasca a los efectos de poderse asumir el propio efecto de la Ley de confirmación de Fueros. Se trataba de una constatación y no sólo de una pretensión. Así podía hablarse de una "ley constitutiva" o más que constitucional con la particularidad de hacer que, bajo su principio de unidad, la Constitución dicha, ahora la de 1845, no debiera como tal prevalecer: «Una es la Constitución en toda la Monarquía, lo mismo en el país vasco que en las demás provincias, con sola la diferencia de que la aplicación de las leyes que nacen de lo diferentes artículos constitucionales sólo pueden tener lugar en las provincias gemelas en todo aquello que no sea contrario a fueros», y del mismo modo había podido concluirse que «los diputados a Cortes no representan al Señorío; son una planta exótica en el país foral, no se les reconoce,

19 CLAVERO, B.: *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989, pp. 55-96; VILLARROYA, J.T.: "El proceso constitucional, 1843-1868", en AA.VV., *Historia de España Menéndez Pidal*, XXXIV, Madrid, 1981, pp. 196-370; CANOVAS, F.: *El partido moderado*, Madrid, 1982.

20 DE CASTRO, C.: *Romanticismo, Periodismo y Política*: Andrés Borrego, Madrid, 1975, pp. 190-192.

21 BURNS, J.H.: *Ex Uno Plura? The British Experience*, en BOOGMAN, J.C. y VAN DER PLAAT, G.N. (eds.): *Federalism*, pp.189-215.

ni por el país, ni por el gobierno como los comisionados que han de ser oídos» a los propios efectos materialmente constituyentes del entendimiento y desarrollo de la susodicha Ley de Fueros²². No son ocurrencias pasajeras. La realidad así era; comunicación y relaciones no pasaban por la representación parlamentaria, sino por otra diputación o embajada más directa de las instituciones forales²³. Había en suma, al abrigo de la ley de los Fueros, unas prácticas federales, pero faltaba en cambio, por virtud de una Constitución, la base federal.

Realmente aquí tenemos dos concepciones encontradas que salvo episodios bélicos, se contentaban con guardar las distancias. Pero, ¿cuáles eran estas posiciones? ¿A qué realidades respondían? Respecto a la parte declaradamente constitucional, no basta con la calificación. Había otras posibilidades en su mismo campo. Ya se trata de más de un constitucionalismo. Y no imperaba aquí desde luego el de tipo compuesto como hemos visto construido en Norteamérica. No se afrontaba entonces así el problema. Por Europa continental, aún con casos que van quedando en excepciones como el suizo, era otro constitucionalismo el que se estaba imponiendo.

El ejemplo más adelantado lo ofrecía Francia. En contraposición con Inglaterra, era el otro término de referencia ya para la época. Conviene echarle también un vistazo. Venimos guardando la precaución de no adentrarnos en los resbaladizos terrenos de una historia comparada, pero contamos con un buen testigo del que podemos seguir fiándonos. No tiene por qué ser peor el observador de ayer que el historiador de hoy. Tocqueville, nuestro turista constitucional, puede realmente dictaminarnos el caso. Pudo bien hacerlo, apreciando todo el contraste, tras viajar por Norteamérica haciendo sus comprobaciones sobre las virtudes federales²⁴.

Según su conclusión comparativa, la variante constitucional francesa exactamente se caracterizaría, no por detalles y pormenores, sino por mirar a otro horizonte. Le distingue la diferencia de su designio mismo: el difícil objetivo de conciliar y hacer compatible "centralización" y "libertad", "poder administrativo" y "régimen representativo", lo cual a nuestro testigo se le antoja como el intento de injertar «una cabeza libre en un cuerpo esclavo». Y con lo cual se le despertaba la terrible duda: «Si el efecto final de la Revolu-

22 PORTILLO, J.M.: *Los poderes locales en la formación del régimen foral, Guipúzcoa (1812-1850)*, Bilbao, 1987, pp. 167-168 (Diputación de Vizcaya, 1846; ORTIZ DE ZARATE, R. y DE MORAZA, M.B.: *Vindicación de los ataques a los fueros de las Provincias Vascongadas insertos en el periódico La Nación*, 1852).

23 VAZQUEZ DE PRADA, M.: *Negociaciones sobre los Fueros entre Vizcaya y el poder central, 1839-1877*, Bilbao, 1984.

24 TOCQUEVILLE, A. de: *Oeuvres Complètes*, I, *De la Démocratie en Amérique*, Paris, 1961, I, pp. 54-65, 86-104 y 154-174.

ción será el de fundar la libertad o el de revestir al despotismo de modos más perfeccionados e hipócritas»²⁵.

Existe esta variante del constitucionalismo que ha producido en definitiva la Revolución Francesa: un Estado que se afirma por encima de cualquier derecho; un régimen de representación dicha nacional que consiguientemente concentra el poder en un Parlamento singular y una Monarquía o equivalente; un rechazo no menos consecuente de impulsos federales²⁶. La misma Codificación, que luego pasa por exponente del género constitucional, empezó también concibiéndose como expresión de derechos para acabar de hecho realizándose como manifestación y habilitación de poderes o del máximo poder que es el legislativo sin competencia judicial sobre las leyes²⁷.

Con este planteamiento constitucional mal podía concebirse un federalismo propio que respondiese a la misma situación de los territorios vascos. No lo hubo que atendiera realmente al caso²⁸; no lo hay que lo satisfaga²⁹. Si el constitucionalismo norteamericano ofrecía una orientación, no era la de un modelo territorial, sino la de unas bases de derechos por encima y no por debajo de los mismos poderes estatales. Llegó en verdad la lección, en 1868, abriendo unas posibilidades³⁰, pero no aplicándose de primera intención al problema³¹, malversándose en definitiva³².

25 TOCQUEVILLE, A. de: *Ouvres Complètes*, III, *Essais et discours politiques*, II, pp. 129-130 y 213; II, *L'Ancien Régime et la Révolution*, I, Paris, 1952, p. 248.

26 DIRAL, A.: "Rivoluzione e Costituzione. La Costituzione de 1791", en *Filosofía Política*, 1, 1987. *Materiali per un lessico politico europeo: "Rappresentanza"*, pp. 57-75; AA.VV., *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture of the French Revolution*, Oxford, 1988, pp. 69-85 (HALEVI, R.: *La révolution constituante: les ambiguïtés politiques*), 233-257 (GUENIFFEY, P.: *Les assemblées et la représentation*) y 309-327 (FORREST, A.: *Federalism*).

