

“La adicional primera de la Constitución es una disposición redactada en términos extremadamente vagos que formula una regla que *faculta* a las autoridades competentes...

Como tal norma facultativa, puede ser usada o no usada, y no impone obligación alguna, ni establece garantía institucional de la foralidad, ni reconoce ningún sujeto político diferente a los previstos en la Constitución. Si las autoridades competentes apelan a ese título obran de acuerdo con una norma constitucional, si no lo hacen no vulneran ninguna.”

F. J. L.

10 | **FORO**

LA ESTRUCTURA  
TERRITORIAL DEL ESTADO

**FRANCISCO J. LAPORTA**

*Catedrático de Filosofía del Derecho  
de la Universidad Autónoma de Madrid.*

**ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universitat Pompeu Fabra.*



10,00 €

10 | **FORO**

10 | **FORO**

LA ESTRUCTURA  
TERRITORIAL DEL ESTADO

LOS DERECHOS HISTÓRICOS EN LA CONSTITUCIÓN



| CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES |

LOS DERECHOS HISTÓRICOS  
EN LA CONSTITUCIÓN

FRANCISCO J. LAPORTA  
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ





LOS DERECHOS HISTÓRICOS  
EN LA CONSTITUCIÓN



Francisco J. Laporta  
Alejandro Saiz Arnaiz

# LOS DERECHOS HISTÓRICOS EN LA CONSTITUCIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES  
Madrid, 2006

*Catálogo general de publicaciones generales*  
<http://publicaciones.administracion.es>

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

NIPO: 005-06-007-2

ISBN: 84-259-1344-6

Depósito legal: M. 44.325-2006

Diseño de cubierta: Área Gráfica Roberto Turégano

Fotocomposición e impresión: TARAVILLA

Mesón de Paños, 6 - 28013 Madrid

[taravilla@telefonica.net](mailto:taravilla@telefonica.net)

# ÍNDICE

	<u>Página</u>
Los derechos históricos en la Constitución: algunos problemas teóricos	
<i>por</i> FRANCISCO J. LAPORTA .....	9
I. Dos concepciones del Derecho .....	12
II. Dos concepciones del Derecho vigente .....	18
III. Dos concepciones de 'derechos históricos' .....	25
IV. Las aporías de la teoría historicista de los derechos históricos .....	35
V. La adicional primera como norma y como disposición adicional .....	41
VI. Revivir normas derogadas y deshacer agravios viejos ....	50
VII. Una sugerencia de Javier Corcuera: la adicional como principio .....	55
VIII. Tomás Ramón Fernández y la garantía institucional de la foralidad .....	61
IX. Miguel Herrero de Miñón y la hipóstasis de los dere- chos históricos .....	66
X. Los derechos históricos y la idea de pacto .....	75
XI. Una conclusión provisional .....	83
La titularidad de los derechos históricos y las reformas estatutarias	
<i>por</i> ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ .....	87
I. Planteamiento .....	87
II. Primera hipótesis: los territorios forales aludidos en la DA 1ª CE coinciden con los de la foralidad civil ex art. 149.1.8.CE. Crítica .....	92
III. Lo indiscutido (e indiscutible): son territorios forales, en todo caso, Álava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya .....	97
1. <i>La historia de los «derechos históricos»</i> .....	97
2. <i>La DA 1ª en las Cortes Constituyentes</i> .....	100
3. <i>La jurisprudencia constitucional</i> .....	105
4. <i>Los Estatutos de Autonomía y las leyes del Estado</i> .....	107
IV. Lo discutible (aunque mayoritariamente aceptado): la Comunidad Autónoma del País Vasco como sujeto de	



	<i>Página</i>
derechos históricos (rectius: como titular de competencias que son expresión de derechos históricos) .....	109
V. Lo discutido (aunque mayoritariamente rechazado): Cataluña y Galicia como titulares de derechos históricos .....	112
VI. Y Aragón .....	117
VII. Los derechos históricos en las reformas estatutarias ....	120
1. <i>Aragón</i> .....	121
2. <i>Cataluña</i> .....	122
3. <i>Valencia</i> .....	129
4. <i>País Vasco</i> .....	131
VIII. Conclusiones: fin de trayecto .....	133

# Los derechos históricos en la Constitución: algunos problemas teóricos\*

**Francisco J. Laporta**

*Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad Autónoma de Madrid*

En las páginas que siguen me propongo hacer algunas reflexiones desde el punto de vista de la teoría del derecho<sup>1</sup> sobre las normas constitucionales que remiten directamente a los llamados derechos históricos de los territorios forales. Todos parecen aceptar que tales normas son las dos siguientes:

