

QUINTO CICLO

Cultura Vasca

EL DERECHO HISTORICO VASCO
Y SU ORIGINALIDAD

por D. Gregorio Monreal Zía

*Conferencia pronunciada
el 27 de abril de 1993*

UNIVERSIDAD DE DEUSTO
DEUSTUKO UNIBERTSITATEA

Doy comienzo a esta intervención repitiendo palabras ya dichas en otras ocasiones en este mismo lugar, al tomar parte en diversos tribunales evaluadores de tesis doctorales. Uno siente que vuelve a su casa cuando retorna a la Universidad donde se formó y donde inició su carrera profesional: aquí tuve oportunidad de conocer a colegas como Abel Muniategi, presente hoy en la sala, o Germán Echebarría, cuya amistad resiste al paso demoledor del tiempo. Uno no puede olvidar que dio los primeros pasos de la complicada carrera académica de los primeros años setenta de la mano del P. Obieta y de D. Andrés de Mañaricúa. Deseo que conste mi reconocimiento al profesor Juan Churruga porque el retorno a la Universidad de Deusto obedece ahora a una invitación a disertar en el Forum Deusto que él dirige. Sabemos lo difícil que es mantener el tono de una instancia de esta naturaleza. El profesor Churruga lo ha conseguido —lo había conseguido hasta el día de hoy, al menos—.

* Nacido en Etayo (Navarra): 11-3-1942. Catedrático de Historia del Derecho, ha profesado en las Universidades de Deusto, Valladolid, Extremadura, Universidad Complutense y Universidad del País Vasco. Visiting Scholar, 1985-86 (University of Nevada at Reno y University of California at Berkeley). Profesor invitado de la Universidad de París, cursos 1991- 92 y 1992-93. Rector de la Universidad del País Vasco, 1981-1984 y 1984-85. Senador por Gipuzkoa en la Legislatura Constituyente de 1977-1978. Miembro de la Comisión Negociadora de la Asamblea de Parlamentarios Vascos para el establecimiento del régimen de Preautonomía del País Vasco. 1977. Miembro de la ponencia redactora del Estatuto de Autonomía del País Vasco. 1978. Viceconsejero de Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, febrero-septiembre.1991. Presidente de EI-SEV. Autor de diversas monografías y artículos dedicados a las instituciones históricas vascas y al pensamiento político tradicional en el País Vasco.

Voy a ordenar esta exposición en siete apartados, que paso a enumerar al objeto de facilitar el seguimiento del discurso: tras unas observaciones previas, me referiré al Derecho consuetudinario, subrayando las influencias que han afectado al Derecho autóctono, singularmente las modificaciones que aportó la difusión del Derecho Común. Haré una breve descripción del contenido del Derecho vasco y de la explicación ideológica sobre el mismo elaborada por nuestros antepasados —insistiendo en el pactismo, uno de los elementos ideológicos y prácticos más destacados del régimen privativo—, para concluir aludiendo a la crisis del régimen foral.

I. Observaciones previas

A la hora de señalar el interés cívico que puede tener el conocimiento del Derecho histórico conviene traer a colación unas reflexiones que desgranaba hace unos años el iushistoriador catalán Víctor Ferro. Recordaba Ferro que la cultura de un pueblo no se limita a sus creaciones en el campo de la lengua, de la literatura, del arte, de la ciencia, la filosofía o la economía. Entre las expresiones nacionalmente más definidoras se encuentra el Derecho público y privado y la tradición política. Y de ahí el empobrecimiento intelectual implícito en la ignorancia o la visión deformada de esta tradición. Una buena educación ciudadana y la posesión de una cierta dignidad colectiva implica que se tiene una cierta familiaridad con las instituciones y normas que han encuadrado la sociedad de nuestros antepasados durante al menos un milenio.

Se puede repetir quizás con mayor razón respecto de Euskal Herria lo que Ferro predicaba de Cataluña, a saber que nuestras instituciones políticas, administrativas, militares y financieras, que los procedimientos autóctonos de ordenar la vida social pueden parangonarse a los de otros pueblos de la Europa occidental, y que en ocasiones los vascos abrieron espacios originales y ejemplares de convivencia colectiva. Parece razonable por tanto que dediquemos alguna atención a un Derecho que expresa una experiencia milenaria. Nuestros antepasados creyeron durante muchos siglos que merecía la pena luchar —y hasta morir— por mantenerlo.

Considero necesario hacer algunas observaciones previas: en primer lugar que nuestro pasado pesa todavía fuertemente a la hora de encontrar un apelativo colectivo universalmente aceptado. El multiforme conglomerado sociocultural que llamamos pueblo vasco ha estado en el pasado muy compartimentalizado desde el punto de vista político, sobre todo en los siglos que cuentan más por estar más próximos a nosotros.

Una parte de Euskal Herria quedó adscrita a Castilla y la otra a Francia, es decir, a los dos reinos más cualificados de Occidente durante buena parte de la Edad Moderna, situación que se ha mantenido tras la creación de Estados constitucionales en la Edad contemporánea. Por otra parte los cuatro territorios vascos englobados en el reino o en la Corona de Castilla han dispuesto de instituciones propias y de naturaleza similar pero no generales o comunes, y lo mismo debemos subrayar respecto de la parte continental incluida en la Monarquía francesa. La desarticulación plurisecular, parcialmente compensada por la celebración de conferencias y por consultas entre las autoridades de los distintos territorios, explican el arraigo de las denominaciones tradicionales —Reino de Navarra, Señorío de Vizcaya, Hermandad de Alava y Provincia de Guipúzcoa— que han coexistido, compitiendo en ocasiones, con las denominaciones de carácter general que han ido apareciendo, singularmente las románicas.

Dicho lo anterior, podemos hablar en segundo lugar y con las reservas ya indicadas, de un Derecho vasco, habida cuenta de que tal Derecho corresponde a un etnia relativamente objetivable y de la profunda semejanza que manifiestan las normas de los distintos territorios en cuanto a las soluciones de fondo e incluso de forma. Es obvio sin embargo que sería más apropiado referirse al Derecho histórico de los territorios vascos. Debo señalar que en esta exposición aportaré sobre datos e informaciones del País Vasco occidental, ante la imposibilidad material de articular al relato los datos sobre Navarra.

II. Encuadramiento del Derecho vasco en el Derecho consuetudinario de la Europa continental

1. El Derecho vasco va a ocupar un lugar propio en la geografía consuetudinaria europea, compartiendo esa condición con los Derechos del Norte de Francia, del Imperio alemán y de Suiza, por no citar el Derecho inglés y el de los países escandinavos. La recepción del Derecho romano en Castilla-León y en el Sur de Francia a partir del siglo XIII, dejó aislado al mundo consuetudinario pirenaico dentro de la romanidad circundante.

Hagamos en primer lugar una aproximación a lo que puede ser la costumbre o el Derecho consuetudinario. Lebrun definía a la costumbre como el conjunto de usos jurídicos que han adquirido fuerza obligatoria en un grupo social dado, por la repetición de actos públicos y pacíficos durante un lapso de tiempo relativamente largo.

Entre los rasgos a señalar destaquemos que en la fase inicial de formación, el Derecho consuetudinario no es ni tan siquiera oral, ni se enuncia, aunque posteriormente se llegará a recoger por escrito. La costumbre se constituye por la repetición de comportamientos humanos, de manera voluntaria y en un sentido determinado, hasta que es admitida por la gran mayoría o la casi totalidad del grupo social. A destacar por último que es preciso un tiempo de vigencia para que la regla consuetudinaria alcance la prescripción, tiempo variable que va de siglos a meses. Entre nosotros se solía hablar de la inmemorialidad, es decir, que nadie recordaba la existencia de una costumbre en contrario. Los rasgos anteriores presuponen que el sistema es un producto de la espontaneidad social, de ahí su flexibilidad y sumisión a una evolución continua, pese a la tendencia conservadora propia de la costumbre.

La incertidumbre inherente a la costumbre empujó en el Bajo Medioevo a los pueblos de la Europa occidental a la recogida por escrito del Derecho consuetudinario. La prueba de la existencia de la norma consuetudinaria se vería facilitada por la disposición de un texto cierto que recogiera el ordenamiento de la comunidad. El movimiento se había iniciado ya en el siglo XI con la emergencia de las ciudades en todo el continente: la aparición de textos modélicos como los de Jaca, Estella y Logroño corresponde a lo que acontece en otros puntos de Europa. En una segunda fase se recoge el Derecho consuetudinario de territorios más amplios, sean comarcas, territorios más amplios e incluso reinos: unas veces por obra de particulares que de manera a veces anónima redactan los textos para uso personal —sería el caso de nuestro Fuero General de Navarra a mediados del siglo XIII—; otras mediante iniciativa oficial, a instancia de las autoridades o en nuestro caso de las asambleas populares —recuérdese, por ejemplo, el Cuaderno de Juan Núñez de Lara o el Fuero Viejo de Vizcaya de 1452—. Normalmente los autores de tales trabajos son prácticos del Derecho, sean abogados o jueces, muy implicados en la actividad judicial del territorio, y que son capaces de traducir por escrito sus propios conocimientos y experiencias. El fenómeno es común al continente, como decíamos, donde surgen textos fundamentales. Por citar algunos muy significativos, ahí están los *Libri Feudorum* lombardos (en el siglo XIII), el *Código de Huesca* aragonés, la obra francesa de *Beaumanoir*, el *Sachsenspiegel* de Sajonia (XIII), o la obra de *Ableiguer* (XIV).

