

JURISPRUDENCIA CONTEMPORANEA PARA CATALUÑA

Considerando que con posterioridad a la sentencia (del Tribunal Supremo) de 31 de marzo de 1892, en que se declaró que no era aplicable a Navarra la institución del Consejo de familia, se publicó la indicada Circular (de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1893) y se dictaron la Sentencia (de dicho Tribunal) de 12 de junio de 1894 y la Resolución (de esta Dirección General) de 24 de febrero del corriente año, en que se establece la doctrina de que rigen en Cataluña los títulos IX y X del libro 1º del Código

Dirección General de los Registros
y del Notariado, de 24 de marzo de 1896

En la localidad de Tossa de Mar vienen celebrándose desde 1980, con una periodicidad bianual, las *Jornades de Dret Català*, promovidas y organizadas en la vertiente que se dice científica por la *Càtedra Duran i Bas* de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona. Como no pudiera dejar de ocurrir para un derecho de tracto no totalmente interrumpido, resultan de interés no sólo para el jurista positivo, sino también para el historiador jurista. Respecto a la penúltima edición, la de 1988, puede ser esto particularmente cierto, puesto que se ha dedicado a un entrañable cumpleaños: *Cent anys de Codi Civil des de Catalunya*. Las actas ya se encuentran publicadas: *Materials: V Jornades de Dret Català a Tossa*, Barcelona (Promociones Publicaciones Universitarias), 1990, 746 páginas numeradas, un buen volumen. No sólo por agradecimiento, pues he sido huésped en otras jornadas y no pude atender la invitación a éstas, sino también por la clase de interés que hemos dicho científico, quiero reseñarlo.

Contiene este volumen cerca de treinta trabajos, pero no voy a comentarlos todos. Aplico una selección que resulta drástica y que tampoco responde al criterio exclusivo del interés histórico,

de su forma particular de presunción científica añadida en el caso a la jurídica. Seguirían siendo bastantes capítulos, más de uno también editado, con ocasión de idéntica efemérides, por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces) 1990. Formulada la reserva, de justicia para los autores y de advertencia para los lectores, reparo ahora tan sólo en un par de estudios, el de Pedro del Pozo, *L'aplicació del Dret civil català a l'Audiència de Barcelona a la segona meitat del segle XIX* (págs. 1-45), y el de Encarna Roca, *L'aplicació judicial del Dret català (període 1890-1960)* (págs. 95-159). Me interesan por lo que tienen en común y de nuevo: historia judicial no orgánica, sino sustantiva, historia esto es del derecho, no que hace a los jueces, sino que los jueces hacen.

El trabajo de Pedro del Pozo se presenta como inscrito «dins de la línia d'investigació que sobre el tema genèric de la justícia espanyola al segle XIX ha iniciat l'autor, juntament amb el doctor J. M. Scholz, del *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* del Frankfurt, i el doctor Antonio Serrano González, professor de Filosofia del Dret de la Universitat de Zaragoza» y ahora de Historia del Derecho de la Autónoma de Barcelona; Pedro del Pozo es profesor de Derecho Civil en la Central. Efectivamente, se ha puesto en movimiento una investigación sobre la historia judicial española contemporánea desde la base de operaciones del mencionado Instituto y por mérito de Johannes Michael Scholz («Projekt: Spanische Justiz im 19. Jahrhundert», en *Ius Commune*, 15, 1988, págs. 209-229), a cuyo impulso también ha contribuido Antonio Serrano («Paradoxe Justiz als Thema: Zu Diskussion und Forschungsstand in Spanien», en dicha misma revista del Instituto dicho, 16, 1989, págs. 314-337). En las Jornadas de Tossa así tenemos un fruto temprano de la iniciativa europea para la historia catalana.

Del Pozo comienza caracterizando a la judicatura como un cuerpo más bien extraño, por su composición personal, en la sociedad catalana del XIX. Es «el problema del *jutge de fora*», una de las dificultades entonces de la aplicación del derecho catalán. Se une a las de fondo, originadas por la indeterminación de fuentes, particularmente unas supletorias de capacidad integradora. Son problemas que mal pueden superarse cuando, como práctica política primero y por determinación normativa tras la Ley Orgánica de 1870, el personal no puede ni siquiera aclimatarse. Una estadística de acceso y permanencia de los magistrados de la Audiencia de Barcelona durante la segunda mitad del siglo confirma la previsión. No hay ni se permite una magistratura, si no de formación, al menos de adaptación a un derecho catalán.