Disposición adicional primera:

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

*La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».*

Disposición derogatoria, párrafo 2:

*«En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de*

---

\* Estas reflexiones fueron discutidas en el Foro sobre la estructura territorial del Estado que organiza el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Agradezco a José Álvarez Junco y a Carlos Closa su amabilidad al invitarme a participar en él. Muy en particular, mi reconocimiento a todos los colegas que tomaron parte en él. Una lectura minuciosa de Alfonso Ruiz Miguel contribuyó también a mejorarlo.

<sup>1</sup> No se trata, por tanto, ni de una construcción dogmática de la categoría 'derechos históricos' ni de una investigación histórica de la misma, sino de una reflexión sobre algunos rasgos y presuposiciones teóricas que la acompañan.

*1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.*

*En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876».*

Estos dos preceptos se han revelado como extremadamente problemáticos y controvertidos. Entre otras razones porque parecen haber dado lugar a una catarata de normas jurídicas, tanto en vigor como en proyecto, que dicen inspirarse en ellos y que no han hecho sino aumentar nuestros problemas hermenéuticos. En efecto, el Estatuto de Autonomía del País Vasco incluye una adicional que dice:

*«La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto, no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos históricos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico».*

Detrás de ella aparece otra adicional en la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, que dice así:

*«La aceptación del régimen establecido en la presente Ley Orgánica no implica renuncia a cualesquiera otros derechos originarios e históricos que pudieran corresponder a Navarra, cuya incorporación al ordenamiento jurídico se llevará a cabo, en su caso, conforme a lo establecido en el artículo 71».*

Y, para mayor sorpresa, surge después, en la Ley orgánica de Estatuto de Autonomía de Aragón, una nueva disposición adicional quinta, que copia casi literalmente la del Estatuto Vasco:

*«La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución».*

Por si esto fuera poco, cuando se leen las fuentes documentales de todos aquellos textos mediante los que, desde las primeras décadas del siglo xx, se ha pensado en conferir un estatuto jurídico-político especial a las provincias vascongadas, aparece inevitablemente en ellos una cláusula de reserva de parecido tenor. Así, en el importante Mensaje de las Diputaciones de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, elevado al gobierno de Su Majestad el 17 de diciembre de 1917, se dice ya que se considera necesaria para esas provincias una mayor autonomía «sin hacer dejación ni por un momento de los derechos históricos que se han invocado en todos tiempos...». Y el frustrado Anteproyecto de «Estatuto de Estella» de 1931, elaborado por la Sociedad de Estudios Vascos, que responde a una concepción autonomista de la ubicación del País Vasco en el orden republicano, no deja sin embargo de expresar también que lo hace así «manteniendo viva esa reivindicación de los derechos históricos y armonizándola con la voluntad de no crear dificultades a la consolidación de la República Española»<sup>2</sup>. Parece por tanto posible afirmar que cualquier tentativa de articulación jurídica de la geografía política y administrativa de la realidad vasca en el marco de un ordenamiento general va siempre escoltada por una cláusula precautoria en la que se afirma que ello no puede significar que se abandone la aspiración a reivindicar esos derechos.

Este tipo de cláusula de salvaguardia estará siempre presente cuando se hable de derechos históricos. Tales derechos parecen tener unos rasgos muy particulares: suelen aparecer en disposiciones adicionales, nunca muestran síntomas de agotarse como almacén de material jurídico al que recurrir y ‘actualizar’, y siempre se postulan como derechos irrenunciables. Es muy importante observar también que en los tres preceptos pertenecientes a los estatutos de autonomía el discurso sufre un cambio respecto al de la Constitución. En lugar de unos territorios con unos derechos históricos o régimen jurídico especial (el «régimen foral»), se habla en ellos de «pueblos», el pueblo vasco o el pueblo aragonés, a los que hubiera podido corresponder la titularidad de esos derechos, o de una enti-

---

<sup>2</sup> Tomo estos datos de Virginia Tamayo Salaberría (1986).

dad jurídico-política, Navarra, a la que pudiera corresponderle la titularidad de unos derechos «originarios e históricos».