27 CLAVERO, B.: "Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio", a publicarse en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 18, 1989.

28 TRIAS, J.J. y ELORZA, A.: *Federalismo y reforma social en España, 1840-1870*, Madrid, 1975; JUTGLAR, A.: *Pi y Margall y el federalismo español*, Madrid, 1975-1976, pp. 99-109; NADAL, F.: *Burgueses, burócratas y territorio. La política territorial en la España del Siglo XIX*, Madrid, 1982, pp. 55-60.

29 GARCIA FERNANDEZ, J.: "Repertorio bibliográfico sobre federalismo, nacionalismo y regionalismo", en *Revista (del Departamento) de Derecho Político*, 5, 1979-1980, pp. 241-287; BARAMENDI, J.G.: "Bibliografía (19139-1983) sobre nacionalismo y cuestión nacional en la España contemporánea" en *Estudios de Historia Social*, 28-29, 1984.

30 RODRIGUEZ DE CORO, F.: *Guipúzcoa en la democracia revolucionaria, 1869-1876*, San Sebastián, 1980; BLASCO, C.: *Los liberales fueristas guipuzcoanos, 1833-1876*, San Sebastián, 1982, pp. 113-130, CASTELLS, L.: "El sexenio democrático y su repercusión en Guipúzcoa", en MELENA, J.L.(ed.): *Symbolae Ludovico Mitxelena Septuagenario Oblatae*, Vitoria, 1985, pp. 641-699.

31 OLTRA, J.: *La influencia norteamericana en la Constitución Española de 1869*, Madrid, 1972; JUTGLAR, A.: "La Revolución de Septiembre, el Gobierno Provisional y el Reinado de Amadeo I", en AA.VV., *Historia de España Menéndez Pidal*, XXXIV, pp. 641-699.

32 HENNESY, C.A.M.: *La República federal en España. Pi y Margall y el movimiento republicano federal, 1868-1874*, Madrid, 1966; FERRANDO, J.: "La Primera República", en AA.VV., *Historia de España Menéndez Pidal*, XXXIV, pp. 701-769.

En 1868 se producía una crisis que marcaba un término. Fue de la Constitución, que merecería sustitución, y fue de los Fueros, que sufrirían reducción; o fue más bien globalmente constitucional, de la una y de los otros, que no habían encontrado una base común de inteligencia y sostenimiento. Hubo un movimiento de confluencia electoral entre fuerismo carlista y federalismo constitucional³³, que queda en nada por no venir el primero al terreno de los derechos³⁴. Pero, aquí no nos interesa la evolución de unos acontecimientos, sino la composición de unas estructuras.

Ante el mismo déficit constitucional existente la crisis española de 1868 produce también un reverdecimiento de los derechos, con inspiración claramente norteamericana en su misma posición de fundamento. Lo que no aporta tan resuelta e inmediatamente es el resto: ni justicia constitucional ni integración por estos medios. Sólo el frustrado proyecto federal de 1873 traía todos sus requisitos de derechos, no sólo declarativos sino también operativos. En la Constitución de 1869 no se trató de ignorancia o descuido. Las cuestiones se plantearon y los corolarios se obviaron por la resistencia de unos poderes. La misma eficacia de los derechos se dejaba en ella a la disposición de un poder legislativo que se seguía queriendo central y único. No la tuvieron³⁵. Y así pronto, con la Constitución de 1876, hasta la posibilidad la perdieron. Aquí unas artes figurativas como la literatura o la pintura antes que el mismo cine se han llevado más lejos el nacimiento de una Nación³⁶. Constitucional no lo hay.

Con unas versiones o con otras, se estaba en la línea de un constitucionalismo como el francés que, aún en sus momentos de mayor impulso como el de 1848, seguía manteniendo su planteamiento de poderes y no de derechos³⁷. Las lecciones recibidas no habían sido las federales. La apuesta constitucional había sido otra. Todavía pesa una cosa como la otra. En nuestros momentos iniciales, durante los meses finales de la Constitución de 1812 y los años de la de 1837, se organizaron, impartieron y publicaron en Madrid

33 MARTINEZ-CUADRADO, M.: *Elecciones y partidos políticos de España (18168-1931)*. Madrid, 1969, pp. 102-105.

34 GARMENDIA, V.: *La ideología carlista (1868-1876). En los orígenes del nacionalismo vasco*, San Sebastián, 1984, pp. 357-362.

35 NAVARRO, C.: *La abolición de la esclavitud negra en la legislación española. 1870-1886*. Madrid, 1987; CLAVERO, B.: *Los Derechos y los Jueces*. Madrid, 1988, pp. 9 y 64-76.

36 FERRERAS, J.I.: *Estudios sobre la novela española del siglo XIX*, II, *El triunfo del liberalismo y la novela histórica. 1830-1870*. Madrid, 1976; CIRUJANO, P., ELORRIAGA, T. y PEREZ GARZON, J.S.: *Historiografía y nacionalismo español, 1834-1868*. Madrid, 1985; REYERO, C.: *Imagen histórica de España, 1850-1900*. Madrid, 1987.

37 CRAVERI, P.: *Genesi di una Costituzione. Libertá e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*. Nápoles, 1985.

unos cursos constitucionales de singular trascendencia. No sólo importarán a una historia del pensamiento, afectándonos más sustancialmente.

Se encargaron tales cursos a personalidades políticas e intelectuales de primer orden, produciéndose un cuerpo de doctrina no muy original, pero de notable influencia de momento en aquella coyuntura constitucional y a la postre en la cultura española. Su fuente de inspiración no estuvo en América, sino en Europa y más concretamente en sus constitucionalismos conservadores. Era la época en la que se estaba perdiendo la base constitucional de los Derechos; esta planteaba el difícil reto de la conciliación entre Constitución y Fueros; para esta doctrina los epígrafes eran otros³⁸.

Y no es que este constitucionalismo desprecie o no mire a la historia. La considera y la utiliza. Ya le sirve para darle un fundamento por encima de la propia disposición de las normas a un par de instituciones: en primer lugar, la Monarquía; en segundo, las Cortes. En la historia de significación constitucional no entran los Fueros. Son parte de un pasado perdido o respecto al que en todo caso no cabe una continuidad. Su existencia tampoco puede definir ningún modelo político, ni pretérito ni presente. Antes hubo feudalismo aristocrático y absolutismo monárquico; ahora hay Monarquía constitucional, caracterizada por dicho aditamento de las Cortes finalmente representativas. El mismo dato de que en la propia España de la época, en algunos territorios, existen unas Juntas con un superior potencial representativo dentro de su reducto resulta algo que simplemente no entra en el campo de visión de esta doctrina, como todavía no suele hacerlo en el de la historiografía³⁹. Es un síntoma.