Nacida para evitar las dificultades de la prueba de las reglas de Derecho, la redacción de la costumbre alteró de manera significativa la propia naturaleza del Derecho consuetudinario. Al constituirse en un verdadero Código, no necesita ya ser probado por las partes pero surge el riesgo de

la fractura del vínculo entre el Derecho consuetudinario escrito y la vida social. La expresión escrita de la costumbre asimila sus caracteres formales a la norma de origen legal.

2. Con anterioridad a la aparición de los villazgos, es decir con anterioridad al siglo XII, el Derecho consuetudinario mantiene su primacía sobre toda la tierra vasconica. Estamos hablando de las distintas «terras» que se configuran en el Alto Medievo en solar asignado a los vascones en los siglos precedentes: de Alava y de Ayala, de las Encartaciones, Vizcaya y el Duranguesado, de Oñate y de Guipúzcoa, de las montañas y de la zona media de Navarra y de las tierras de Ultrapuertos.

Como ha dicho García Gallo, el Derecho está constituido por un ordenamiento no formulado: el Fuero está en la conciencia de todos y sólo se exterioriza en los usos y —añadamos— quizá en ciertos aforismos o refranes que sintetizan toda una norma o institución jurídica, como el refrán en euskara que recoge el Fuero Viejo de Vizcaya —«urde urdaondo e acietondo»—. La costumbre y el albedrío son las fuentes primordiales. El Fuero se conoce por el albedrío, es decir, por la indagación judicial de lo que a primera vista parece más justo, y no mediante la aplicación rígida de las normas jurídicas o la interpretación sutil de las mismas. Hay un proceso de concreción del ordenamiento a través del uso y de las decisiones judiciales que van cayendo respecto de la costumbre en caso de duda. Téngase en cuenta que ejercicio del albedrío judicial no está separado de la comunidad, presente siempre en la asamblea judicial: el juez adecuaba su resolución a las convicciones jurídicas básicas de los presentes, que al asentir la sentencia, la convierten en precedente que adquiere valor de uso, costumbre o fuero. Es evidente que, además de las prácticas y normas concretas, el Ordenamiento puede integrarse por concesiones de los reyes o señores, o por pactos entre la comunidad y el señor, como se hace constar en el Fuero General de Navarra o en el Fuero Viejo de Vizcaya.

Hablamos del Derecho consuetudinario del ámbito vasconico; de ahí la cuestión de si se puede hablar en aquel período de una costumbre más o menos similar en el espacio étnico. Lo que conocemos de este período y lo que sobrevive en épocas posteriores autoriza a sospechar que las semejanzas eran grandes, si bien existían variantes y diferencias notables por territorios e incluso entre comarcas y valles. Posiblemente se puede trasladar al campo del Derecho el símil de lo que acontecía con la lengua: por encima de la diversidad dialectal, acentuada entre los distintos territorios y sin estricta sujeción a los límites políticos, existe un fondo estructural y un léxico común que permite hablar de una lengua vasca. Posiblemente ocurría algo similar en el campo del Derecho.

La tendencia hacia la personalización jurídica territorial se debió acentuar, como luego veremos, a partir del Bajo Medievo. Allí donde existió una formación política que respaldara la recogida oficial del Derecho, como es el caso de lo que quedó de Reino de Navarra y en el Señorío de Vizcaya, se llegó a producir una unificación jurídica interna, con supresión de las variantes y modalidades existentes en las diversas regiones del reino o del territorio. Como muestra de cómo opera el proceso aludido, ahí está el efecto unificador del Derecho inherente a la difusión del Fuero General de Navarra a lo largo del Bajo Medievo en distintos municipios y comarcas. En Vizcaya la unificación de la costumbre pudo deberse tanto a la acción unificadora de la jurisdicción señorial como a la asamblea de Gernika, cuyo carácter judicial inicial es bien conocido. Tendremos oportunidad de subrayar más adelante que Alava y Guipúzcoa atravesaron dos siglos decisivos desprovistos de una estructura política sólida, que sin duda afectó a la integración y consolidación de su Fuero en el ámbito civil.

III. Influencias externas en la evolución del Derecho consuetudinario vascónico

El mantenimiento milenario del orden consuetudinario fue posible por un largo tracto temporal en el que las estructuras básicas del país no fueron alteradas de una manera radical por influencias externas. El aserto debe ser examinado por cuanto Euskal Herria ocupa en el Sur de Europa una posición de paso obligado, de ahí que sea necesario hacer un repaso de las posibles influencias habidas y de las razones que permitieron la supervivencia de la costumbre vascónica.

Vamos a pasar por alto una posible influencia *céltica*, que en todo caso habría existido antes de la llegada de los romanos. Poco sabemos del proceso de celtización del solar vasco y nada de posibles préstamos de instituciones jurídicas. Por otra parte los galos de Francia y de Bélgica fueron romanizados tempranamente. Solo los habitantes del país de Gales e Irlanda, y los emigrantes a la Bretaña francesa, escaparon al proceso de latinización o germanización. Sería una ligereza hablar, como en ocasiones se hace, de influencias de un Derecho que sólo es conocido en su versión irlandesa, en la etapa anterior a la difusión del Common Law en la isla de Eirin.

No podemos decir lo mismo respecto de la *incidencia romana*. Tanto la arqueología como la onomástica ponen de relieve el peso y la consistencia de la presencia romana en el país. Está comprobado el impacto

de Roma en la formas de vida del área vascónica. La República y el Imperio romanos hicieron sentir su presencia en todos los campos, desde la demografía a la producción agraria y minera, desde las vías de comunicación a las estructuras de la vida social o a las concepciones mítico religiosas. También en la lengua. Ahora bien, no todo el país sufrió el mismo impacto: en la *zona meridional*, al decir de Caro Baroja, «la romanización fue tan intensa como la de la zona que más de la península». Cabe pensar que se aplicó de manera plena el Derecho romano en la colonia de Calagurris Nassica, o el viejo Derecho latino en Casconton, Ergavica y Graccurris. Resulta más difícil de evaluar lo que supusieron las disposiciones generales de concesión de la latinidad o ciudadanía de Vespasiano y Diocleciano, en lo que concierne a la romanización jurídica, en las ciudades estipendiarias de Andelos, Araceli, Calagurris Fibularenis, Ilumberri, etc.

Hay muchos índices de que el *área pirenaica y costera* conservaron las formas de vida ancestrales descritas por Estrabón en el siglo I, o al menos que las modificaciones introducidas permitieron una continuidad. Las viejas estructuras no se debieron manifestar incompatibles con los intereses de la colonización romana en el área. De hecho son muy escasos los vestigios de la cultura material romana y la lengua autóctona pudo sobrevivir. La crisis final del poder romano dotó de un dinamismo mayor a los pueblos vascónicos: la zona se convierte en un polo autónomo, en primer lugar frente a las últimas autoridades del Imperio de Occidente y después respecto de los reinos germánicos que se constituyen en la Península y en las Galias. La costumbre vascónica ganó con ello una oportunidad de asentamiento y consolidación, al desaparecer la formidable presión que habría sufrido en los siete siglos precedentes.

La *influencia germánica* en la instituciones del Derecho vasco ha sido un tópico visto con buenos ojos entre nosotros en las dos últimas centurias. Por lo que sabemos el Derecho germánico anterior a las grandes migraciones del siglo V se asemejaba al de otros pueblos de civilización primitiva de Europa, Africa y de otras partes del mundo, y muy posiblemente al de los pueblos vascos —de ahí la identificación posterior—. Faltos de documentación, sabemos muy poco de este Derecho, antes y después de las invasiones, pues no podemos perder de vista que las *leges barbarorum*, redactadas entre los siglos VI y IX, se hallan muy influenciadas por el Derecho romano.

Antes de abordar la cuestión de cualquier posible influencia digamos que el Derecho romano sobrevivió, con un ligero grado de germanización, tras el asentamiento de los reinos germánicos, tanto en el Sur de las

Galias como en las penínsulas ibérica e itálica. Son áreas que en el interior de Francia se conocerán como «países del Derecho escrito», de base romanista, en contraposición al Norte europeo caracterizado por la supervivencia del Derecho consuetudinario —«Droit coutumier»—, de raíz germánica. Gilissen ha recordado la división del Occidente en dos zonas, que se manifiesta tanto en el orden jurídico, lingüístico —en Francia se distinguen los países de lengua d’oil frente a los de lengua d’oc— o artístico —gótico frente a románico—.