Un muestrario jurídico tan constante, que se reproduce o pretende reproducirse también en los Estatutos en proyecto<sup>3</sup>, abre la puerta a algunas preguntas. Una de ellas, como he dicho, su extraña predisposición a ubicarse en disposiciones adicionales. Otra, su característica naturaleza abierta e inagotable, que parece demandar una incesante cláusula de «no renuncia»: todos los textos legales disponen, en efecto, de una suerte de puerta abierta, porque todo parecen regularlo «sin perjuicio» de esos derechos históricos a los que no se renuncia nunca y nunca se acaban de incorporar definitivamente. Y por último, está el misterioso paso que hemos visto dar desde unos territorios forales con derecho propio, régimen foral, a unos «pueblos» que se presentan como sujetos titulares de esos mismos derechos. De todo ello será necesario hablar.

## I. DOS CONCEPCIONES DEL DERECHO

Todos estos preceptos jurídicos, y en particular aquellos dos enunciados «madre» que se incorporaron a la Constitución, han sido objeto de vivas discusiones y permanentes polémicas doctrinales que están suficientemente ilustradas en una amplia bibliografía<sup>4</sup>. La disposición adicional primera de la Constitución fue, como es sabido, una de las más controvertidas del proceso constituyente y dio lugar después a elaboraciones teóricas muy diversas, algunas de las cuales veremos en estas páginas. También la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado de ella ha sido acusada a veces de errática y contradictoria. Trataremos de ver a continuación un posible origen de estas dudas y controversias.

Si, como parece admitido, aceptamos la opinión de que ambas disposiciones, la adicional primera y el párrafo segundo de la dero-

---

<sup>3</sup> Sobre el desarrollo de los derechos históricos en las reformas estatutarias, véase el trabajo de Alejandro Saiz Arnaiz en este mismo volumen.

<sup>4</sup> Dos excelentes resúmenes de ellas y la bibliografía pertinente en Larrazábal 1997 y Fernández Segado 1999.

gatoria, han de ser interpretadas como un todo unitario, nos vemos sorprendidos por una de las más extrañas derivaciones de nuestro texto constitucional: que el juego de estos dos preceptos nos fuerza a volver nuestra mirada a los aledaños de 1839. Si en virtud del respeto debido a ciertos derechos históricos hemos de proceder a derogar un texto legal nada menos que de 1839, aunque se haga con ciertas condiciones y sólo a ciertos efectos, esto no puede sino significar que en torno a esas fechas podríamos encontrar la clave de lo que estamos buscando. Eso es lo que voy a hacer yo ahora, aunque —repito— no con pretensiones históricas sino con la vista puesta en un análisis teórico y sistemático que, si no me equivoco, puede ayudarnos a comprender nuestra confusa condición presente.

Voy a arriesgar la propuesta de que en aquellos momentos se produce en nuestra historia una escisión teórica que no ha sido saldada todavía, si es que puede serlo alguna vez. Se trata de la divisoria de nuestra cultura jurídica entre dos grandes concepciones del derecho que vierten sus aguas hacia dos cauces distintos y paralelos que no han encontrado a lo largo del tiempo ni una vía de encuentro entre ellos ni una hegemonía total del uno sobre el otro. Naturalmente tales construcciones teóricas van unidas muy profundamente a posiciones políticas, sociales y económicas que las acompañan o las sustentan, pero como de lo que aquí se trata es de desentrañar algunos problemas de unos preceptos jurídicos vigentes optaré por situar el foco de atención en las dos grandes concepciones del derecho que me parece que subyacen a todas las discusiones, tanto históricas como actuales. Así se pondrá de manifiesto que una diferencia que ha aparecido con ropajes de historia y de política legislativa, puede ilustrarse también como una cuestión de principio sobre la naturaleza del derecho.

La disyuntiva que voy a recordar fue considerada a mediados del siglo XIX «una división de la parte reflexiva de la humanidad en dos partidos principales, cuyas distintas concepciones se han combatido siempre, y es seguro que nunca dejarán de combatirse». Por una parte está la posición de quien se considera a sí mismo «como la