Los Fueros en particular se conjuraban con el silencio en el que los envolvía la doctrina de legitimación y construcción de un Estado. Cualquier similitud o asimilación entre instituciones territoriales y estatales debía en especial erradicarse. En palabras de un antiguo constitucionalista gaditano que participaba en dichos cursos: «Consiste el yerro a que aludo en que, siendo un tanto semejantes a los cuerpos legisladores y políticos los ayuntamientos y las diputaciones o consejos de provincia por ser elegidos todos ellos, nace de la semejanza la creencia vulgar de que son (hablando a la española) cortes en pequeño, cortes de cada pueblo los unos, cortes de cada provincia las otras, idénticas o poco menos a las cortes generales de la nación, o inferiores a ellas

38 GARRORENA, A.: *El Ateneo de Madrid y la teoría de la Monarquía liberal, 1836-1844*, Madrid, 1974; CLAVERO, B.: "Editar clásicos como empresa pública en tiempo constitucional", pp. 793-795, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55, 1985, pp. 793-805.

39 ARTOLA, M.: *Partidos y programas políticos, 1808-1936*, Madrid, 1974, I, pp. 170-201; MARCUELLO, J.I.: *La práctica parlamentaria en el reinado de Isabel II*, Madrid, 1986; MONSELL, M.F. y PÉREZ DIAZ, R.: "La práctica electoral en el reinado de Isabel II", en *Revista de las Cortes Generales*, 16, 1989, pp. 143-177.

sólo en jerarquía, pero iguales en esencia, pues la principal diferencia entre unos y otros cuerpos consiste en esta representado por los unos todo el pueblo, por los otros partes de él mayores o menores⁴⁰.

La vulgaridad cultural que se dice era una virtualidad constitucional. Las partes de pueblo podían entenderse pueblos íntegros u enteros a unos análogos efectos. Frente al pueblo español constituyente podrían también afirmarse como constituidos los pueblos vascos: «¿Carecerían (las Provincias Bascongadas) del derecho que asiste a todos los pueblos?»; «¿cómo se disputará el derecho que tienen a la observancia de las leyes con que se han constituido?»⁴¹. Era un dato histórico que podía legítimamente trascender al período constitucional. Así las cosas, hacía falta el conjuro dentro de su propio campo. Se estaba ahora constitucionalmente construyendo el despotismo de nuevo cuño. Un constitucionalismo no concibe ni Fueros ni Derechos, en su sentido ambos mayúsculo de título propio, por las mismas razones de que se resisten a ser criaturas del Estado. Expulsa el principio federal por los mismos motivos por los que afirma un poder político por encima de cualquier Derecho individual.

De parte de los Fueros había una razón constitucional bien primaria; dicho en términos negativos, la de deficiencia constituyente de unos poderes superiores; en los positivos, la de existencia de una autonomía con capacidad de evolución propia. Por todo esto, la acusación de unos contenidos menos constitucionales difícilmente podía justificar el hostigamiento. Dicho también del otro modo, puede que a un poder superior le faltara legitimidad para intervenir y careciera de causa para imponerse. ¿Quién define el sujeto constitucional, "todo el pueblo" y no sólo "parte de él" como se nos dice? ¿Era cosa de posiciones constitucionalistas, de asambleas constituyentes o de comunidades constituidas?

Ya se cierran ahora jurídicamente los pueblos⁴²; ya se piensan las naciones como unidades suficientes y la española, "pueblo o nación" que se nos ha dicho, ha evolucionado o entonces derivaba de un sentido integrador a otro impositivo, de supuestos más constitucionales el primero que el segundo. Si la base efectiva fueran siempre los Derechos, con el individuo como sujeto primario, la cuestión sería otra o se formularía al menos en otros términos. Pero aquí por entonces para ninguna parte lo eran. De haberlo sido, otra Na-

40 ALCALA GALIANO. A.: *Lecciones de Derecho Político*, ed., A. Garrorena, Madrid, 1984, pp. 253-254.

41 NOVIA DE SALCEDO. P.: *Defensa histórica, legislativa y económica del Señorío de Vizcaya y Provincias de Alava y Guipúzcoa, contra las Noticias históricas de las mismas que publicó D. Juan Antonio Llorente, y el informe de la Junta de abusos de la Real Hacienda en las tres Provincias Bascongadas* (1829). Bilbao, 1851-1852, IV, p. 8.

42 FERNANDEZ DE CASADEVANTE. C.: *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad. Especial referencia al sector fronterizo del País Vasco*, Bilbao, 1985, pp. 116-131.

ción hubiera resultado. No es suposición contrafactual. Nuestras comparaciones han podido rendir la perspectiva que permite este género de conclusiones.

Una doctrina de confesión constitucional podía entonces responder a unos objetivos nacionales, sin hacer por ello cargo de los imperativos más genuinamente constitucionales. Su función está a la vista: la afirmación de unos poderes centrales. Monarquía y Cortes, gubernativo y legislativo singulares. Cuestión no existe de Fueros ni de Juntas. No es descuido ni torpeza. Estamos ante un desarrollo consecuente de la misma idea de unidad constitucional que quería condicionar la confirmación de los Fueros vascos. Representando éstos un principio de derecho propio y el otro un designio de supeditación completa, no habría mejor planteamiento. La Ley de Fueros se interpondría. Así era la Nación que se concebía y no lograba nacer.

2. Fuerismo y arcaísmo

Los Fueros representaban un principio más o menos activo de derecho y una capacidad más o menos activa de autonomía. Era el problema para el planteamiento de unidad constitucional. Desde la perspectiva hay pocos tratamientos comprensivos del asunto por los años precisos de la Ley de Fueros. En lo dicho abundan y algo añaden. Puede partirse de una proposición constitucional: «La concentración de los poderes del Estado es la única condición de que se nacionalicen, por decirlo así, el orden y la libertad y las garantían individuales»; proseguirse con una presuposición jurídica: «Perecería (el labrador vascongado) sin un régimen paternal y como si dijéramos de familia»; y concluirse con una constatación institucional: «Se ve pues que las tres provincias vascongadas son verdaderamente tres estados independientes unidos a la corona, pero separados por sus fueros y privilegios»⁴³. Entre el objetivo constitucional de concentración de poderes y la situación federal de separación de estados, media una imagen doméstica.