El trabajo va a la comprobación del uso efectivo del derecho

catalán en dicha Audiencia durante este tiempo, entre 1856-1890 más en concreto. La fecha de partida se determina por la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, conforme a la cual debieron comenzar las sentencias civiles a motivarse con suficiencia. Se ofrece aquí noticia del registro y la conservación en el Archivo de la Corona de Aragón de esta jurisprudencia sobre la que se plantea y efectúa la estadística. El objetivo es de constatación y conocimiento del derecho efectivamente aplicado, de un derecho respecto a cuya práctica hasta ahora hemos debido sustancialmente fiarnos del testimonio de unos autores, de Vives i Cebrià a Brocá, pasando por Duran i Bas, lo cual para Del Pozo significa por lo llano que «desconixem totalment l'àmbit de l'aplicació pràctica d'aquest Dret», el catalán contemporáneo.

Comenzaría así a remediarse con el estudio, no de un caso, sino de toda una actividad. La informática ayuda a la estadística. Para su procesamiento deben formalizarse los datos, lo que obliga a batirse con un material insuficientemente homogéneo; en unos primeros años opera todavía la inercia de una práctica que se resiste a la motivación suficiente de las sentencias; durante unas décadas, el estilo judicial no deja ulteriormente de evolucionar, pero sin llegar tampoco a ofrecer una información satisfactoria respecto al mismo derecho que atiende, resultando siempre particularmente avaro en cuanto a la noticia de la instancia inferior, de su práctica primaria de identificación, aplicación, interpretación e integración de unas fuentes. La explicación del método también ayuda para el caso a la comprensión de virtualidades y limitaciones del propio trabajo.

El derecho catalán se aplica durante dichos años en un porcentaje de sentencias que se mueve bajo la mitad con tendencia final a situarse por esta media. Del Pozo sugiere que la proximidad del Código Civil y la aceptación teórica del sistema de apéndices constituyen «la circumstància que afavoreix, perque la preveu, aquesta més gran aplicació del Dret civil català». Pararse en 1890 no permite acreditar la hipótesis. Presupone además una sensibilización judicial final que, por los supuestos de partida, también constituye incógnita. Otras cosas se detectan. Resulta por lo visto superior la aplicación de derecho catalán en los asuntos procedentes de fuera de Barcelona que en los de la ciudad. Respecto a materias, la palma se la lleva el derecho sucesorio. «Es pot docs dir que el Dret de Successions, incloent-hi moltes qüestions de Dret de Família, constitueix el tema típic del Dret Català del segle XIX», su entidad así.

Encarna Roca, por su parte, no estudia todo el período que va de 1890 a 1960, pero se concentra en dos tiempos significativos: 1890-1904, como el consecuente al Código español, y 1940-1960, como el precedente a la Compilación catalana. Su jurisprudencia

dencia es la del Tribunal Supremo, la propiamente entre nosotros dicha. Se trata de la presencia del derecho catalán en esta instancia última, de su efectiva aplicación por este poder jurisdiccional superior durante los años indicados. Aparte el propio factor del tiempo, las evidencias no siempre resultan coincidentes con las del capítulo anterior. No será cuestión de método, en sustancia el mismo. Y en lo que interesa intrínsecamente al derecho la mira se amplía y la observación se esmera.

He aquí cuestiones y conclusiones de Encarna Roca en lo que toca al período inmediato, el de 1890-1904. El porcentaje superior de población afectada por litigios de derecho catalán corresponde a personas sin cualificación profesional, primordialmente propietarios o rentistas. Pero también ahora se constata que esta litigiosidad es predominantemente urbana, siendo altísima la incidencia en la ciudad de Barcelona, lo que claramente difiere del panorama anterior. Respecto a la aplicación relativa del derecho catalán, lo que se comprueba es el mantenimiento en su terreno con su propio derecho supletorio y una notable contención del Código Civil. Dato también más concordante con el otro estudio se encuentra en el apartado de materia, apreciándose igualmente el peso más diferenciador del derecho sucesorio. Aunque en este capítulo no faltan indicios de signo un tanto diverso, como el de la práctica efectiva en el terreno más general de obligaciones y contratos de alguna peculiaridad que, como la rescisión por lesión, pudiera sospecharse ya obsoleta. En fin, el derecho catalán resiste bien, pero interesando al parecer poco a una clase de empresarios y tampoco mucho a unos sectores rurales.