única fuente de todo conocimiento, y en todas sus creaciones apela a la propia razón como al juez supremo y la única autoridad; sus defensores crean y construyen todo desde sí mismos, son el centro de un sistema propio que ellos sacan a la luz y desarrollan» (Bachofen 1955, 37)<sup>5</sup>. Por lo que respecta al derecho esta posición es tan evidente que casi puede afirmarse de ella que es el aire que respira nuestra vida jurídica cotidiana. Se trata de la convicción asumida de que somos capaces a partir de nosotros mismos de descubrir y formular las normas jurídicas adecuadas para la gobernanación y el desarrollo de nuestra comunidad. Apelando a nuestra razón y a los datos que obtenemos de nuestro mundo entorno podemos construir un edificio jurídico complejo fundado sobre sí mismo. El derecho aparece así como una creación voluntaria y consciente de seres humanos individuales. Tanto si recordamos el absolutismo ilustrado como si pensamos en la aparición de la idea moderna de Constitución, la concepción es la misma: individuos que ejercen un poder político preciso elaboran una racionalización de las relaciones sociales poniendo en vigor normas jurídicas. En el constitucionalismo ese poder tiene una expresión concisa en un texto constitucional que no es sino una norma básica creada artificialmente mediante el concurso —real o supuesto— de las voluntades individuales y libres de aquellos que integran la comunidad. La idea, por tanto, de que un hombre o un grupo de hombres *crean* reflexivamente las normas jurídicas, y la idea correlativa de que tal hombre o grupo de hombres pueden por tanto *derogar* esas normas, es algo que nos acompaña silenciosamente desde la Ilustración y se consolida con la hegemonía del positivismo jurídico a lo largo de dos siglos. Desde que en 1776 Jeremy Bentham, en una breve nota a su

---

<sup>5</sup> Me sorprende que no se haya aludido nunca en la polémica española al pequeño libro de Bachofen, editado en España en 1955, pero publicado como conferencia en 1841 en Alemania. Sobre todo porque me parece que en él se utiliza la expresión «derecho histórico» en un sentido que creo que subyace a todas las acepciones que se vienen manejando en la polémica. En los párrafos que vienen a continuación sigo ideas de este libro, de González Vicén (1984) y de la famosa polémica de la codificación en Alemania.

*Fragment on Government*, pusiera en circulación la idea de que el derecho es simplemente el conjunto de aquellos mandatos que el soberano emite deliberadamente para los súbditos en una sociedad política independiente<sup>6</sup>, este modo de entender el derecho constituye el esqueleto básico de nuestra cultura jurídica.

Para esa comprensión radicalmente moderna del derecho como *artificio* humano es imposible la idea de «derecho histórico» que se va a proponer frente a él en todo el ámbito del pensamiento jurídico occidental en el tránsito del siglo XVIII al siglo XIX, desde la reacción de Burke frente a los principios fundamentales de la revolución francesa, pasando por el tradicionalismo de Joseph de Maistre y el romanticismo comunitarista alemán, hasta la disputa de los juristas de la Escuela Histórica en torno a la necesidad de la codificación<sup>7</sup>. Naturalmente que el pensamiento jurídico normativista y racional también toma en cuenta a la historia, como veremos, pero la considera un depósito de experiencias y enseñanzas que puede ser utilizado o rechazado en función de los fines del legislador actual; para este pensamiento «la historia no es una potencia autónoma creadora de formas culturales sucesivas, sino una suma de acciones humanas aisladas cuyas causas se indagan y cuyas consecuencias nos aleccionan» (González Vicén 1984,117). Para el otro «partido», sin embargo, la historia sí es esa potencia. Y esa precisamente es la materia de la que se va a nutrir el pensamiento jurídico en cuyo seno adquiere sentido la idea de «derecho histórico». Frente a la comprensión racional de la vida social como fruto del arbitrio creador, se alza una comprensión de la vida humana como

---

<sup>6</sup> Se trata de la nota general al epígrafe 12 del capítulo I relativo a la formación del Gobierno (Bentham 1988).

<sup>7</sup> En Burke es clara la idea del derecho como una 'herencia vinculante': «Ninguna experiencia nos ha enseñado que pueda haber otro curso o método que no sea una *corona hereditaria*, para que nuestras libertades puedan ser regularmente perpetuadas y mantenidas sagradas como nuestro *derecho hereditario*». De Maistre sigue en parte su huella en lo que respecta al papel decisivo de las fuerzas colectivas en la génesis de las instituciones. Su tradicionalismo religioso será influyente en el primer fuerismo. La figura de Herder es decisiva en el origen del moderno comunitarismo alemán.