¿De qué «libertad y garantías individuales» se está hablando cuando de una parte se antepone "el orden" y de otra se admite un régimen que se dice de familia? La respuesta ya la conocemos: está en una Constitución sin base de Derechos. Y la imagen doméstica aplicada a la política resulta expresiva. No sólo se trata de que así se legitime una situación anterior de grado constitucional ínfimo; es también, y sobre todo que se está dando por supuesta la referencia de un ordenamiento familiar al que la exigencia de libertad no alcanza. Es la imagen que por estos años se afianza: «El país vasco puede considerarse como una federación de familias rurales... bajo las influencias de una

43 PORTILLO, J.M.: *Los poderes locales*, pp. 91-92 (LISTA, A.: "Discurso sobre el régimen municipal" y "De los fueros de las provincias vascongadas", en *Revista de Madrid este*, 1838):

autoridad paternal, robusta y patriarcal, que apenas ha variado en siglos, conservando todavía el sello virginal primitivo»⁴⁴. Y adviértase que ya desde los años de la Ley de Fueros tienden a desvanecerse respecto a esta estructura interna unos requerimientos constitucionales. Con la unidad constitucional resultaría plenamente compatible.

La construcción de unos poderes centrales puede requerir la restricción de los Fueros políticos, pero menos, si algo, de unos de derecho civil como los de materia familiar. La exigencia constitucional, ya no comprometida con los Derechos, no alcanza a esto. No se requiere ni espera una transformación interna de este alcance. El mismo constitucionalismo, contentándose en definitiva con su posición de poderes, se plantea como externo. No son unas libertades individuales lo que precisamente define un proyecto nacional. Respecto a la vertiente menos política de los Fueros no parece sea el problema. Se puede apreciar y quiere conservar una virginidad. Puede para con ella desde ahora vislumbrarse superiores virtudes y presagiarse mayores facilidades. Bien se sabe que en efecto la Codificación civil española apreciará las unas como ofrecerá las otras.

Es el dato que al reto foral le falta. Sobrevino en una segunda fase. En la primera, la unidad constitucional se pensaba que comprendía un Código civil común. Podía ser previsión de los proyectos no sólo generales del propio Código sino también particulares de arreglo vasco, del vascongado como del navarro⁴⁵. Ya se sabe que en 1888 llegó cambiando planteamiento precisamente el Código Civil: mantiene en su materia los Fueros⁴⁶. El asunto no ha resultado indiferente a la misma cuestión constitucional⁴⁷. En el caso vasco, a la virtualidad del Fuerismo político, viene a sumarse la potencialidad de un Foralismo civil. El panorama adicionalmente se enriquece o se complica, según se mire. Mirarlo es lo que finalmente procede.

Los Fueros no sólo políticos se mantienen. ¿Qué puede entonces, exactamente entonces, haber en ellos además de principio de derecho y capacidad de autonomía, de esta especie de consagración más o menos solapada y reconocimiento más o menos eficiente de una situación federal? Ya se nos insinúa que no sólo se trata de esta materia política, sino también de la civil, y que todo ello presenta desde luego su importancia social. Igualmente se nos decía y se nos ratifica que no todo es favorable a libertad. Hay más que federalismo.

44 CABALLERO, F.: *Fomento de la población rural. Memoria premiada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso de 1862*. Madrid, 1864. pp. 28 y 32.

45 VAZQUEZ DE PRADA, M.: *Negociaciones sobre los Fueros*. p. 430.

46 ROCA TRIAS, E.: "La Codificación y el Derecho Foral". en *Revista de Derecho Privado*, 1978, 4, pp. 596-642.

47 ROCA TRIAS, E.: "El Código Civil como supletorio de los Derechos Nacionales Españoles", en *Anuario de Derecho Civil*, 1978, 2, pp. 227-286.

¿Deberíamos conocerlo para el propio entendimiento más completo de la virtualidad y la eficacia de la Ley de Fueros? ¿Qué eran más sustancialmente éstos?

Suele darse por respuesta una visión de las instituciones y del derecho forales en época preconstitucional o, sin cambio apreciables, según prácticas y textos anteriores, en las mismas vísperas de la Ley de Fueros⁴⁸. Esto es como caracterizar un sistema político o el constitucional español por la Monarquía de la Nueva Planta que le precedió o por la imagen política y civil que ofreciera su última Recopilación, la dicha Novísima de 1805, o el derecho correspondiente⁴⁹. Por una parte, existía la autonomía foral, esto era posibilidad de revolución; por otra parte, y sobre todo, una Revolución ha ocurrido. Estas eran inconveniencias para entrarse en el contenido de los Fueros; por la primera, no es el dato fijo que suele suponerse; por la otra y con esta suposición, su realidad resulta muy mal conocida.

El primer lugar, los Fueros ya no eran los históricos. No se precisaba el desarrollo de la Ley de 1839 para que unas modificaciones se produjeran. Decisivas, ya habían podido ocurrir. La revolución ha tenido lugar para todos. La misma experiencia intermitente de la Constitución de 1812 no ha ocurrido al final en vano para nadie⁵⁰. Cambiando no sólo unas circunstancias sino el mismo sistema social y político, textos viejos cobran sentido nuevo. La Diputación vizcaína podía interponer una alegación precisa frente a medidas centrales de régimen municipal en las vísperas de 1868: «El fuero consuetudinario y la ley 8ª del título I del código escrito»⁵¹. Mírese lo que dispone el texto de los Fueros de Vizcaya: «El Señor de Vizcaya no pueda mandar hazer Villa ninguna en Vizcaya sino estando en la Junta de Guernica y consintiendo en ello todos los Vizcaynos».

No vamos a explicar ahora un significado histórico⁵², puesto que el actual que importa está bien claro: Señor es la Reina con su Gobierno. Junta de Guernica es Junta de Gernika y la regla de atribución de competencias es un

48 MINA, M.C.: *Fueros y revolución liberal en Navarra*, Madrid, 1981, pp. 15-34; VAZQUEZ DE PRADA, M.: *Negociaciones sobre los Fueros*, pp. 32-44; MONREAL, G.: *Derechos históricos vascos*, pp. 71-82.