Encarna Roca sabe que sus resultados chocan con unas ideas formadas en los mismos ámbitos catalanes y generalmente aceptadas; reconoce que su estadística «posa de relleu un greu desfasament dels autors catalans amb la realitat que ells mateixos explicaven» en posición entonces «claramente defensiva, lligada a les reivindicacions catalanes del XIX, que coincideixen duran l'època de la Codificació». No quiere extenderse en esto. Se refiere obviamente a autores como aquellos de los que ya se nos decía que dependían nuestros conocimientos del derecho catalán antes de que se emprendiesen estos trabajos más empíricos. Por las mismas circunstancias que sufrían, dichos juristas de Cataluña nos transmitieron la imagen de un derecho propio sitiado, agredido y lesionado que, según Roca, no se compadece con la práctica documentable.

Pero la empiria también tiene sus limitaciones, en el caso por las fuentes. Si el conocimiento que podía rendir la actividad de un Tribunal de Barcelona era limitado, más lo será el de uno de Madrid por muy Supremo que en verdad se predicara y fuera. La propia Encarna Roca tiene realizada la advertencia. Su trabajo

de Tossa no es el primero del género, ya cultivado de hecho en Cataluña con independencia del *Projekt* susodicho. No deja de hacerse referencia a algún otro anterior, cuyos resultados se hicieron públicos con ocasión de otro cumpleaños, éste de 1985: *Símposi: Dret Civil de Catalunya. XXV Anys de la Compilació*, Barcelona (Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia) 1989. Aquí (págs. 197-251) figura un *Estudi de les sentències dictades per l'Audiència Territorial de Barcelona en matèries de Dret Civil Català (1961-1985)*, dirigido por Encarna Roca. También aquí (págs. 151-154) hay una presentación suya especialmente avisada.

He aquí palabras entonces de Roca: «Perqué hem de tenir en compte que no només caldria analitzar les sentències dictades en altres instàncies jurisdiccionals. Per exemple, s'ha de pensar en la gran quantitat de sentències dictades per tribunals de Primera Instància que no son apel·lades i que es difícilíssim d'obtenir, i també caldria fer un estudi de la aplicació extrajudicial del Dret Civil de Catalunya» como particularmente la notarial. El reconocimiento afecta a las conclusiones, así sólo provisionales. Queda el problema de si, con los medios actuales informáticos, pero con las dificultades persistentes de información a este nivel, cabe un tratamiento estadístico de dicha actividad más primaria y significativa de carácter judicial. Esto es lo que ahora nos ocupa; por el terreno notarial se ha insinuado el mismo Johannes Michael Scholz, «El notariado catalán y la transformación del campo jurídico en el siglo XIX», en Carlos Petit (ed.), *Derecho privado y Revolución burguesa*, Madrid (Marcial Pons), 1990, págs. 209-270, que fueron también jornadas catalanas.

Las intervenciones de Encarna Roca se efectúan sobre la base de unas disponibilidades que no siempre se señalan al darse por conocidas para el público interesado. Pero tampoco veo que se especifiquen cuando los resultados se presentan ante una audiencia menos adepta: E. Roca, «El Código Civil, derecho supletorio», en B. Clavero, Paolo Grossi y Francisco Tomás y Valiente (eds.), *Hispania: Entre Derechos propios y Derechos Nacionales* Milán (Giuffrè, Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno), 1990, II, págs. 535-572. Me refiero a los trabajos de colección jurisprudencial de la *Revista Jurídica de Catalunya* y de la *Càtedra Duran i Bas*. Conviene, no sólo por justicia, sino también por propaganda, la noticia.

Estamos, en efecto, ante una *línea d'investigació* que no se debe en todo a Alemania. Ya anidaba en Cataluña, por lo que no ha de resultar extraño que sea aquí donde se produzca alguna cosecha temprana. Las mismas necesidades positivas del derecho catalán, de un derecho con entidad propia y sin medios propios durante la mayor parte de la edad contemporánea, han llevado a

que en su interés se cuide el registro y el análisis de la jurisprudencia que le afecta. Esto es lo que ahora nos importa, sin entrar en otros particulares ni problemas de *Cataluña en España* ni en Europa.