un «hacerse constante, como una sucesión de momentos condicionados entre sí y en la que cada uno de ellos encierra como fruto y consecuencia todos los anteriores» (González Vicén 1955,19). El presente se alimenta sólo de su referencia al pasado, y el individuo de hoy obtiene su identidad precisamente de su pertenencia a la serie ininterrumpida de generaciones anteriores a él. Todo fenómeno humano obtiene de la historia su naturaleza más profunda y decisiva, y adquiere en virtud de su existencia histórica su misma razón de ser. Ello se aplica también a la política y al derecho. Aquello que explica la comunidad política no son los dictados actuales de la razón sino la tradición, la inserción de la convivencia y las relaciones de poder en el curso de la historia, de la que obtienen su cabal legitimación. Y en cuanto al derecho es también un producto histórico de la vida humana colectiva. Esa es la razón de fondo por la que varias generaciones de pensadores y juristas de la primera mitad del siglo XIX se enfrentan decididamente a la idea codificadora. Por eso dirá Savigny que el derecho está «en conexión orgánica con la esencia y carácter del pueblo, crece y se forma con él, y muere cuando este pierde su individualidad». No se trata de un producto del azar «ni de la voluntad, la reflexión o la sabiduría de los hombres», no es «como un traje hecho a medida y del que uno puede despojarse caprichosamente cambiándolo por otro» (Ibid. 28-9). El derecho es por tanto una creación de las comunidades históricas que, en palabras de Savigny, es acompañado en ellas de «un sentimiento de necesidad interna que elimina toda idea de un nacimiento casual o arbitrario». Por eso la idea misma de 'derogación' deliberada de una norma es extraña a este pensamiento. Aquella ocurrencia de Voltaire: «¿Queréis tener buenas leyes? Que-mad las vuestras y haced unas nuevas»<sup>8</sup>, que para nosotros puede parecer una obviedad, constituye sin embargo un escándalo para su época, porque supone la penetración súbita y destructiva de los parámetros del pensamiento jurídico nuevo en el medio ambiente historicista. «Hacer» y «derogar» leyes es, en efecto, para ese medio

---

<sup>8</sup> *Dictionnaire Philosophique* (1833), voz «Lois».

ambiente una tarea impertinente y extraña. La prueba de ello es que son frecuentes entonces, tanto en el derecho continental como en el *common law*, los consejos y tratados sobre la inconveniencia *prima facie* de alterar el derecho históricamente vigente<sup>9</sup>.

En una argumentación que nos será familiar enseguida, todos los teóricos de la historicidad radical del derecho proceden a asimilarlo conceptualmente a la lengua y a la religión. Igual que ellas, el derecho es fruto de un proceso de naturaleza histórica que se va segregando generación tras generación, lenta, silenciosamente. «Ni el más audaz entre la falange de los metafísicos —escribe desafiante Bachofen— se ha atrevido a afirmar que un pueblo se crea arbitrariamente su idioma, o se fija por libre convención los dogmas de su religión. El Derecho, empero, es concebido por ellos como algo totalmente externo, como una creación del libre arbitrio, como resultado de una reflexión consciente, resultado que puede modificar o incluso anular la misma voluntad que lo creó». Esto, naturalmente, es inadmisibles para él. El Derecho es material dado históricamente en todo momento y siempre tiene ese carácter, es producto, como la lengua y la convicción religiosa, de ese «desenvolvimiento, callado y misterioso, que tan exactamente se ha comparado con el crecimiento inaprehensible de las plantas. Así surge el Estado mismo, así surge en el Estado aquella ingeniosa y rica articulación, así, finalmente, surge y se modifica el Derecho» (Bachofen 1955, 50, 52). En el manifiesto fundacional de la Escuela Histórica, Savigny lo afirma rotundamente: «El contenido del Derecho está dado por todo el pasado de la nación, no es producto de una voluntad de tal suerte que puede ser así o de otro modo según el caso, sino que surge de la más íntima esencia de la nación y de su historia». Por tanto, para esta percepción del derecho sólo hay «derechos históricos, singulares, pero, además cada uno de éstos, justamente por razón de su historicidad y singularidad, lleva en sí mismo una justificación inmanente y absoluta» (G.Vicén 1984,139).

---

<sup>9</sup> Una inercia en contra de la derogación que también se experimenta en el XIX español (cfr. Lorente 2001, 172 y ss.).