49 ARTOLA, M.: "El Estado y las Provincias Vascas, 1700-1876", en IX Congreso de Estudios Vascos, *Antecedentes próximos de la Sociedad Vasca actual. Siglos XVIII y XIX*, San Sebastián, 1983, pp. 49-63.

50 FONTANA, J.: *La Revolución Liberal (Política y Hacienda, 1833-1845)*, Madrid, 1977, pp. 257-329; TOMAS Y VALIENTE, F.: "La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen", en *Historia de España Menéndez Pidal*, XXXIV, pp. 141-193; FERNANDEZ DE PINEDO, E.: "Haciendas forales y revolución burguesa: las Haciendas vascas en la primera mitad del siglo XIX", p. 219, en *Hacienda Pública Española*, 108-109, 1987, pp. 197-220.

51 VAZQUEZ DE PRADA, M.: *Negociaciones sobre los Fueros*, p. 515.

52 MONREAL, G.: *Las instituciones públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el siglo XVIII)*, Bilbao, 1974, pp. 61-84.

canon federal y no feudal; un Estado particular la dicta y el Estado común debe aceptarla. Es su nuevo sentido, constitucional, ya evidente. Y no sólo regía textos, sino también "fuero consuetudinario". El Fuero no tiene como la Ley la servidumbre de la escritura. Conoce otra capacidad de adaptación y cambio. Si esto políticamente puede ser todavía importante, más lo era civilmente.

Unas modificaciones no tenían por qué reflejarse en los textos. Las Juntas de Guernica son las Juntas de Gernika. Juntas Generales de Vizcaya. Son lo mismo y no lo son. Con su misma base corporativa local pero en un contexto constitucional, pueden conformar ahora un organismo de carácter parlamentario. Un observador inglés mejor lo apreciaría. A finales de 1839 puede ofrecernos «una brevísima noticia del sistema de gobierno de los vascongados con arreglo a sus fueros» que así se inicia: «En cada una de las provincias reside el poder supremo y legislativo, juntamente con la corona de Castilla, en las juntas generales, que se componen de los representantes de todas las municipalidades, aldeas y parroquias»; así prosigue: «Cualquier innovación en los fueros debe emanar de ellas»; y así concluye: «Todos los vascongados, con muy cortas excepciones, son fueristas»⁵³. Repárese en los conceptos de poder legislativo, comprendiendo los Fueros, y de representación parlamentaria, componiendo las Juntas. La realidad ya no es exactamente la histórica. O encierra ya al menos otra virtualidad.

Es interesante que este panorama se dibuje en 1839, aunque podrá objetarse que el artista es extranjero. Pero las cosas se moverían necesariamente en esta línea. Eran muchos los principios que venimos repitiendo: derecho propio y capacidad de autonomía. Pero ¿sólo esto representaban los Fueros? ¿Podían todos reducirse a este derechos constitucionales? ¿No existían y pesaban los más concretos y tangibles? Por supuesto. Ya solían recibir reproches y acusar achaques, como el reiterado de arcaísmo.

Y no veamos sólo una dimensión política en la que la posición del Fuerismo ya no resulta así tan simple⁵⁴. Contémplese otros extremos, como el abusado y manido del confesionalismo, de suyo también complejo⁵⁵. El mismo constitucionalismo de él no se libraba, pero suele en cambio servir para caracterizar y definir política y civilmente, junto con el Carlismo, el Fuerismo⁵⁶. Sobre dicho mismo supuesto de estas señas de identidad, ya ha

53 *Convenio de Vergara. Documentos relativos a la pacificación de las Provincias Vascongadas*, Madrid, 1840, pp. 41-42.

54 SOLOZABAL, J.J.: *El primer nacionalismo vasco. Industrialismo y conciencia nacional*, Madrid, 1975.

55 CLAVERO, B.: "Religión y capitalismo". en *Áreas, Revista de Ciencias Sociales*, 10, 1989, pp. 17-24.

56 ARTOLA, M.: *Partidos y programas*, pp. 298-304; ELORZA, A.: *Ideologías del nacionalismo vasco, 1876-1937*, San Sebastián, 1978; CORCUERA, J.: *Orígenes, ideología y organización del nacionalismo vasco. 1876-1904*, Madrid, 1979, pp. 38-50; GARMENDIA, V.: *La ideología carlista (1868-1876)*, pp. 21-116 y 381-384; REAL, J.: *El carlismo vasco, 1876-1900*, Madrid, 1985, pp. 8-20.

querido figurarse una posición foral alternativa como prelude de un nacionalismo vasco liberado de lastres carlistas⁵⁷. Es cuestión ahora de imagen, pero antes interesaría la cobertura de unas instituciones que la interioridad de unas posiciones.

Con el lastre ha cargado una parte, pero bien que pudo haber sido un rasgo compartido. De hecho, en el sector constitucional se había puesto en grado superior mediante el Concordato de 1851⁵⁸, con extremos de sumisión religiosa a los que los Fueros estaban muy lejos de llegar (artículo segundo: «Consequenter insitutio in Universitatibus, Collegiis, Seminariis et Scholis publicis ac privatis quibuscumque, erit in omnibus conformis doctrinae eiusdem Religionis Catholicae: atque hunc in finem Episcopi, et caeteri Praesules Diocesani, quorum munus est doctrinae fridae et morum ac religioae juvenum educationi invigilare, in huius muneri exercitio etiam circa scholas publicas nullatenus impediuntur»), pero como digo y no se ignora sirve por lo usual para la dicha otra singularización. ¿Tanto significaba? Depende de que tan sólo se vea también la apariencia de unas posiciones humanas o de que se mire al núcleo de unas estructuras sociales.

Una iglesia como la católica fue la última en enterarse, pero también era tras la Revolución socialmente otra. No se olviden unas claves del orden histórico como el entredicho moral de la usura o la entidad política de la familia⁵⁹; habían sido elementos de una estructura social, imponiendo el primero la primacía de la renta sobre el beneficio y estableciendo el segundo un orden de poderes y linajes reproductivo de esta misma economía social. Se están olvidando. Dicha iglesia podía seguir predicando lo uno y entendiendo lo otro, pero, perdidas las claves, su acción incidiría sobre unas conductas sociales, pero ya no en una estructura de la sociedad. El cambio tocaba a todos.