Tampoco el ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, esta revista especializada, ha estado muy atento a una labor desarrollada en medios catalanes y por juristas positivos. Ni han cultivado en general sus páginas la historia que aquí interesa. Si en los *Indices* cuidadosamente confeccionados por Ana M.^a Barrero hasta 1981, en el tomo 51 bis, acudimos al de materias, encontramos capítulo de Cataluña, apartado de fuentes y entrada de edad contemporánea, pero nada sobre los trabajos que ahora detallaremos; bajo el epígrafe de *Administración de Justicia*, ninguna remisión además conduce a página alguna que se asome cuando menos al siglo XIX. El índice es un acta particularmente fidedigna. Debe defraudar si no puede satisfacer. Este cumple su función.

Ni avanzamos luego mucho. Todavía el libro de Luis Moreno, *Los orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1989, puede servir de introducción a la vertiente orgánica, lo que difícilmente cabe decir del título bien abusivo de Javier Paredes, *La organización de la justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial, 1834-1870*, Madrid (Asociación Profesional de la Magistratura), 1991, erráticos apuntes de historia política y de política a secas más irregular acarreo de disposiciones indigeridas que constituyen el grueso. Con razón Marta Lorente, recensionando el primero en el *Anuario* de 1989, comienza con el acuse de «la abandonada historia del aparato de justicia en tiempos de Constitución». Y más aún lo está la de su función y actividad, el aspecto sustantivo. Son al propósito también expresivas las páginas de historia contemporánea de Jesús Vallejo en la citada *Hispania*, capítulo de derecho procesal. Ambos no dejan de recordar la reciente síntesis sobre «La Justicia», de Benjamín González Alonso, en la *Enciclopedia de Historia de España*, Madrid (Alianza Editorial), 1988, dirigida por Miguel Artola. Tampoco llega a la información que sigue, a lo que íbamos.

A lo que vamos. Desde 1895, desde su primer número, la *Revista Jurídica de Catalunya*, entonces como durante la mayor parte de su vida obligadamente *de Cataluña*, se propuso prestar atención a la jurisprudencia con el entendimiento además más lato de este género de actividad ya que se trataba de conocer todo aquello que pudiera llegar a interesar al propio derecho. Una *Sección de Jurisprudencia* se abría con registro, regesta y reproducción parcial de fundamentos, de todo aquello, en efecto, que, aun de forma no privativa, jurisprudencialmente le importara. Estaba ante todo la *Jurisprudencia Civil* y la *Jurisprudencia Penal*

del Tribunal Supremo, pero estaban también otras jurisprudencias de interés no inferior porque algunas ni siquiera fuesen de carácter propiamente judicial: *Jurisprudencia canónica, Jurisprudencia hipotecaria y notarial, Jurisprudencia contencioso-administrativa, Jurisprudencia administrativa, Jurisprudencia de los Tribunales del Territorio...* Cataluña comenzaba por no poder permitirse el lujo de considerar jurisprudencia tan sólo la del Tribunal Supremo. Mucho más podía afectarle.

A lo que ahora nos importa, conviene recordar que por dichas alturas de finales de siglo una tarea de publicidad jurisprudencial como ésta no sólo no se planteaba en ningún otro ámbito territorial de España, sino ni siquiera en ella, a su nivel central. Sólo para la jurisprudencia del Tribunal Supremo y para alguna parte de la contencioso-administrativa, administrativa y registral del esta procedencia central podía contarse con su publicación previa; ya veíamos que Pedro del Pozo tiene que ir todavía al Archivo de la Corona de Aragón por sentencias de instancia media y que Encarna Roca encontraba justamente *dificilísim* el conocimiento de las de primera. Y no sólo se trataba de sentencias. También debían incluirse resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Gracia y Justicia o incluso de secciones equivalentes de otros ministerios como, hasta 1899, el de Ultramar. O no solamente era cuestión de instituciones centrales; de otro extremo también entraban, como administrativos y canónicos, asuntos municipales y parroquiales. Tan amplio era el concepto que había de tenerse de la jurisprudencia, de una actividad no directamente normativa, pero que interesaba a la subsistencia e inteligencia del propio derecho.