Como última gran línea divisoria entre ambos modos de pensar el derecho, es de particular importancia para lo que aquí me propongo recordar que a la hora de explicar la génesis del orden jurídico y la producción de sus normas el pensamiento propio del normativismo ilustrado recurre a la presuposición de un sujeto abstracto, el soberano o la voluntad general. El pensamiento historicista, por el contrario, postula la existencia concreta de un sujeto histórico singular: el pueblo. En efecto, desde los escritos de Herder y a lo largo de todo el historicismo se detecta como un rasgo permanente de ese pensamiento la concepción de una realidad social concreta concebida como un todo vivo que obra como sujeto agente de carácter supraindividual, constituido por la sucesión de generaciones en flujo uniforme que liga el ayer con el hoy, y el presente con el mañana. Los individuos que lo componen lo son en tanto que pertenecientes a él. Ese sujeto agente es el pueblo como un todo orgánico que expresa las convicciones compartidas a través de un «espíritu», «genio» o «carácter» del que forman parte todas las manifestaciones de la cultura: el lenguaje, el arte, la religión, y también el derecho y las formas políticas de la vida social. El derecho vive en el pueblo, «no sólo es producto sino parte de la realidad histórica del pueblo» (G. Vicén 1984, 127). Las normas jurídicas son tales porque así son reconocidas en la conciencia común, emanación silenciosa de las convicciones compartidas que forman ese espíritu.

## II. DOS CONCEPCIONES DEL DERECHO VIGENTE

Debo insistir en que no pretendo llevar a cabo una indagación histórica. De hecho no dispongo de datos que puedan sugerir que aquellos que en 1839 o en 1876 tomaron posición a favor de los fueros vascos y contra las disposiciones constitucionales tuvieran algún conocimiento de los escritos de la Escuela Histórica del Derecho. Algo que seguramente sí puede ser afirmado del nacionalismo catalán, que registra más tarde una explícita recepción de tales influen-

cias, no me consta sin embargo para el fuerismo ni para el posterior nacionalismo vasco<sup>10</sup>. Sólo traigo aquí a colación tal pensamiento para establecer una estructura teórica de comprensión de un fenómeno que sin embargo es muy similar a todos los episodios paralelos de reacción contra el impulso jurídico codificador y constitucional del siglo XIX que se producen en Europa, y que se expresa con gran precisión en el historicismo jurídico. Y es en este sentido, puramente sistemático, como arriesgo la afirmación de que la categoría de los «derechos históricos», cualquiera que sea la forma en que se presente ante nosotros, encuentra su marco de comprensión —y también, como veremos, sus dificultades— en esa pugna entre las dos grandes concepciones del derecho que hemos visto. Soy consciente de toda el agua que ha corrido tanto bajo los puentes de la historia como bajo los de la Constitución y la teoría jurídica. Poco tienen que ver las provincias vascongadas del abrazo de Vergara con el País Vasco de hoy, como poco tiene que ver la Constitución de 1978 con la de 1837, ni el imperativismo jurídico de Bentham con el positivismo jurídico de Hart. Como tampoco el fuerismo clerical que alimentó la primera carlistada tiene nada que ver con las proclamas actuales a favor de la libre determinación del pueblo vasco. Pero sin embargo creo que aquella incompatibilidad de entonces, sagazmente percibida por Bartolomé Clavero<sup>11</sup>, se perpetúa hoy

---

<sup>10</sup> Se da sin embargo por cierto que el movimiento fuerista fue influido en sus orígenes por una amalgama de ingredientes muy heterogéneo, entre los que se cuentan la influencia de De Maistre y Burke, y el tradicionalismo escolástico francés. Puede decirse en todo caso que el medio ambiente intelectual ofrecía un caldo de cultivo idóneo para la teoría histórica del derecho frente al racionalismo ilustrado. Sobre todo ello cfr. Fernández Sebastián 1991, 94 y Molina 2005, 83 y ss.

<sup>11</sup> «El propio concepto más general de Fuero ya podía oponerse a la idea de Constitución; ésta justamente representaba un principio, aunque no mucho más todavía, de reconocimiento de un poder de autodeterminación en la propia sociedad; aquella en cambio, la idea de Fuero, implicaba la sumisión de la misma sociedad a tradiciones por encima de su actual determinación, repudiando así el principio constituyente ya antes que cualquier noción constitucional. La afirmación del Fuero podía ser la negación de la

también en dos lógicas subyacentes y dos precomprensiones del derecho que están en el origen de todos nuestros desacuerdos. Más tarde sugeriré que los esfuerzos teóricos que se han realizado para interpretar la adicional primera de la Constitución se alinean también a lo largo de esas dos lógicas, y que algunas de las disposiciones derivadas de ella también lo hacen. Ahora trataré simplemente de presentar algunos temas esenciales de la percepción de lo que es el derecho vigente desde ambas perspectivas. Ello servirá para identificar con mayor precisión el marco teórico para enfrentarnos con esa disposición adicional y destacar algún problema mayor.