Un orden como el familiar puede sufrir la transformación en los mismos ámbitos forales sin necesidad de una sustitución de los propios textos. El fenómeno le trascendía. Y como con el confesionalismo, no tenía por qué caer en la parte peor. La defensa de los Fueros insistirá no sin cierta razón en que encarnaba un principio de libertad privada⁶⁰. La Codificación constitucional no la representa forzosamente. El mismo régimen de familia que interesaba al campesino vascongado podía en su campo y a su modo evolucionar. Y no

57 FUSI, J.P.: *El País Vasco. Pluralismo y Nacionalidad*, Madrid, 1984, pp. 161-184; "Constitución y Fueros: análisis político de un debate secular", en AA.VV., *Jornadas sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos*, pp. 221-236, y debate.

58 CANOVAS, F.: *El partido moderado*, pp. 447-461.

59 CLAVERO, B.: *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Madrid, 1984; "Del Estado presente a la Familia pasada", a publicarse en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 18, 1989.

60 CLAVERO, B.: "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.

solamente se trataba de un asunto de derecho civil. El gobierno de las Diputaciones había podido históricamente organizarse a través de clanes familiares⁶¹. La privatización de todo un sector jurídico puede ahora transformar la institución política. Algo análogo ocurriría con la materia mercantil; unas finanzas provinciales que pasaban por las corporaciones consulares tienen ahora que replantearse⁶². ¿Y qué ocurre con todo el derecho corporativo de fuerte arraigo en la zona marítima vasca?⁶³. No sólo es cuestión de ciudad y de agro.

El extremo más expresivo puede ser el más difícil de apreciar: el cambio de profundidad, si no del régimen familiar, de la posición de la familia en la estructura social. Se nos ha llegado a decir que "el país vasco" es «como una federación de familias» bajo una autoridad paterna «que apenas ha variado en siglos». Históricamente ha podido constituirse en efecto mediante ligas de corporaciones y familias; sobre una tal base se habrían podido formar las propias Juntas. Ahora esto se altera, produciéndose realmente la variación sin necesidad de que el régimen interior de la familia cambie. Lo cual tampoco distingue tanto como para que contraste y se aprecie. El constitucionalismo de derecho codificado tampoco entonces se significaba por un ordenamiento familiar presidido por la libertad personal⁶⁴. Ya recordamos que, aun con tales lastres comunes, los mismos Fueros pueden ahora mejor representarla.

Claro que nada de esto es indiferente a los Derechos, afectando a los del campo civil tanto o más que a los del político. El mismo confesionalismo es lo primero que afecta. Mas ya no representaban aquí ellos la base de un constitucionalismo. Podía ahora para ambas partes tratarse de una especie de libertad más mediana. En los Fueros puede ahora encontrarse con unas "garantías" procesales y políticas incluso más precisas. La misma voz de libertad no es extraña o resulta incluso recurrente en los propios textos forales. Aunque todo no lo sean, aunque sea más difícil desde luego identificar el fuero consuetudinario, véanse. Conviene leer y comparar con textos como el de la Constitución de 1845 que, aún con alguna interrupción, representa el Constitucionalismo establecido hasta la crisis de 1868. Entremos aquí sólo en la lectura.

Fueros, ó «Fueros, franquezas y libertades», de Vizcaya título I, ley cuarta: «Todos los dichos Vizcaynos, Hijo-Dalgo de Vizcaya, y encartaciones, y Durangueses, siempre lo fueron y son libres y essentos, quitos y franqueados de todo Pedido, Servicio, Moneda y Alcala y de otra cualquier imposición que sea»; ley quinta: «Que los dichos Cavalleros, Escuderos, Hisjo-

61 MONREAL, G.: *Instituciones pública de Vizcaya*, pp. 44-449.

62 AGIRREAZKUENAGA, J.: *Vizcaya en el siglo XIX*, pp. 376-394; PETIT, C.: "Derecho mercantil: entre Corporaciones y Códigos", a publicarse en AA.VV., *Themis Hispana*.

63 AGIRREAZKUENAGA, J.: *Vizcaya en el siglo XIX*, pp. 170-196.

64 CLAVERO, B.: "Código y registros civiles. 1791-1875", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 14, 1987, pp. 85-102.

Dalgo, usaron e acostumbraron ir con su Señoría a su Servicio doquier que les mandasse, pero no se les dando el dicho Sueldo (de dos o de tres meses, para aquende o para allende los Puertos) en el dicho Lugar (Lujaondo), nunca usaron ni acostumbraron passar del dicho Arbol Malato; que la dicha essencia y libertad, assi se les fue siempre guardado por los Señores de Vizcaya»; ley décima: «Que avían de Fuero, uso, costumbre y libertad que los dichos Vizcaynos, Hijos-Dalgo, fuessen y sean libres y essentos para comprar y vender y recibir en sus Casas todas y qualesquier Mercaderías»; ley undécima: «Que las cartas contra la Libertad sean obedecidas y no cumplidas»; ley duodécima: «Que avían de Fuero y costumbre, y franqueza y libertad... que a Vizcayno alguno no se dé Tormento alguno ni amenaza de Tormento, directe ni indirecte, en Vizcaya ni fuera della en parte alguna»; ley decimonona: «Que avían de franqueza y libertad... que ningún Vizcayno de Vizcaya, Tierra-Llana, Villas y Ciudad della, y de Encartaciones ni Durangueses, por delito alguno vel quasi ni por deduda alguna... no pueda ser convenido, hallándose fuera de Vizcaya, por los Alcaldes del Crimen de sus Altezas ni por otro juez alguno de sus Altezas, ni destos Reynos y Señoríos, ni juzgado por ellos, salvo por el dicho Iuez Mayor de Vizcaya, aunque los tales delitos y deudas serán hechos o conraydos fuera de Vizcaya en Castilla, en cualquier parte della. Y que en caso que sean convenidos o detenidos, luego sean remitidos para ante el dicho Iuez Mayor, siendo pedida la dicha Remission y declinada la Iurisdicción». Hay otras leyes, pero reparemos, como entonces podía repararse, en éstas.

Claro también que la libertad de los antiguos no es la de los modernos, pero hay están las claves tanto de un sentido como de un cambio. «¿Qué es lo que en nuestros días un inglés, un francés o un norteamericano entiende por la palabra libertad?», podía por entonces preguntarse, para responderse: «Es el derecho de no estar sometido sino a las leyes, de no poder ser arrestado ni detenido ni condenado ni maltratado por medios arbitrarios; es el derecho de expresar la propia opinión y elegir la propia industria, de disponer y aún abusar de nuestra propiedad, de ir y venir sin necesidad de licencia ni rendición de cuentas...»⁶⁵. Podía ser ya un concepto espontáneamente proyectado en el término. Los textos vascos no se forzaban. Simplemente se leían y entendían. Muda la lengua sin necesidad de que el idioma cambie. Puede ser derecho nuevo la ley vieja. La misma inconsciencia del anacronismo categorial era perfectamente compatible con la evidencia de un arcaísmo lingüístico⁶⁶.