La *Revista Jurídica de Catalunya* no supo responder en esta parte siempre a las expectativas de unos comienzos. Pierde la amplia concepción de su objeto. Pero la sección se mantiene. En los tiempos más recientes incluso se incrementa, precisando a veces de fascículo independiente. Esto se normaliza a partir de 1971, con un desdoblamiento de los números de la revista entre los de *Doctrina* y los de *Jurisprudencia*. Para ésta nunca se vuelve a su concepto dilatado, ya olvidado. Una presentación de esta *Nueva etapa* en el primer número de la serie jurisprudencial no hace justicia al pasado, pero expone un objetivo de presente: «Acoger no sólo la jurisprudencia civil de la Audiencia Territorial de Cataluña como hasta ahora, lo que era lógico en una revista especializada en Derecho Civil, sino también la jurisprudencia y sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de nuestra Audiencia, las mejores sentencias que, en lo penal, dicta la Audiencia Provincial de Barcelona y las que, sobre material laboral, dictan las Magistraturas del Trabajo de Barcelona». Las sen-

tencias del Tribunal Supremo se publican comentadas en la serie doctrinal.

A la altura de dicho acontecimiento, otra iniciativa en parte complementaria y en parte paralela ya estaba también en marcha. Acababa de hacer aparición una nueva colección: Lluís Puig i Ferriol, con la colaboración de Encarna Roca, *El Derecho Civil Catalán en la Jurisprudencia*, tomo V, años 1939-1967, Barcelona (Cátedra *Duran i Bas*), 1970, prólogo de mera presentación de Francisco Fernández de Villavicencio, director entonces de dicha cátedra de derecho catalán que era de reciente creación y había estado en sus primeros años regida por Josep M.^a Font i Rius. Por jurisprudencia se entiende la del Tribunal Supremo, reproduciéndose la que afecta al derecho civil de Cataluña conforme al índice de materias de la propia compilación. El programa se anuncia en este volumen quinto: los tres primeros, respectivamente, cubrirán los períodos 1860-1889, 1890-1919 y 1920-1936; el cuarto será distinto, pues habrá de ocuparse de la jurisprudencia del *Tribunal de Cassació* de Cataluña durante los años de la autonomía republicana; al quinto, por otra parte, seguirán volúmenes anuales a ritmo de actualidad, reuniendo éstos durante unos años los comentarios de jurisprudencia que aparecían en la *Revista Jurídica de Catalunya*, en la serie doctrinal.

La vertiente más histórica del programa viene cumpliéndose. Al cuidado de los mismos Puig i Ferriol y Roca, elevada ésta de colaboradora a coeditora, aparecen en 1971 el tomo III, años 1920-1936, y en 1974 un volumen I del tomo II, años 1890-1904. En 1977, al cuidado solamente de Encarna Roca, se publica el tomo IV, el de jurisprudencia de casación catalana, *El Dret Civil Català en la Jurisprudència*, años 1934-1937, prólogo de Josep Andreu i Abelló; este tomo tiene un segundo volumen, que aparece en 1980, dedicado a la jurisprudencia matrimonial catalana, la correspondiente sustancialmente a la *lleí de divorci* de 1932, a cargo y estudio de Eduard Bajet i Rojo y prólogo de Víctor Reina. Aparte algún paréntesis, la parte más atrasada es la del XIX, la previa al Código.

Recibe ahora un impulso. Acaba de publicarse un primer volumen del tomo primero, cuidado por Pedro del Pozo, el mismo estudioso de las *Jornades* de Tossa y del *Projekt* de Frankfurt, y por Josep Ferrer i Riba, *El Derecho Civil Catalán en la Jurisprudencia*, I-I, años 1845-1874, Barcelona (Cátedra *Duran i Bas*), 1990. No llega todavía a 1889, pero comienza antes de la fecha prevista de 1860. Se tiene la idea de empezar desde los propios comienzos de la actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo, pero fuentes obligan y la primera sentencia que se encuentra de aplicación de derecho catalán, o de sus supletorios, data de 21 de mayo de 1845, cuya misma resolución justamente

constituye el punto de llegada del capítulo catalán de Josep M.^a Gay en la *Hispania* citada. Aquí termina una prehistoria y comienza una historia.