Empecemos por la primera teoría. En la versión que aquí nos interesa afirma que el acto constituyente de un sistema jurídico pone en pie una estructura política definida en un documento normativo en el que se 'constituyen' órganos de poder, se atribuyen competencias a los mismos y se adscriben derechos y deberes a los tenidos por destinatarios de esas normas. La unidad e identidad del sistema jurídico así creado se proyecta sobre el documento constitucional que, a su vez, descansa en la vigencia real de una norma básica o regla de reconocimiento a la que apelan los ciudadanos y los operadores jurídicos para saber qué es derecho y guiar en consecuencia sus conductas. Esa norma o regla declara la vinculatoriedad de la norma constitucional como *lex superior* y proporciona los criterios según los cuales podemos identificar lo que es y lo que no es 'derecho vigente'. En ese marco teórico, en efecto, la pregunta por la validez, vigencia o vigor de una norma cualquiera puede contestarse satisfactoriamente. Es válida toda norma que haya sido creada por un órgano competente de acuerdo con los procedimientos establecidos y no haya sido derogada o no haya caído en permanente desuso. A esta noción de validez se le denomina validez como pertenencia, porque define si una norma ha entrado a formar parte del ordenamiento jurídico, si pertenece a él. Este concepto

---

Constitución y la defensa de fueros regionales podía desde luego encerrar ese sentido anticonstitucional más radical, ya por anticonstituyente» (Clavero 1985, 75).

formal de validez es el que predomina en este marco teórico, pero se le suele añadir algún rasgo de carácter material: será válida además esa norma perteneciente formalmente al sistema si es aplicada por los órganos competentes cuando los hechos que configuran su condición de aplicación se produzcan, y es además experimentada y sentida como vinculante por tales órganos y los ciudadanos en general. Además de la pertenencia, pues, es necesario un mínimo de aplicación efectiva. Se piensa que excluir totalmente la *desuetudo* como forma de expulsión del sistema ha acabado siempre por hacer fracasar esta perspectiva formalista<sup>12</sup>.

Por cierto que este tipo de ordenamiento jurídico no tiene por qué verse como cerrado en sí mismo y sin conexión alguna con otros órdenes normativos, jurídicos o no jurídicos, históricos o actuales. Por el contrario, su misma elasticidad y dinamismo, y su capacidad de creación de normas definidas, le permiten incorporar pautas externas por medio de técnicas explícitas de reenvío (renunciar a regular una materia y remitir a la regulación establecida por otro ordenamiento) y recepción (incorporar al propio ordenamiento la disciplina de una materia tal y como se encuentra en otro), establecer procedimientos para reconocer jurídicamente usos y costumbres, crear relaciones de coordinación con otros ordenamientos y hasta declarar que algunos parámetros del orden moral han de ser incorporados al orden legal como prescripciones directas o como criterios de interpretación<sup>13</sup>. La única condición para hacerlo es que una norma explícita del ordenamiento obre esa incorporación, lo que significa que las normas de los órdenes externos no pueden ser calificadas como válidas internamente, es decir, como jurídicamente vinculantes, hasta tanto no se haya producido esa «llamada» explícita.

Por lo que respecta a la derogación de normas, de la que después hablaré con más detenimiento, puede perfectamente determi-

---

<sup>12</sup> Sobre esto remito a Hierro 2003.

<sup>13</sup> Sobre todo ello puede verse Bobbio 1960. La apelación a principios morales es muy típica del constitucionalismo moderno y es el rasgo más importante del hoy llamado positivismo «incluyente» o «inclusivo».

narse cuándo una norma está derogada, es decir, ha perdido su vigencia o validez. Cuando un órgano competente ha realizado un acto explícito de expulsión de esa norma del ordenamiento, esa norma pierde su validez, deja de pertenecer al mismo. Cuando se puede constatar una inaplicación constante y una permanente ignorancia de la misma por los órganos competentes, también.