Admitir de entrada la influencia germánica en la evolución de la costumbre vascónica suscita recelos por distintos motivos. En primer lugar porque los vascones mantuvieron una guerra endémica con visigodos y francos tal como lo ponen de manifiesto las crónicas de Juan de Biclara, San Isidoro, Venancio Fortunato, Fredegario, la Historia de Wamba y de San Julián, que ofrecen una reiterativa colección de «Vascones vastavit», «Wascones... infestantium... percussi sunt», etc. Hay una acción militar intermitente de ambos pueblos germanos sobre territorio vascón que acredita la precariedad del control sobre el área. Esta situación permite formular la hipótesis de que determinadas formas de estructuración política de los vascones datadas en una etapa posterior pudieron tener en esta agitada época el acta de nacimiento.

Pero al margen del control efectivo sobre el territorio hay que cuestionar, como hemos apuntado más arriba, el mismo carácter germánico del Derecho escrito de los reinos franco y visigótico. Porque es muy aventurado predicar tal condición del Derecho del Reino merovingio y carolingio, si se exceptúa la Ley Sálica —que contiene sobre todo disposiciones de carácter penal—. Pudieron tener mayor incidencia las capitulares dictadas los siglos VIII y IX, particularmente en el campo del Derecho eclesiástico.

Por lo que respecta al Derecho visigótico sabemos que la materia prima de la legislación real contenida en los Códigos de Eurico, en la Lex Romana Wisigotorum y en el Liber Iudiciorum procede del Derecho romano teodosiano con elementos de Derecho romano vulgar y alguna, rara, institución germánica. La práctica inexistencia de documentos de aplicación del Derecho nos impide conocer el Derecho realmente vivido.

Respecto de la etapa siguiente, el *Altomedievo*, se vuelve a plantear la cuestión del pretendido carácter germánico del Derecho de la época. Muñoz y Romero primero, y Ficker e Hinojosa después, en 1888 y 1910, hicieron constar su sorpresa al comprobar la similitud existente entre el contenido de los Fueros altomedievales y el Derecho de Escandinavia e

Islandia. En unos y en otro encontraban instituciones como la venganza de la sangre, el duelo judicial para dirimir los conflictos, la responsabilidad colectiva de los miembros de la familia, la existencia de cojuradores o juradores solidarios de los declarantes en los juicios... Explicaban la similitud como una consecuencia del origen germánico del Derecho español altomedieval, origen que explicaban en los siguientes términos: los visigodos proceden del grupo germano nórdico, y durante los siglos v, vi y vii mantuvieron la costumbre popular germánica haciendo caso omiso de la legislación romanizante de sus reyes. De ahí que cuando sobreviene la fractura del Reino de Toledo por la invasión musulmana, y con ella la de los Códigos oficiales, florece la costumbre germánica en los Fueros municipales o territoriales. El prestigio de la tesis se acrecentó con el apoyo recibido de valedores muy cualificados como Menéndez Pidal (1955) y Sánchez Albornoz.

Sería interesante detenerse en los argumentos que empleó García Gallo en la crítica que llevó a cabo 1955. Las coincidencias no suponen sin más una filiación, decía el maestro de la Universidad complutense, y se pueden dar igualmente con otros pueblos no romanizados. Por otra parte el Derecho consuetudinario altomedieval se ubica singularmente en territorios como Castilla Vieja, Vasconia y Alto Aragón, que tuvieron un contacto restringido y aun de guerra con los visigodos, es decir, en pueblos cerrados a la influencia germánica. Se preguntaba además si tal Derecho visigótico había sobrevivido incluso en otras áreas de la península, habida cuenta del reducido número de germanos que llegó a asentarse en el siglo vi.

Antes de referirnos a los Derechos que realmente condicionaron la evolución de la costumbre vascónica, hagamos una referencia a dos sistemas que tuvieron vigencia, siquiera temporal, en nuestro suelo. El *Derecho hebráico*, que ha legado algunas instituciones importantes al Derecho europeo por la vía del Derecho canónico —el diezmo y la consagración de los reyes, vívidamente descrita en el Fuero General de Navarra—. Se trata de un ordenamiento personal y confesional, de difusión universal, que se practicó en las aljamas navarras hasta la expulsión de este pueblo en 1498, y hasta 1492 en Vitoria y Valmaseda. También el *Derecho musulmán* estuvo plenamente vigente en la franja navarra del Ebro hasta el siglo xii, y, quizás, de una manera que no podemos determinar algunas centurias más. En cualquier caso, dado el carácter religioso y personal de ambos ordenamientos, y el contexto histórico de la relación con la población, cabe presumir que sería difícil encontrar sus huellas en la costumbre vascónica.

El ordenamiento autóctono va a encontrar sus más formidables contrincantes en el Derecho canónico, desde el inicio de la cristianización del país, y a partir del siglo XIII en el Derecho común, con el que el País Vasco occidental se encontrará al poco tiempo de su incorporación al reino de Castilla en 1200. El Derecho común fue adoptado por los reyes, como veremos más adelante como una herramienta de unificación del Derecho regnicola.

El *Derecho canónico*, como Derecho propio de la Iglesia alcanzó una difusión manera más o menos uniforme en todo el Occidente europeo. Regía incluso para los laicos en algunas materias, y los Tribunales eclesiásticos competían con éxito con los seculares cuando se trataba de personas aforadas o en un amplio elenco de cuestiones. Hay que pensar, por ejemplo, que la creciente extensión de la jurisdicción eclesiástica en materias de matrimonio y divorcio debió afectar al viejo Derecho vasconico en materia de familia, tal como se puede entrever por algunas formas de matrimonio civil que todavía contempla el Fuero General de Navarra. Algo similar cabría decir de los patronatos regidos por el Derecho consuetudinario. El modesto Derecho autóctono tenía que competir con un Derecho erudito, codificado con gran rigor técnico en el Alto y Bajo Medievo, estudiado en las Universidades y objeto del trabajo de eximios decretistas y decretalistas. Si la jurisdicción real se las veía y se las deseaba para resistir la presión de la Iglesia, la resistencia tenía que ser más difícil para los jueces populares, a los que sólo quedaba la obstinación y la terquedad como única arma eficaz frente al poder de las grandes instituciones.

Indicaba antes que la *recepción del Derecho común* se va a iniciar en un momento especialmente crítico en el caso de la Vasconia Occidental, coincidiendo prácticamente con su incorporación al reino de Castilla.

No debo detenerme en el proceso de recepción que determina que la casi totalidad de los sistemas jurídicos europeos terminan siendo incluidos en la familia de los Derechos romanistas. El estudio y la enseñanza del Derecho romano, en concreto de la codificación justiniana, iniciada en Italia en 1100 y continuada durante los seis siglos siguientes, dio lugar al nacimiento de un Derecho erudito, de una ciencia del Derecho, independiente en principio de los distintos sistemas jurídicos en vigor en el continente europeo. Se trata de un Derecho teórico, escrito, profesado por todos —de ahí su condición de «común»—, completo frente a la fragmentariedad de los Derechos vigentes, y que parece más adaptado a las necesidades de sociedades que evolucionan hacia el mercantilismo.

El Derecho común configurado teóricamente llega a penetrar los sistemas vividos a través de la práctica del Derecho que protagonizan los legistas, es decir, los juristas que han recibido diversos grados profesionales en las Universidades. Las funciones políticas, administrativas y judiciales primordiales pasan a ser desempeñadas por los romanistas que desplazan de todos los puestos relevantes de la estructura estatal a los prácticos en el Derecho antiguo, que como mucho logran mantenerse en la primera instancia judicial. Por otra parte hay que señalar que los romanistas hicieron suyo en beneficio de los príncipes temporales el adagio de Ulpiano, «Princeps a legibus solutus», y el principio contenido en la *lex regia* de que lo que placía al príncipe tenía fuerza de ley: es decir, que irrumpe con la máxima fuerza la capacidad de legislar del rey, concebida pronto en muchos lugares como una prerrogativa exclusiva. Estos planteamientos explican la profunda inflexión continental en lo que concierne a las formas de producción del Derecho, el declive inexorable de la costumbre y la preponderancia de la norma escrita, fundamentalmente de origen real.

En las condiciones precedentes hay que buscar el origen de la hegemonía que llega a alcanzar el Derecho romano en las zonas colindantes a Vasconia. En Francia en primer lugar, porque si bien es cierto que sus reyes miraban con sospecha un Derecho nuevo invocado por los emperadores germanos como atributo del Imperio universal que reclamaban, el Derecho común se había difundido por el Midi desde las universidades de Toulouse y Montpellier, zona inicialmente exenta del poder de los monarcas de París. Al acceder al control del Sur de Francia, los reyes hubieron de admitir que el Derecho romano tenía vigencia a título de costumbre territorial, y como tal alcanzaría el status de Derecho supletorio.