Fuente aquí constituye, no el fondo de archivo, sino la publicación de época, como parte de la *Colección Legislativa* que acabará siendo, de la *Jurisprudencia Civil*, entendiéndose categóricamente la del Tribunal Supremo. Era el indicio de un valor no menos normativo por no reconocido en forma directa y que aquí interesa por lo que atañe al derecho de Cataluña. Esta entrega, a mi entender, presenta una utilidad hipotecada. La selección sigue siendo concienzuda y la edición cuidadosa. Es el índice lo problemático. Era el propio de la colección, sustancialmente el de la compilación, conforme a intereses prácticos no del historiador, sino del jurista, operándose sobre el supuesto de la continuidad del derecho propio. Si ya es forzado para todo el tiempo anterior a 1960, más lo resulta para dicha época sin Código Civil ni aun siquiera. Una introducción justificativa explica que sigue tratándose de la jurisprudencia que interese al *Derecho civil catalán actual*, con lo que queda excluida la misma posibilidad de delimitación histórica contemporánea de este derecho, de sus variables. Se hace indicación de sentencias que, aun aplicándolo, no encuentran entrada ni tienen cabida. No se recogen. La actualidad también obliga.

En conjunto resultan los materiales sobre los que han podido hacerse unos estudios sustantivos, como los de la propia Encarna Roca. Entre la colecta de fuentes y la realización de trabajos, los objetivos se han elevado, pero esto no basta para liberarse de un lastre y superar unas limitaciones de base. Están reconocidas. Lo que conviene es no olvidarlas en el momento de las conclusiones. Ni se está considerando la práctica efectiva del derecho catalán, sino tan sólo una parte y quizá no la más significativa de su aplicación judicial, ni se está operando desde un principio con los intereses exclusivamente cognoscitivos que parecen presumir unos resultados, aquellos referentes tanto a la dimensión sociológica como al valor relativo del derecho catalán en sí mismo y en relación al sistema español de la codificación.

Roca viene insistiendo en la idea de que la doctrina catalana de la edad contemporánea nos ha legado «una interpretación no contrastada con la realidad» respecto a la entidad y posición del propio derecho catalán; véase en contribuciones recientes suyas, como la de *Hispania* y la del *Centenario*. Por realidad entiende la jurisprudencia y, a los efectos de su trabajo, no cualquiera, sino la del Tribunal Supremo. Es el sentido de la expresión, sin necesidad ni siquiera de explicación, en el título castellano de la colección: *El Derecho Civil Catalán en la Jurisprudencia*. Era la acepción estricta y rigurosa para el jurista positivo cuando la

empresa se inició. No lo es ni antes ni después. ¿No tendríamos que recuperar la noción más dilatada y realista de jurisprudencia para el propio planteamiento de la investigación?

La misma identificación positiva, como efectiva fuente del derecho, entre jurisprudencia en general y la del Tribunal Supremo en particular, no deja de resultar problemática para la propia fase de su validez más incontrastada. El presunto monopolio jurisprudencial de dicho tribunal no constituye ni siquiera un efecto automático y pacífico de una competencia casatoria consiguiente a la reducción del derecho a ley; lo es de una práctica determinada de la casación sin efecto de reposición y con resultado de doctrina dicha legal, equivalente a ley, en una situación persistente de insustancialidad constitucional e indeterminación civil, neutralizada como derecho sustantivo la Constitución y suspendida o incluso eliminada como proyecto conexo la codificación. Pero con la concentración incontrolada de poderes normativos que así se facilitaba, su misma exclusiva distaba de serlo. En las circunstancias resultantes, experimentándolas más también que explicándolas, pudo hacerse la *Revista Jurídica de Catalunya* una idea tan lata de jurisprudencia. Y hay más. La propia revista podría sumarse entonces a la categoría.

Si no es jurisprudencia tan sólo la del Tribunal Supremo o tampoco solamente siquiera toda la judicial ni alguna otra funcional, podría serlo, actividad así efectivamente normativa, la misma doctrina catalana, y sería una jurisprudencia esencial dado el grado de indeterminación del propio derecho por la deficiencia de ley y justicia, la carencia de estas capacidades, tras la solución de continuidad de la revolución constitucional, verdadera nueva planta. ¿Se va a despachar a esta doctrina como conciencia falsa y conocimiento errado? Error y falsedad sería entonces, sin más, el derecho catalán. Recreándolo, una doctrina contemporáneamente lo ha creado. No hay otra fuente propia de tal capacidad durante la mayor parte de esta época. Es, a mi entender, la *formación doctrinal contemporánea del derecho catalán*. No era cuestión intelectual, sino preceptiva; no debe ser problema de error, sino de eficacia. Sólo cambia las cosas la autonomía constitucional, nueva solución de continuidad.