65 CONSTANT, B.: "De la liberté des anciens comparée a celle des modernes", pp. 494-495, en *De la Liberté chez les Modernes. Ecrits politiques* (ed. Marcel Gauchet), Paris, 1980, pp. 491-515.

66 MORENO ALONSO, M.: *Historiografía romántica español. Introducción al estudio de la Historia en el siglo XIX*, Sevilla, 1979, pp. 65-119; MARTÍN ZORRAQUINO, M.A.: "Aspectos lingüísticos de la novela histórica española", en GÜNTERT, G. y VARELA, J.L. (eds.): *Entre Pueblo y Corona; Larra, Espronceda y la novela histórica del romanticismo*, Madrid, 1986, pp. 179-209.

¿Y de qué parte podía encontrarse la libertad de los modernos? Decíamos de comparar con la Constitución de 1845. La comparación realmente ya se hizo en la época, sobre todo cuando advenga, con su capítulo fundamental de Derechos, la Constitución de 1869. No es un contrasentido ni fue sólo una maniobra que entonces se insistiera en que en este texto constitucional hallan por fin acogida las garantías que registraban los Fueros. El problema vendría con la continuación del argumento: ya serían por esto superfluos. Esta Constitución ni establecía una justicia que garantizase Derechos individuales ni revisaba el régimen territorial establecido sobre la ignorancia de derechos comunitarios. Ya hubo entonces debate⁶⁷.

Estamos con los Fueros y en concreto con los escritos. Si se les mira, además de en sus expresiones o antes incluso que en éstas, conviene fijarse en su entidad, o en su falta de ella. Son cuerpos normativos no muy extensos y sin ambición ninguna de suficiencia. Ningún ordenamiento particular la tiene históricamente, habiéndose definido el sistema jurídico por el *ius commune* o derecho civil-canónico que había llegado a imponerse a lo ancho de Europa por cauces más culturales que políticos. Vivir en una sociedad cristiana era regirse por él. La confesión entonces lo implicaba. La mayor y más relevante parte de la regulación social no la definían los derechos particulares, sino este derecho general. Aquí se encontraban suficientemente cosas como la proscripción del beneficio y la ordenación de la familia.

Con ello rompen amarras definitivamente los constitucionalismos ante todo mediante el supuesto de la distinción entre derecho político y derecho privado o, dicho de otro modo, por medio de la delimitación de un ámbito primario de libertad civil, la que hemos llamado moderna y mediana, como forma de economía social. Eran los supuestos de la nueva publicística del XVIII y el XIX a los que se refería el dictamen de la Comisión de Fueros del Senado en 1839 para definir el propio orden constitucional. A nuestros efectos, el derecho civil-canónico más sustantivo puede desaparecer del horizonte sin necesidad siquiera de una eliminación expresa. Así tan fácilmente hoy se olvida su presencia y su fuerza de unas vísperas. Ya fue un elemento elimi-

67 JAMAR, J.: *Lo que es Fuero y lo que se deriva del Fuero*. San Sebastián, 1868; ARTIÑANO, A. de: *Jaungoicoa eta Foruac. La causá bascongada ante la revolución española*. Vitoria, 1869; EGAÑA, P. de: *Breves apuntes en defensa de las libertades vascongadas*, Bilbao, 1870; DORRONSORO, M.: *Lo que fueron los Reyes de España y lo que ha sido el liberalismo para con los fueros de Guipúzcoa*. Azpeitia, 1870; SAGARMINAGA, F. de: *Reflexiones sobre el sentido político de los Fueros de Vizcaya*. Bilbao, 1871; JAUSORO, C.: *El fuero y la revolución. Defensa de las instituciones vascongadas y comparación del sistema descentralizador con el régimen político-administrativo actual*. Madrid, 1872; ARRESE, J.: *Descentralización universal o el Fuero Vascongado aplicado a todas las provincias, con un examen comparativo de las instituciones vascongadas, suizas y americanas*, Madrid, 1873; OLAVE, S.: *Reseña histórica y análisis comparativo de las Constituciones forales de Navarra, Aragón, Cataluña y Valencia*, Madrid, 1875.

nado por la historiografía que ha contribuido a las construcciones constitucionales de unidades menos amplias⁶⁸.

Son cosas en todo caso sabidas, como debe igualmente saberse algo que también se olvida por razón de que la historia ahora resulta constitucionalmente importante. Me refiero a que dicha circunstancia los ordenamientos vascos, o mejor los vascongados, unían históricamente la de plantearse como derecho de excepción respecto al de Castilla. Determinaban un ámbito de la exclusión y adoptaban los mecanismos para hacerlo efectivo. Era un ordenamiento más procedimental, procedimiento político incluido, que sustantivo. Esta contención es ahora una virtud: pueden más fácilmente asumir un sentido contemporáneo. No hace falta violentar normalmente unos textos y queda así mucho espacio para el fuero consuetudinario. En una época en la que ya suele presumirse que en el derecho público y privado rige un principio de legalidad, tendrá amplia cabida también en él la costumbre con toda su natural capacidad de adaptación⁶⁹.

El caso de Navarra en esto se distingue. No había sido un derecho de excepción del de Castilla, sino un ordenamiento de la misma sustantividad y rango que para completarse podía directamente vincularse y remitirse al derecho civil canónico. Esta fortaleza se torna ahora debilidad. No suele señalarse porque luego, con el foralismo de la Codificación civil, encontrará condiciones más favorables, pero antes de 1868 la situación de Navarra se encuentra mucho más disminuida e inerte que la de las Provincias Vascongadas en el campo civil o en general sustantivo y no sólo por haberse ya eliminado sus instituciones políticas⁷⁰. Salvo esta puntualización, puede decirse que los Fueros estaban en buenas condiciones para un cambio de sentido material sin alteración formal y con su tracto por lo tanto de autoridad.

Pasa igual con la historiografía, tampoco entonces ajena al derecho. Ya hemos visto que se encuentra comprometida. Unos tópicos tradicionales, con su sentido pretérito que menos ahora importa⁷¹, pueden resultar a estas alturas

68 CLAVERO, B.: "Leyes de la China", *Anuario de historia del Derecho Español*, 52, 1982, pp. 193-221; *Tantas personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986, pp. 27-52.