Quizás no sea necesario recordar que en Castilla la afirmación de la posición soberana del rey se manifiesta a través del ejercicio de la legislación, que utiliza como materia prima el Derecho común. Desde mediados del siglo XIII el Fuero Real, primero, y las Partidas después, ampliamente inspiradas en el Derecho común son empleadas para crear un Derecho general del reino. En 1348 el Ordenamiento de Alcalá sitúa al Derecho del Rey en primer lugar, Derecho creado por juristas romanistas, y se declara la vigencia de las Partidas.

El Fuero Real y las Partidas van a constituir, como vamos a ver a continuación, las dos grandes referencias jurídicas del País Vasco Occidental, integrado desde 1200 en el reino de Castilla. Se aplicarán directamente en la mayor parte de Alava y de Guipúzcoa y en las villas vizcaí-

nas. El Derecho propio quedará como un Derecho especial enmarcado en ese horizonte.

IV. Modificación del Derecho consuetudinario vasco

a) *Penetración del Derecho real en la Vasconia occidental*

Contemplábamos a los vascos occidentales recién integrados en un reino donde se estaba produciendo un cambio jurídico sustancial, donde los distintos sistemas jurídicos tradicionales recibían el embate de un nuevo Derecho real de orientación romanizante. La costumbre de las terras vascónicas de Occidente van a sufrir la primera presión del Derecho real por la vía de la *municipalización*, dado que los concejos constituyen un área de ensayo de la actividad legislatora de los monarcas.

Las primeras manifestaciones de la capacidad de legiferar aparecen en la Alta Edad Media en la concesión de privilegios particulares o generales, confirmando o ampliando el alcance de situaciones privilegiadas preexistentes; en el Bajo Medievo se acentúa el proceso con la institución de reglas de Derecho nuevas respecto de la situación anterior.

Dentro del haz de poderes que integraban el regnum se hallaba la facultad de constituir villazgos en el realengo. En la *etapa navarra* los reyes crearon algunas villas importantes en el País Vasco occidental. Da la impresión de que en Alava y Guipúzcoa tales creaciones fueron conflictivas: así en San Sebastián y en Vitoria. Consta que la fundación de esta última población dio lugar a algún género de enfrentamiento entre los «caballeros de Alava» y el rey Sancho el Sabio. Los nuevos villazgos afectaban a las estructuras tradicionales, y cabe incluso pensar que la fácil ocupación por Alfonso VIII de las «terras» alavesas y guipuzcoanas tiene alguna relación con el malestar de los linajes por la política de avillazgamiento llevada a cabo por el rey navarro Sancho el Sabio: de hecho, tras la conquista de Alava, fue suspendida la creación de nuevas villas por más de cincuenta años. En Vizcaya la fundación de núcleos privilegiados de población requería del «consentimiento de los vizcaínos» reunidos en Junta General.

Dejando de lado estas cuestiones de tipo político, subrayemos ahora que el rey —o el señor en Vizcaya— tiene capacidad de legiferar sobre el ámbito de las villas. En principio, el instrumento normativo que concede, el Fuero de Logroño o cualquiera de sus derivados y las disposiciones complementarias pertinentes, *no contiene todo el Derecho de la villa y de su ámbito jurisdiccional*. Contiene solamente un número mínimo de

reglas jurídicas dirigidas a privilegiar a la población que acude a poblar la nueva entidad. El fuero municipal delimita los términos de la villa, dota a los pobladores de un patrimonio colectivo y de unos privilegios y define el cuadro de autoridades. Hay algunas normas de Derecho penal y algunas reglas para la administración de la villa y de su ámbito jurisdiccional.

¿Cómo se llenan las grandes lagunas normativas que dejan las disposiciones reales y señoriales? Hasta la segunda mitad del siglo XIII e incluso de la centuria siguiente —cuando todavía no se ha afianzado un Derecho del rey de carácter general—, parece razonable pensar que debieron cubrirse con el recurso al Derecho consuetudinario de la tierra, con lo que en principio la costumbre vasconica no debió sufrir una merma decisiva en la primera etapa de las fundaciones. A partir del siglo XIV, tras el afianzamiento de un Derecho real en el conjunto del reino, la situación cambia porque el vacío va a ser cubierto, al menos de manera oficial, por los grandes textos normativos del reino. Recordemos que en 1332 se aplica en toda la tierra de la extinta Cofradía de Arriaga el Fuero Real que casi ochenta años antes hiciera redactar Alfonso X el Sabio, y que dieciséis años más tarde se aplica el Ordenamiento de Alcalá en las villas del País Vasco Occidental (al menos y hasta 1379 en las alavesas y guipuzcoanas): el territorio avillazgado se embarca ahora y de una manera decidida en un proceso de castellanización jurídica.

A la hora de evaluar el impacto del proceso al que nos estamos refiriendo debemos ponderar dos extremos: por lo que toca a la incidencia territorial, hay que destacar que se halla sujeta a régimen de villazgo la casi totalidad de la provincia de Guipúzcoa, que toda la Provincia de Alava aceptó la aplicación del Fuero Real en 1332, y que en Vizcaya el señor primero, y el Rey desde 1379, tienen capacidad de legislar por lo que, a partir de la última fecha citada, se hizo sentir en el Señorío el peso del Ordenamiento de Alcalá. Y en lo que concierne al efecto de fondo, el Derecho civil autóctono vasconico queda en las villas occidentales vascas en la desfavorable posición de la costumbre contra ley. Ya es sabido que los criterios del valor de la costumbre contra ley son muy imprecisos, lo que se traduce en el debilitamiento general de la costumbre.

b) *Vizcaya como paradigma en el despegue hacia la autonomía foral*

El proceso descrito va a ser reorientado por la evolución de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava. Lo destacable de la misma es que el Señorío vizcaíno desempeñará un papel singular en dicha evolución, al convertirse en paradigma de la autonomía foral para los otros dos territorios.

La incorporación a la Corona en 1379 del Señorío de Vizcaya no dio lugar a la homogeneización con el realengo que en principio cabría esperar. El motivo primordial hay que buscarlo en que la «terra» poseía para entonces una gran densidad de elementos institucionales —el poder jurisdiccional de los señores, la organización en merindades y anteiglesias con sus respectivas asambleas, la existencia de oficiales (prestameros, merinos y alcaldes de fuero), las Juntas Generales de Gernika y las del Duranguesado y la Encartación, la disposición de un Derecho consuetudinario parcialmente recogido por escrito...—. La situación de casi independencia de Vizcaya hasta la citada fecha y la circunstancia de que una buena parte del Señorío, la llamada Tierra Llana, estaba exonerada de hecho de la actividad aforadora y legiferante del Señor, permitió la constitución de una suerte de masa crítica de supervivencia que aseguró la autonomía de la comunidad después de la incorporación a la Corona.

Se dice de Vizcaya en 1390 que «es tierra apartada», es decir, no integrada en las estructuras ordinarias de gobierno del reino, y que «siempre quiere sus fueros guardados e jurados». Fueros que son, como vemos, públicos pero también privados, cuidadosamente conservados en la Tierra Llana. El sólido Derecho consuetudinario de la Tierra Llana estaba en condiciones de resistir la acción legislativa de los Señores primero y de los reyes después, incluso cuando aparecen en el horizonte los grandes cuerpos de Derecho castellano. Una comunidad vizcaína bien estructurada defiende desde la Junta General, su máximo órgano representativo, el régimen consuetudinario público y privado de la tierra, y hace posible una evolución autónoma siguiendo el impulso marcado por las necesidades colectivas.

Por su parte la *Hermandad alavesa* se hallaba en 1332 en una situación más precaria. La autodisolución de la Cofradía de Arriaga, que poseía una comunidad de rasgos con el régimen vizcaíno, dejó por el momento huérfana a la «terra», sin una cobertura institucional protectora. En cuanto a *Guipúzcoa*, su primera evolución institucional continúa siendo un misterio porque no consta la existencia después de 1200 de una organización específica de la comunidad territorial.

Así las cosas, la referencia vizcaína debió ser fundamental. En Guipúzcoa y en Alava se asiste a la aparición de una nueva formación política a partir del siglo XIV a través de las «Hermandades». Desde esa centuria se aprecia la rápida creación de un Derecho público nuevo y original, amasado en parte con elementos tradicionales y en parte con ingredientes de nueva factura. El proceso de constitución de una amplísima auto-

mía foral en Guipúzcoa y en Alava —mientras Vizcaya sigue el curso ya trazado— se acelera en la segunda mitad del siglo xv. Los tres territorios desembocan en la Edad Moderna provistos de un régimen político-administrativo privativo y original, hasta el punto de que de alguna manera se les va asimilando a las grandes formaciones políticas que van a constituir la Monarquía española de los Austrias.