La cuestión es desde luego general. En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 todavía la *doctrina legal*, equiparada a ley, es «doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales», interpretación de juristas que resulta objeto de admisión, más que de producción propia, por la justicia en plural, tampoco se dice si sólo central. De 1878, de 28 de enero y de 9 de febrero, son sentencias del Tribunal Supremo rechazando expresamente dicho entendimiento, debiendo todavía hacerlo; en 1881, la siguiente ley procesal civil ya no define el sintagma, dando la definición

judicial por supuesta; y aún tras ella, tampoco faltarán todavía sentencias que hayan de abundar en el rechazo y en el concepto, en esta autoreserva de jurisprudencia.

Y la jurisprudencia es norma. Como la ley, la doctrina ahora, más que argumentarse, *se establece*, según uso expresivo del Tribunal Supremo adoptado también por otras instituciones centrales que participan de la función. Puede ser ahora ella misma objeto de imposición. En la cita capitular se aprecia. Pero, sin posibilidad de competencia constitucional, debe seguir denominándose sustantivamente *jurisprudencia y doctrina*, operaciones de índole interpretativa, como tal no monopolizables. Es general el problema, como son por supuesto generales las mismas soluciones de continuidad que lo producen y que lo alteran, la de una determinada revolución y la de una particular autonomía constitucionales.

Estas soluciones naturalmente que incomodan. Ponen en cuestión ante todo la misma autoridad de la doctrina, de la profesión. Ponen a los juristas ante la responsabilidad de replantearse su posición. Entre historia y derecho, deja de ser la doctrina dispensadora de vida y mediadora de gracia. Pero no entro en unas cuestiones pragmáticas de derecho positivo, y no porque no me atañan e importen, sino porque pasaría a otro campo, a un terreno de opción política, prudencia doctrinal y canon jurídico, dicho sea en orden inverso de relevancia constitucional. Debería pasar, porque el problema aún puede radicar en que los mismos juristas, ante un derecho de historia no abiertamente discontinua, respecto a casos como el catalán, siguen empeñados en operar sobre la premisa de que el pasado afecta porque la discontinuidad no existe. No falta en su propio campo la advertencia, como señaladamente en el comentario de Pablo Salvador al artículo 1.º de la compilación catalana tras la reforma de 1984, recogido en su libro *La compilación y su historia*, Barcelona (Bosch), 1985, pero la composición de lugar que impera sigue siendo la susodicha.

La propia posición revisionista de Encarna Roca no acaba de cambiar, a mi entender, de tercio, tratándose en su caso, si mal no la interpreto, de una modificación en la imagen histórica del derecho catalán para la apertura y el sostenimiento de unas posibilidades presentes de transformación menos ensimismada y evolución más integradora, y ello a pesar de que, por otra parte, la misma autora, como jurista positiva, no deja de experimentar y pensar la desconexión afortunadamente factible entre el éxtasis foral y nacional de ayer y la dinámica jurídica y constitucional de hoy, en lo cual me parece que sustancialmente confluye con la posición de Pedro Salvador. Pero ya digo que no es cosa de abordar ahora *el Derecho en la Historia* ni en la actualidad.

Nuestro asunto es la historia, la del derecho. Afortunadamen-

te, la contemporánea también va pasando de las manos de una profesión a otra, de la jurídica a la histórica, aunque no sabría asegurar cuál se encuentra en mejores condiciones, volvamos a decir científicas, para hacerse con la materia durante el tránsito. Y no es duda metódica, sino sintomática. Nace de la evidencia de que son juristas quienes siguen haciendo en el caso el trabajo, que es al cabo lo importante. Encarna Roca actualmente dirige la *Càtedra Duran i Bas* que promueve y organiza las *Jornades de Dret Català*. Cuando en 1970, el primer tomo en aparecer de *El Derecho Civil Catalán en la Jurisprudencia*, que fuera el quinto, le presentaba como «mujer de hogar, esposa y madre», no era esto seguramente lo que se auguraba. El mundo por fortuna también en Cataluña cambia.

BARTOLOMÉ CLAVERO