69 ORTIZ DE ZARATE, R.: *Compendio Foral de la Provincia de Alava*, Bilbao, 1858 y Madrid, 1870; VICARIO DE LA PEÑA, N.: *Costumbres Administrativas de la Autonomía Vascongada. Memoria que obtuvo el primer premio en el cuarto concurso especial sobre Derecho Consuetudinario y Economía Popular abierto por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas para el año 1901*, Madrid, 1903.

70 ALONSO, J.: *Recopilación y comentarios de los fueros y leyes del Antiguo Reino de Navarra, que han quedado vigentes después de la modificación hecha por la ley paccionada de 16 de agosto de 1841*, Madrid, 1848, "idea de esta obra" y comentarios a libro I, título I, leyes VI y VII.

71 OTAZU, A. de: *El "igualitarismo" vasco: mito y realidad*, San Sebastián, 1973; MONREAL, G.: "Anotaciones sobre el pensamiento político tradicional vasco en el siglo XVI" e "Incidencia de las instituciones públicas de Alava en el pensamiento político de los alaveses en la edad moderna", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50, 1980, pp. 971-1004 y 54, 1984, pp. 613-638; LALINDE, J.: "El sistema norma-

no sólo indicios sino también mecanismos de determinación jurídica, comenzando precisamente por la constitucional. Más que historia es la historia: cuestiones contemporáneas son las medievales. ¿Qué es originariamente el Fuero? ¿Realmente fue un derecho propio sin dependencia de concesión regia? ¿Cómo se produjo la unión de los territorios vascos con Castilla? ¿Fueron realmente incorporaciones voluntarias y condicionadas? Pasa como con la norma foral. Ya se ve lo que ahora unas respuestas significan: principios federales. Entre 1839 y 1868, de este género literario la cosecha es magra, pero sabrosa⁷². Luego ya se conectaría con el cultivo nacionalista⁷³.

Y pasa con la doctrina jurídica y con su diferenciación de un pensamiento político. La distinción en concreto que va imponiéndose entre un Foralismo de derecho civil y un Fuerismo de sustancia política y que puede más nítidamente consagrarse a partir del Código, es un producto de la Revolución común y no de la historia particular. Es un reflejo del cambio. Podrá ganarse para una intervención contemporánea, pero se pierde para la inteligencia histórica. Revolución comprendida. El foralismo civil en especial tendrá que ser historicista, creando el equívoco de estar mirando a una historia que ya ha quedado en un punto entre ciego y muerto. Sus virtudes, de tenerlas, sólo son doctrinales y políticas, aún con las limitaciones consiguientes para poder hacerse cargo de unas transformaciones e impulsar y orientar unos cambios en su mismo ámbito⁷⁴. Aunque finalmente más vivas, la suerte de las posiciones forales no ha sido mejor que la de las federales⁷⁵.

Los Fueros en fin cambian sin sufrir cambios. Son otros siendo los mismos. Toda esta metamorfosis semántica antes que normativa está aquí como tal por considerar. La transformación está por estudiar⁷⁶. Mal puede apreciarse entonces un cambio tan escapadizo. Especialmente debió serlo en el

tivo vizcaíno", pp. 116-119 y 140-144, en AA.VV., *Vizcaya en la Edad Media*, Bilbao, 1984, pp. 113-115; FERNANDEZ ALBADALEJO, F. y PORTILLO, J.M.: "Hidalguías, fueros y constitución política: el caso de Guipúzcoa", en AA.VV., *Hidalgos et Hidalguía dans l'Espagne des XVIe-XVIIIe siècles*, Paris, 1989, pp. 149-165.

72 MAÑARICUA, A. de: *Historiografía de Vizcaya (Desde Lope García de Salazar a Labayru)*, Bilbao, 1873, pp. 305-376.

73 MAÑARICUA, A. de: *Historiografía de Vizcaya*, pp. 376-475; CORCUERA, J.: *Nacionalismo vasco (1876-1904)*, pp. 122-136; TOVAR, A.: *Mitología e ideología sobre la lengua vasca*, Madrid, 1980, pp. 159-174; JUARISTI, J.: *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca*, Madrid, 1987; CELAYA, A.: *Derecho Foral y Autonomo Vasco*, Bilbao, 1984-1985.

74 CELAYA, A.: *Derecho Foral y Autonomo Vasco*, Bilbao, 1984-1985.

75 CLAVERO, B.: *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982; SALVADOR, P.: *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985.

76 FERNANDEZ ALBADALEJO, P.: "El País Vasco: algunas consideraciones sobre su más reciente historiografía", pp. 540-549, en FERNANDEZ, R. (ed.): *España en el siglo XVIII. Homenaje a Pierre Vilar*, Barcelona, 1985, pp. 536-564.

ámbito civil. Algo del asunto detectan una historiografía económica o la misma economía⁷⁷; una historia social se le acerca⁷⁸; la de especialidad jurídica puede también hacerlo⁷⁹, pero la cuestión no acaba ni siquiera de centrarse.

La ciencia del derecho se encuentra presa de los equívocos forales, anda simplemente desentendida o, como suele ocurrirle a su historia no menos que a su doctrina, piensa que la realidad se lee sencillamente en los textos. Si no cambian, no hay cambio. Para ella, como para la historia, la presencia de los Fueros en la edad contemporánea constituiría un fenómeno de mera supervivencia o de verdadero éxtasis. No habría más que registrar. La verdad es que nadie realmente los considera.

77 FERNANDEZ DE PINEDO, E.: *Crecimiento económico y transformaciones sociales del País Vasco, 1810-1850*, Madrid, 1974, pp. 306-317; FERNANDEZ ALBADALEJO, P.: *La crisis del Antiguo Régimen en Guipúzcoa, 1766-1833: cambio económico e historia*, Madrid, 1975, pp. 182-206; ETXEZARRETA, M.: *El caserío vasco*, San Sebastián, 1977, pp. 194-263.

78 FERNANDEZ ALBADALEJO, P.: "Guipúzcoa, 1839-1868: la recomposición de una sociedad", en *Moneda y Crédito*, 155-1980, pp. 39-72; VIEJO, J.: "Familia y conflictividad social en Guipúzcoa, 1700-1750", en *Estudios de Historia Social*, 34-35, 1985, pp. 7-81.

79 NAVAJAS, A.: *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, San Sebastián, 1975.