En el momento que podemos considerar de despegue, en el siglo xiv, las tres provincias habían partido de posiciones muy diversas. A lo largo de una evolución de trescientos años caminan de manera paralela, igualándose notablemente, si se salva la excepción de la disposición del Derecho privado. En 1644, Felipe IV, en una declaración que se refería a la Hermandad de Alava, manifestaba que «se ha reputado por provincia separada del reino, y ni la han comprendido las concesiones que ha hecho de servicios el reino junto en Cortes, ni ninguno de los tributos y cargas que generalmente se han impuesto en mis reinos de la Corona de Castilla; porque de todo ha sido y es libre y exenta, así como lo son el mi Señorío de Vizcaya y la Provincia de Guipúzcoa, y se han regulado las dos Provincias y aquel Señorío por una misma calidad y condición, sin ninguna diferencia en lo sustancial, y sin que haya habido ni pueda haber razón para que la dicha provincia deje de gozar ninguna exención, libertad, prerrogativa, inmunidad que goce y tenga la de Guipúzcoa y el dicho Señorío». La declaración real establece por tanto un estatuto similar para las tres provincias.

La convicción de una equiparación del estatuto foral de las tres provincias se mantuvo durante el resto de la Edad Moderna, inspirando la aparición de la *Conferencia de Diputaciones*, significativa institución que está estudiando Joseba Agirreazkuenaga. A partir del siglo xviii surgió, al socaire de la excepcionalidad vasca resultante de los Decretos borbónicos de Nueva Planta, una solidaridad nueva, que incluso se ramifica hacia Navarra. Pero en lo que concierne a la cuestión de la identidad, resumámosla con la lectura de lo que decía en 1858 el alavés Ortiz de Zárate: «son iguales en su esencia los Fueros de Alava, y los de Guipúzcoa y Vizcaya, y sólo se diferencian en pequeños detalles. Por eso gozan las tres hermanas de las mismas libertades y franquezas, aun cuando... literalmente no constan en el Fuero de alguna de ellas».

Subsistía sin embargo una diferencia de relieve: el ordenamiento jurídico de Alava y Guipúzcoa presentaba la importante laguna de un Derecho privado recogido por escrito, defecto que suscitaba dudas y vacilaciones en cuanto a la naturaleza y el alcance de sus respectivos regímenes.

V Contenido del Derecho

a) *La hidalguía universal*

La condición de hidalgos de la mayoría de la población constituye sin duda una piedra angular en el desarrollo de la especificidad institucional vasca, dado que la hidalguía condiciona otros aspectos importantes del estatus de los habitantes de las provincias.

Es conocido el proceso real de generalización de la hidalguía, ya muy avanzado en el Medievo. Los Cuadernos de Hermandad de Vizcaya, las Encartaciones y Guipúzcoa, de la última década del siglo XIV, afirman que «en dicha tierra comúnmente todos son fijosdalgo e non auer tormento», y lo mismo se puede apreciar en la sentencia arbitral de 1401. La coronación del proceso tuvo lugar a comienzos del siglo XVII en las celebradas declaraciones de hidalguía general y de su validez en todos los reinos de la Monarquía.

Es innecesario recordar que la peculiar igualdad jurídica derivada de la hidalguía no implicaba igualdad económica, social y cultural. Dicho en otras palabras, existen las clases, existen obviamente los ricos y pobres. En momentos en los que la revuelta hace aflorar las contradicciones sociales —como en las Machinadas—, se muestra el descontento por el contraste entre igual status legal y desigual posición social. Pero no estamos ahora en tiempos en que las llamadas libertades formales son despreciadas.

No me resisto a consignar que la literatura castellana del siglo de oro registra la sorpresa de los coetáneos ante el alarde de hidalguía por parte de mozos de mulas o de quienes ejercían oficios que entonces se llamaban «mecánicos», o que la práctica de oficios manuales no impidiera a los naturales del país solicitar el goce de cargos, hábitos y encomiendas. Arguían vizcaínos y guipuzcoanos que su nobleza era innata y no adquirida. La vizcainía o la guipuzcoanía constituía un título de carácter superior y general que habilitaba para ejercer cualquier trabajo. De ahí que, a la inversa, para el avecindamiento en los territorios vascos se exigía la previa probanza de la condición nobiliaria del pretendiente con objeto de no alterar el principio de hidalguía universal de los habitantes.

En un contexto tal se explica la anécdota, repetida tantas veces, sobre un miembro de la familia nobiliaria francesa de Montmorency que alardea ante un campesino vasco de la antigüedad de su linaje nobiliario —«notre famille date du XII^{me} siècle»—, y que recibe del labrador la respuesta escueta —«et nous nous ne datons pas»—.

b) *Los derechos o garantías individuales*

De la generalización del estatuto de hidalguía deriva la extensión al conjunto de la población de una serie de derechos y de garantías individuales, que anticipan lo que por vía distinta conseguirán las declaraciones revolucionarias de derechos a finales del siglo XVIII. Ante la dificultad de citar los preceptos de cada uno de los territorios vamos a recordar la situación vizcaína, paradigmática en esta materia.

Trescientos años antes de la publicación del Habeas Corpus Act inglesa el Fuero Viejo vizcaíno formulaba solemnemente el principio de que nadie fuera preso «sin mandamiento de juez competente», o en el área de las garantías procesales establecía el *principio acusatorio*, tanto en el procedimiento civil como criminal, expresando una explicable desconfianza ante la administración pública. En Vizcaya existe el insólito «*llamamiento so el árbol de Guernica*»: el juez necesitaba fijar un edicto en Gernika y otro en la anteiglesia de residencia del convocado, emplazándole a comparecer en el término de 30 días; no podía decretar la prisión hasta pasado el plazo y comprobar que el acusado no prestaba las debidas fianzas de responder a Derecho. Se hallaba *prohibido el tormento*, en el curso del procedimiento, y la *prisión por deudas*, que subsistió en tantos países hasta el siglo XIX.

Por otra parte los textos consagran la *inviolabilidad de domicilio* y la *seguridad de la morada familiar*; de modo que nadie, ni aun un funcionario, puede entrar en ella para prender o ser hospedado en contra de la voluntad de su dueño.

Se ha considerado a Inglaterra como el hogar natural de las libertades concretas. Los grandes hitos legislativos del Reino Unido —Carta Magna de 1215, Petition of Rights de 1648 y Bill of Rights de 1688— se han convertido en referencias universales de la historia de la libertad humana. Muchos textos vascos, anteriores y más amplios que aquéllos, merecerían un lugar, todo lo modesto que se quiera, en un elenco universal.

Webster señaló el hecho notable que desde el Bajo Medievo, por la vía singular de la generalización de la hidalguía, se había conseguido la práctica igualación jurídica de los habitantes de Vizcaya, Guipúzcoa, Laburdi y de muchos valles pirenaicos y medios de Navarra y Alava. Por otra parte el estatuto municipal de las villas francas de Navarra también lograba el resultado de igualar a la población. Podemos decir, haciendo todas las reservas precisas, que Euskal Herria se había adelantado en varios siglos al igualitarismo jurídico preconizado por la Revolución francesa. Los liberales vascos fueron bien conscientes del hecho en el siglo pasado.

c) *Peculiar consideración de la familia y de la incardinación de sus miembros*

Las instituciones fundamentales del Derecho civil vascónico, en el ámbito familiar y sucesorio, están basadas en una peculiar concepción del grupo doméstico, concepción que sobrepasa los actuales límites de Euskal Herria para extenderse por el ámbito pirenaico, coincidiendo con el área antigua de vigencia de lenguas de tipo vasco. Advertimos aquí una correlación —señalada por Ourliac y Corominas— entre distintos elementos de una misma civilización.

El círculo doméstico se presenta entre nosotros como un grupo de consanguíneos fuertemente identificados con una casa y con un patrimonio, con una pretensión de continuidad, que puede llegar a ser multiseccular. El objetivo que persiguen las instituciones civiles es el mantenimiento de la unidad del patrimonio familiar, el evitar su fragmentación y división. Y el mecanismo básico utilizado es la transmisión de los bienes a un único heredero, que es instituido por los padres en testamento o en un contrato de matrimonio.

Por estar por completo fuera del campo de mi competencia, no voy a describir el elenco de instituciones familiares y sucesorias que dimanan de la costumbre vascónica (la troncalidad, las sucesiones, el testamento por comisario, la libertad de testar y las legítimas, la sucesión contractual, el régimen de bienes del matrimonio) que han sido descritas por Francisco Salinas Quijada para el caso de Navarra, por Adrián Celaya en lo que concierne al Derecho de Vizcaya, o Maite Lafourcade en cuanto al Derecho de Laburdi. Se trata de un subsistema que pone de relieve una gran originalidad respecto de las soluciones románicas.

d) *Participación en la vida pública*

El carácter nuclear del grupo doméstico en la sociedad tiene su expresión primera en la concepción de la vida pública. La familia o foguera constituye el fundamento del orden político desde la instancia más inmediata del barrio o cofradía, pasando por el municipio, el valle, comarca o merindad y alcanzando a la organización político-administrativa territorial.

d.1. En el ámbito municipal

Se puede rastrear la fuerza articuladora de la familia en el mismo barrio, y sobre todo en el municipio, donde la asamblea de los concejantes

constituye el órgano máximo de gobierno dotado de amplias competencias. Los núcleos pequeños de población a su vez participan en una instancia superior de distinto carácter según los territorios —merindad en Vizcaya, universidad en Guipúzcoa, universidad o valle en Navarra, amén de otras estructuras supramunicipales para el disfrute de variados patrimonios forestales y de pastos—.

Hay que poner el acento en la participación popular en la vida municipal, pese a la aristocratización de la función municipal que se produce a lo largo de la Edad Moderna en los grandes municipios y en algunos territorios por la introducción del sistema de millares. El municipio se concibe, como decíamos, como la suma de familias o fuegos representadas por el cabeza de familia. La asamblea es la primera y fundamental manifestación de la capacidad de autoorganización de la comunidad vecinal y dispone de autoridades delegadas que responden ante la misma. Las funciones del municipio foral van desde la impartición de la justicia civil y criminal en primera instancia, a un sistema de defensa basado en milicias concejiles comandadas por un cabo de elección local, a un régimen fiscal fundado en repartimientos foguerales de los gastos públicos. Cabe destacar un régimen singular de administración del patrimonio colectivo y de los bienes comunales, que utiliza reglas originales de Derecho, etc. La designación de los municipios como repúblicas ponía de relieve que existe una concepción de la cosa pública distinta a la de otros ámbitos.

d.2. En el ámbito territorial: Cortes y Juntas Generales y Diputaciones

Desde que se sustituye en el Bajo Medievo el sistema de asistencia universal por otro de participación indirecta, las *Juntas Generales* representan a los municipios del territorio. Las de Vizcaya y Alava (persisten estas últimas hasta la incorporación al realengo en 1332) datan como mínimo del siglo XI. En los tres territorios occidentales funcionan plenamente en el siglo XIV. Por representar a la comunidad participan en el acto paralelo de homenaje al Señor y de recepción del juramento de éste de guardar el ordenamiento jurídico de la tierra. Intervienen en el proceso legislativo y en la dirección suprema de la vida político-administrativa de cada una de las formaciones políticas.

Conviene cargar el acento en un rasgo inusual en los países del entorno, y aun en toda Europa. Me refiero a la *participación de la comunidad en la elaboración del Derecho*, tanto en su creación directa como en las tareas de recopilación o codificación del mismo. Ya hemos visto más arriba la implicación de la comunidad en la elaboración de las reglas de

Derecho de carácter consuetudinario. Hagamos ahora una breve alusión a las recopilaciones de la costumbre.

La comunidad de Ayala tuvo una participación activa en la definición de la costumbre en los siglos XIII y XIV. Lo mismo cabe decir de la Encartación y de Vizcaya: en lo que concierne, por ejemplo, al Fuero Viejo de Vizcaya de 1452 la Junta General designó a la Comisión redactora, aprobó el texto e incluso ordenó su entrada en vigor antes de que se produzca la ratificación de la recopilación por el rey. Idéntica intervención se aprecia en la confección del Fuero Nuevo de 1526. En Navarra la versión privada del Derecho consuetudinario realizada por un práctico fue asumida de hecho por las Cortes, que desempeñaron un papel destacado en los Amejoramientos posteriores o en la legislación del reino. Afirmaciones del mismo corte podríamos formular en cuanto a la elaboración de los Cuadernos guipuzcoanos o alaveses del siglo XIV o de las recopilaciones modernas.

Hay que aplicar un examen distinto, al menos desde el punto de vista formal, a las *Cortes navarras*, que por su composición estamental son homologables a las asambleas políticas de otros reinos peninsulares o europeos, si bien hay que destacar su especial vitalidad durante la Edad Moderna. El papel relevante que desempeñan las Cortes después de la incorporación a Castilla parece expresar la voluntad de afirmación de la personalidad institucional del reino, compensando los inconvenientes que pudo acarrear la pérdida de la dinastía propia.

La andadura de las *Diputaciones* da comienzo en el mismo siglo XVI. Emergen como órganos delegados de las Juntas Generales o de las Cortes, y pese a su carácter representativo de la comunidad, parece como si estuvieran empeñados en constituirse en el auténtico órgano ejecutivo del territorio, en competencia con el Virrey o con los corregidores. De hecho con el discurrir de la Edad Moderna ganan fuerza y creciente protagonismo que no concluirá ni con el final de la foralidad.

e) *La libertad de comercio*

Los manuales de Historia de las instituciones apenas prestan alguna atención a este rasgo decisivo de la foralidad vasca. Hasta el año 1841 los habitantes de las cuatro provincias adquirirían los bienes libremente, y en general, a precios mejores que los que regían en el resto de la Monarquía. Cabe pensar que la práctica de la libertad de comercio, ininterrumpida durante varios siglos, condicionó de alguna manera los hábitos mentales de nuestros antepasados que pudieron establecer un ligamen entre industria, comercio y bienestar. En lo que hoy se llama el hecho diferen-

cial pudo tener algo que ver una forma particular de encarar la actividad socioeconómica de la sociedad: aquí se llegó a dar una gran importancia al intercambio y a la circulación de bienes.

Hay que lamentar que la historiografía no haya concedido mayor importancia a la imbricación cierta que existe entre libertad de comercio y foralidad, y al papel que desempeñó la cuestión de las aduanas en la fase final del régimen privativo. El Gobierno Central supo jugar con acierto sus bazas en este sentido y logró dividir a la sociedad vasca en la cuestión de las ventajas e inconvenientes que tenía para unos y otros sectores de la sociedad la unidad del mercado estatal.

f) *Sistema militar propio*

Del entramado de la foralidad formaba parte el sistema militar propio. La defensa del territorio quedaba confiada a las milicias municipales comandadas por oficiales nombradas por la asamblea local, milicias que quedaban sujetas a la autoridad superior de la Diputación. Los territorios vascos estaban exentos en principio de la contribución de sangre al ejército real, aunque periódicamente y de manera formalmente voluntaria, se producen levadas de regimientos, vestidos y armados por las Diputaciones. Conviene por tanto tener en cuenta lo que suponían estas contribuciones voluntarias, y, en el caso de Gipuzkoa y de Navarra, los sacrificios que ocasionaba la defensa del sector de la frontera de la Monarquía más peligroso y vulnerable.

g) *Hacienda propia y exención impositiva*

El gasto público de los territorios forales se atiende con una hacienda propia, de estructura orgánica rudimentaria hasta el siglo XIX, que obtiene los recursos por la vía de los repartimientos por municipios.

Desde el Bajo Medievo un rosario de disposiciones reales va asentando una situación de exención impositiva respecto del sistema fiscal castellano. Las provincias pasan a ser conocidas como «exentas», en base a la exoneración de impuestos y de contribución de hombres al ejército real. Pero de la misma manera que hubo una contribución militar a título voluntario, las provincias atendieron reiteradamente al requerimiento de recursos hecho por los reyes, aun cuidando de señalar el carácter de «donativo» de las aportaciones dinerarias. Estamos todavía sin poder medir en términos comparados el alcance de la aportación de los territorios vascos en su conjunto (incluyendo también al reino navarro) a las cargas generales de la Monarquía.

h) *Justicia*

La especificidad del sistema de administración de justicia es otro de los grandes capítulos de la foralidad. La proximidad e inmediatez de la administración de justicia es un valor estimado por todos los pueblos. También entre nosotros y ya desde el Medievo los textos legales tratan de garantizar el principio. De ahí que la primera instancia correspondiera a los alcaldes de las villas, y la segunda al Corregidor. En el caso del Señorío los pleitos llegaban hasta la Sala de Vizcaya de la Chancillería de Valladolid, servida por un Juez Mayor. Ni que decir que la condición regnicola navarra se manifestaba especialmente en el campo de la justicia: el Consejo Real, que tenía su sede en Pamplona —constituyendo la excepción respecto de todos los demás Consejos de la Monarquía durante el Antiguo Régimen, que se hallaban ubicados en Madrid—, operaba como Tribunal Supremo del reino.

i) *Pase foral y derecho de sobrecarta*

Esta institución, en principio compartida con otros territorios del reino (recuérdese lo acordado por las Cortes de Briviesca en el siglo XIV), subsistió como una especialidad vasca a lo largo de la Edad Moderna y hasta la instauración incluso del régimen constitucional.

Constituía un mecanismo eficaz para preservar el ordenamiento propio. Las autoridades de los territorios vascos disponían de un recurso para evitar que las normas y disposiciones adoptadas por los órganos de la Monarquía contravinieran la foralidad establecida. Los estudios realizados por Gómez Rivero muestran que lo dispuesto en los Fueros al respecto no era letra muerta. Conviene repasar el alegato de Espartero cuando suprimió drásticamente el pase foral en 1841.

VI. La explicación y justificación del Derecho: el pensamiento foral

Explicar y justificar su singularidad es el problema que se plantea a todo régimen que quiere mantener su vigencia en un sistema general más amplio en el que encuentra integrado —y que presiona en el sentido de una igualación y homogeneización—. Aparece entonces la necesidad de instrumentar títulos jurídicos, que en el Antiguo Régimen normalmente debían ser de carácter histórico, para dar un fundamento y una legitimidad al régimen establecido. Hay que proteger el sistema y esa es la primordial razón de ser y la funcionalidad de la formación de una ideología política.

Realmente no era fácil explicar la existencia de un régimen político como el vasco occidental, que llega a presentarse en la Edad Moderna en términos de unión personal. La evolución institucional real, objetiva, de las distintas terras separadas en 1200 del Reino navarro fue sumamente original y hasta sorprendente y suponía un reto a la capacidad de inteligencia de cualquier observador. La situación de Guipúzcoa después de la conquista de Alfonso VIII, o la de Alava tras la incorporación al realengo en 1332, no era tan distinta a la que podían tener otros territorios del reino de Castilla dotados de fuerte personalidad institucional. También en la cornisa cantábrica o incluso en los grandes municipios del Valle del Duero se viven en el Bajo Medievo situaciones de especificidad normativa muy destacables. Hay que tener en cuenta que un rasgo del desarrollo estatal de Castilla y León es la temprana centralización y la abolición de los Derechos locales. El hecho es que en Alava, Guipúzcoa y Vizcaya se da un proceso exactamente inverso, que en las tierras occidentales desprendidas del reino navarro se desarrolla un fuerte particularismo institucional y procedimientos singulares de relacionarse con el rey y sus órganos.

¿Cómo explicaron el proceso los vascos de la Edad Moderna? Valiéndose de materiales historiográficos de distinta extracción y desigual valor, y de ideas vigentes en la época, elaboran una explicación bastante completa en cuanto a los orígenes y la naturaleza de la foralidad.

Con arreglo a la concepción establecida, los vascos —por la comprensión errónea de algunos datos históricos se van a considerar los descendientes directos de los cántabros— serían los primeros pobladores de su propia tierra. Al venir Túbal a España, inició la repoblación en los Pirineos occidentales y en las orillas del Cantábrico, convirtiéndolos en el solar de los vascos. Practicaba el patriarca una religión natural, compatible con el futuro cristianismo, y aportó la lengua que hoy se habla en el país, una de las 72 surgidas de la confusión babilónica.

Mientras las demás tierras hispánicas perdieron su condición originaria al ser ocupadas posteriormente por diversos pueblos orientales, latinos, árabes, etc., el solar vasco mantuvo su carácter inicial. Empleando una expresión muy querida por nuestros antecesores, mantuvo intacta siempre la «independencia originaria y constante», sin ser dominado u ocupado por pueblos extranjeros.

La ininterrumpida presencia de los vascos en su propio territorio y la independencia originaria y constante se halla en la base de algunos de los dogmas históricos y políticos más estimados por nuestros antepasados de la Edad Moderna, como son la hidalguía universal, la autoctonía del Derecho y el carácter pactado de su incorporación a Castilla.

La *condición general de hidalguía* está fundada en que toda la población deriva de lo que los autores foralistas vascos llaman los primeros españoles, y ya no simplemente de los godos —fuente, como se sabe, de una nobleza singular—. Un pasado tal generaba un título original y específico de nobleza, distinto a la nobleza de dignidad o a la modalidad de nobleza que requería pruebas de existencia. En la versión autóctona se era hidalgo porque se tenía la condición de natural de la tierra. «Vizcaginus originarius ergo fijodalgu»: lo único a probar era la vizcainía, o la guipuzcoanía.

La segunda consecuencia extraída de la independencia constante, del hecho de «no haber sido conquistados por nadie», es la de que el *Derecho ha emanado de la propia comunidad*. «Es notorio —dirá Martínez de Zaldibia en el siglo xvi— que sólo esta nación entre todas las provincias y reinos del mundo conserva sus leyes habidas en la ley de la naturaleza de antes que Nino, rey de Babilonia, adulterase la áurea edad». Existe la convicción de que el núcleo fundamental del Derecho propio fue elaborado a lo largo de un proceso milenario, cuando de nadie se dependía. El *Compendio guipuzcoano* del siglo xvii —y se podrían aportar decenas de opiniones en el mismo sentido— afirma que «estas leyes y ordenanzas no le fueron dadas por Rey ni soberano señor alguno, solo sí confirmadas por los señores reyes de Castilla».

La moraleja que se extrae de la incorporación voluntaria y pactada es que *los territorios vascos están en la Monarquía con reserva de su constitución foral*, que no puede ser alterada unilateralmente por el monarca. El pacto medieval de incorporación a Castilla se actualiza en cada una de las juras de los fueros que efectúan los reyes al acceder al trono. Por tanto, en absoluto sería legítima la modificación unilateral del sistema foral vasco. Añadamos que, en una formulación inusual, Larramendi llegó a justificar el recurso a la rebelión armada, entendida como guerra defensiva, para el caso de una modificación unilateral de los fueros que no se quisiera corregir.

Esta era, en apretado resumen, la doctrina tradicional sobre la naturaleza de los Fueros, doctrina repetida hasta la saciedad en las obras de los autores autóctonos, en los Memoriales y Representaciones de Juntas y Diputaciones. Sus temas y argumentos calaron profundamente en la mentalidad popular.

VII. Algo más sobre el pactismo político

Quizás merezca una ampliación el tema del pactismo, dado que se

trata de un planteamiento principal y práctico que tiñe la vida pública del país, singularmente en lo que concierne a la relación entre la comunidad y el rey.

El pactismo histórico supone que la vida política está dominada por una concurrencia de voluntades entre el rey y la comunidad, de modo que la comunidad limita el poder del monarca. Al constituir el fundamento último del régimen, el pacto histórico está presente en casi todos los campos de la vida pública. Desde la existencia de una representación permanente de la comunidad (Juntas o Cortes), al carácter de la normativa aprobada, a los derechos de los individuos y de la comunidad, al lugar que ocupan los funcionarios y a su responsabilidad o a los mecanismos de protección del administrado.

Como han dicho Ferro, Lalinde, García Gallo y otros, el pacto tiene un trasfondo conceptual singular que conviene desentrañar en sus argumentos principales.

Por un lado se parte de una peculiar concepción del Derecho, puesto que se le considera como el resultado del reconocimiento de distintos hechos sociales y económicos. Se trata de un *realismo jurídico* que se apoya en un *positivismo histórico*: una cosa, una norma, una institución es así o se realiza de tal manera, no por coherencia teórica con un principio, sino porque así se ha acordado expresa o tácitamente entre el que ejerce la potestad suprema y una persona, una corporación o toda la comunidad política. De ahí la invocación de acuerdos establecidos hace uno, dos, tres o más siglos.

Por otro lado se establece un lazo o ligamen entre el *principio de libertad* y el *poder absoluto del Derecho*. Se parte de una regla similar a la que prescribe el Derecho Común: «no hagas a otro lo que no quieras que se te haga». Y corresponde al Derecho delimitar las parcelas de acción lícitas, de ahí el concepto clásico de libertad definida como el poder hacer lo que el Derecho no prohíbe. La salvaguarda de la libertad exige el respeto al Derecho y el restablecimiento coercitivo del mismo en caso de violación: la libertad sólo es posible sometiénose al Imperio del Derecho (de donde deriva el principio del constitucionalismo anglosajón del Rule of Law, concepto fácticamente aplicado en los Derechos pirenaicos y singularmente en tierra vasca). Por tanto, el Derecho, y sobre todo el Pacto de Derecho, se convierten en el instrumento fundamental de la libertad concreta.

La dialéctica del pactismo político, cuyos protagonistas/antagonistas son el rey o señor y la comunidad política, tiene lugar en un contexto de

pacto como medio cualificado de enunciar el Derecho, y del *poder absoluto del Derecho* como fundamento del principio de libertad. El rey o señor se halla en la cabeza del cuerpo político y le corresponden dos funciones primordiales, el administrar justicia —comprendida con un sentido más amplio que el actual— y el proteger a la comunidad y a sus miembros. La comunidad aparece como la depositaria del Derecho establecido: por ello exige el respeto a las normas pacticias y dispone como mínimo de una capacidad colegisladora.

Señalemos que los vascos compartieron el sistema —y las explicaciones ideológicas inherentes al mismo— con catalanes y aragoneses. También en Inglaterra existe una tradición de este corte; sin embargo no llegó a cuajar en Castilla o Francia. En Euskal Herria la formulación de los planteamientos pactistas se inspira en la propia praxis histórica, y en concreto en las grandes disposiciones normativas de carácter convencional aparecidas en distintos momentos del Medievo y de la Edad Moderna. Los juristas y cronistas emplearán en sus construcciones estos materiales, actuando como agentes ideológicos de la comunidad: en general se esfuerzan por proyectar sobre un pasado lejano los orígenes del sistema elaborando auténticos mitos fundacionales.

La praxis pactista puesta en marcha en *Navarra* en el siglo XIII por nobles y burgueses tras el advenimiento de una monarquía extranjera coincide con las formulaciones más o menos fantásticas sobre su fundamentación histórica. El redactor del Prólogo del Fuero General de Navarra, que realiza la obra en la segunda mitad de esta centuria, relata las consecuencias de la invasión musulmana y la reunión de 300 caballeros en los valles de Ainsa y Sobrarbe. Los reunidos tienen problemas sobre la manera de proceder y resuelven consultar al Papa, a los franceses y a los lombardos, en su condición de concededores del «Derecho». Reciben de todos ellos el consejo de que elijan rey, pero sólo después de haber redactado por escrito sus leyes, que efectivamente recogerían en el mítico Fuero de Sobrarbe. Dos siglos más tarde el Príncipe de Viana repite la explicación y supone que el contenido del Pacto corresponde a los preceptos preliminares del Fuero General: es decir, que el rey mejorará y no empeorará los Fueros, distribuirá las adquisiciones y el patrimonio entre naturales, etc. El pactismo había alcanzado rango de principio constitucional de la Monarquía navarra. En una asamblea política del siglo XIV se declara que «nos ayudemos todos para que quien obiere de regnar en el dicho regno nos jure según Fuero, uso e costumbre del regno de Navarra».

La explicación sobre las cuatro capitulaciones que componían el pac-

to fundacional del *Señorío de Vizcaya* estaba formada ya en el Medievo. Los vizcaínos habrían pactado con Jaun Zuria la elegibilidad de los señores y la previa jura de los Fueros para ser aceptados como Señores de Vizcaya. Por otra parte era exigido «el consentimiento de todos los vizcaínos convocados en Junta General» para proceder a la fundación de villazgos. Y por último, el Señor de Vizcaya no podía exigir imposiciones a los vizcaínos.

En *Guipúzcoa* y *Alava*, territorios provistos en el Bajo Medievo de una personalidad política menor, se limitaron a desarrollar la tesis de la incorporación pactada a Castilla, con el respeto a un régimen privativo que procedería de la etapa de la independencia originaria.

La concepción pactista vasca y de los demás territorios pirenaicos chocó frontalmente con las concepciones imperantes en la Monarquía española —y en general en Europa— a partir del Concilio de Trento y de las guerras religiosas de los siglos xvii y xviii. En el continente se buscan otros principios de legitimación de la sociedad civil, al objeto de impedir que el hombre continuara siendo lobo para el hombre. El principio de legitimación se encuentra en la sumisión a la voluntad de un Príncipe, voluntad humana y terrestre, suprema y axiomáticamente indiscutible, no sujeta a las leyes y responsable únicamente ante Dios. Se trataba del absolutismo regio que hizo desaparecer los regímenes propios de los reinos de la Corona de Aragón a comienzos del siglo xviii y que inició la erosión de las instituciones vascas.

Subrayemos para concluir que el sistema pactista llamó la atención de los autores europeos: el mismo Jean Bodin se sintió obligado a dedicar muchas páginas de los Seis Libros de la República a descalificar las tesis defendidas por juristas de los territorios pirenaicos.

VIII. Declive del Derecho vasco

Estamos viendo que un notable rasgo a destacar en nuestro Derecho histórico es el de la permanencia, que supone incluso que algunas áreas —por ejemplo, en materia de Derecho Civil— han sobrevivido hasta nuestros días. La permanencia contrasta, como ya hemos insinuado, con lo que ocurre en Valencia, que pierde en 1707 todo su Derecho, o con Aragón y Cataluña que también se ven privados durante la Guerra de Sucesión de su Derecho público; aun cuando se toleró la subsistencia del Derecho privado de ambas formaciones políticas, éste quedó fosilizado al cegarse las fuentes que hubieran permitido su renovación.

Lo dicho anteriormente supone que desde 1715 los cuatro territorios de la Euskal Herria peninsular han constituido una excepción dentro de la Monarquía, que en términos modernos podemos llamar constitucional. De alguna manera las provincias exentas se transformaron en un «problema de Estado» que los Borbones absolutos primero y el Estado constitucional después quisieron resolver extendiendo al país el Derecho general de la Monarquía.

Dos han sido los caminos seguidos por las autoridades centrales desde finales del siglo XVIII para conseguir el gran objetivo de la abolición de los últimos regímenes forales.

Por un lado se procede a desarrollar una operación de envergadura de tipo ideológico, utilizando para ello a historiadores profesionales de gran relieve (Martínez Marina, Llorente, González Arnao, Traggia...). Se trataba de mostrar, según la expresión posterior de Cánovas, que los vascos «jamás habían sido independientes, ni estaban por tanto unidos, según decían, con voluntarios pactos a la Corona». Por otra parte el Consejo de Castilla inició en 1807 una investigación porque «el real ánimo está enterado por lo que últimamente se ha escrito acerca de la materia, que semejantes Fueros o no han existido o no son de la calidad que quieren sus habitantes».

Por otra parte se somete la foralidad o algunas de sus instituciones fundamentales, a partir de la implantación del régimen constitucional, a períodos de supresión o de suspensión. Se juega hábilmente con el tema de la libertad de comercio aplicando medidas restrictivas que tenían el efecto de dividir a la sociedad vasca al hacer alumbrar en su interior intereses contrapuestos. El esfuerzo por centralizar y unificar el Estado se vio favorecido por los nuevos principios constitucionales del Estado liberal: la soberanía popular atribuida a la nación, entendida como un abstracto pueblo español en cuya definición no se tienen en cuenta las comunidades culturales o históricas, la exigencia de un solo poder ejecutivo, legislativo y judicial, una sola Constitución, unos Códigos iguales para toda la Monarquía, un solo aparato estatal...

Simplificando todo lo que se puede simplificar digamos que en la sociedad vasca emergen tres posturas en lo que concierne al modo de concebir la relación entre el régimen propio y el nuevo Estado liberal.

Destaca en primer lugar la postura tajante de los liberales radicales de 1836 o 1840, ciertamente minoritarios —salvo en algunos núcleos importantes de población, como San Sebastián—, pero influyentes cuando se da una coyuntura política propicia en el Estado. Para ellos los nuevos

principios constitucionales se deben aplicar en el país de manera inmediata y radical, lo que supone la supresión pura y simple de la foralidad.

En el lado opuesto se hallan la gran mayoría de los fueristas vascos, aferrados a la doctrina tradicional de que desde Madrid no se pueden modificar unilateralmente las instituciones vascas, sin pactar la reforma con las autoridades del país. Es la postura que prevalece en las Juntas Generales.

En el centro se encuentran los liberales moderados fueristas, que de hecho gobernaron el país entre 1844 y 1876. Entienden que tras la Ley de 25 de octubre de 1839 es posible negociar con el Gobierno Central una reforma de los Fueros vascos que salve algunas instituciones importantes. Para ellos cabía crear un modo de relación particular de los vascos con el Estado, aceptando la Monarquía, las Cortes, el poder judicial, la unidad del mercado y algunos otros elementos comunes. Para los liberales moderados la creación de un régimen político-administrativo específico para los territorios vascos no estaba necesariamente reñida con la unidad constitucional del Estado.

La relación de fuerzas parecía aconsejar una solución de este tipo, pero en el País Vasco Occidental defraudó profundamente el resultado de la negociación que siguieron los navarros en 1841, que se interpretó como una nivelación pura y simple con las demás provincias de la Monarquía. Por otra parte los partidarios de esta tercera postura controlaban las Diputaciones pero no las Juntas Generales donde se imponía en los momentos decisivos el radicalismo foral.

Fue la primera postura, la abolicionista, la que impuso Cánovas en 1876, tras el resultado de la última guerra carlista, con el país ocupado por el ejército y suspendidas las garantías constitucionales. El régimen sustitutorio facilitado por Cánovas, el de Concierdos Económicos, asimilaba de hecho la situación institucional de Navarra y el País Vasco Occidental. Pero la cuestión de la aparición y desarrollo del régimen concertista, o la preservación del Derecho civil foral forman parte de otro contexto que requeriría una explicación distinta.