Lamento recordar cosas muy sabidas, pero creo que es necesario para tratar de calibrar cómo puede encajar en ello la dinámica del orden jurídico que se percibe desde posiciones marcadas por la apelación a los derechos históricos. Y un primer dato fundamental que hay que traer inmediatamente a colación en esa otra teoría es el de aquella mencionada postulación de la preexistencia de un ser colectivo como realidad político-natural, orgánica, anterior al ordenamiento mismo. Para el historicista, o por lo que aquí nos atañe, para el fuerista, como después lo será también para el nacionalista, la realidad humana se encuentra parcelada naturalmente en entidades colectivas con identidad propia que son el sujeto de la historia, de la política y del derecho. Se trata de los pueblos, seres colectivos originarios que generan a partir de sí mismos su ordenamiento jurídico para regular las relaciones humanas que se produzcan en su seno y articulan las competencias para dicha regulación. La generación de ese derecho no es producto, como hemos visto, de decisiones reflexivas sino de una lenta destilación anónima que se va depositando en el fondo de la personalidad colectiva hasta definirla. El ser colectivo y el ordenamiento jurídico se interpenetran de tal modo que el pueblo acaba por ser definido apelando a los fueros y los fueros apelando al pueblo<sup>14</sup>. Igual que otro de los caracteres que se postulan del ser colectivo, la lengua, también el derecho es considerado a un tiempo como producto del sujeto colectivo y como seña de identidad del mismo.

Sea cual sea la comprensión teórica de la existencia de ese ser con potencialidades forales o foralizantes, lo que es importante para

---

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, a este respecto la función de los fueros en la configuración de la identidad vasca durante el siglo XIX en el interesante estudio de Rubio Pobes (2003, 99 y ss.).

nuestro análisis es que de él se deriva una visión completamente distinta de lo que pueda ser la idea de validez del derecho, es decir, de la noción de derecho vigente, la base de la afirmación de que una norma está en vigor. Ya no nos las tenemos que ver con un órgano decisorio que crea *ex novo* una norma y la introduce así en el ordenamiento. Ahora, la continuidad del ser determina la continuidad del derecho. Y su creación es pensada como la destilación de una normativa idiosincrásica que mantiene una relación esencial con el ser. Los fueros no se dictan, solamente se compilan. El derecho puede así manifestarse en dos modos de vigencia: una vigencia plena y vivida, en el sentido de su práctica cotidiana en la vida de la comunidad y su administración por los órganos cuasi-naturales de la foralidad, y una posible vigencia latente, como de un derecho en estado incoativo que está ahí porque subsiste el ser colectivo que lo alimenta, pero no puede manifestarse en la realidad de las relaciones cotidianas por haber sido víctima de cualquier obstáculo externo. El corolario de ello es que si ese obstáculo desapareciera el derecho saldría de su estado de latencia, volvería a su tácita primitiva fuerza o vigor. Aquí, creo, debe buscarse la razón de esa tan particular obsesión de la cultura foral por la derogación de las leyes abolicionarias.

Entre las dos estructuras teóricas se advierten conocidas y obvias diferencias que están debajo de la gran dificultad, si no imposibilidad, de situarse en posiciones intermedias o sincréticas. Pero me importa más señalar ahora una clara asimetría entre ambas, producto en realidad de una evidente carencia por parte de la primera que, o yo me equivoco mucho, o se encuentra en el origen de la mayoría de los diálogos de sordos que se entablan. Me refiero a la clamorosa falta de una teoría de la comunidad política por parte del constitucionalismo. El constitucionalismo es una teoría del derecho, pero carece de una teoría de la sociedad política. La Constitución encuentra ya como un dato previo un ámbito territorial definido por fronteras ciertas y una población determinada de individuos sobre los que la voluntad general o el soberano acuerdan po-



ner en pie el sistema constitucional<sup>15</sup>. Suponer que la Constitución crea al sujeto político colectivo es tanto como hacerse vulnerable a una argumentación que regresa al infinito, pues si la Constitución crea al sujeto político ¿quién crea la Constitución? ¿Quién decide cual es el *demos* a partir del cual se va a acordar y plebiscitar el texto constitucional? ¿Por qué esos límites territoriales de su ámbito de validez? ¿Por qué esos pobladores? La respuesta a estas preguntas nos lleva siempre a un derecho previo a la Constitución y a una comunidad política previa al acto constituyente. Pero el constitucionalismo no ofrece ninguna teoría para dar razón de ellos. O permanece en silencio o acude tácitamente a la historia: las cosas son así, así nos hemos encontrado las fronteras, los destinatarios de las normas jurídicas son estos, etc., pero esa apelación, si no se hace con rigor, puede sumergir a la teoría constitucional en los mismos problemas que, como veremos después, tiene la teoría histórica: ninguna apelación a la historia, sea expresa o sea tácita, es capaz de justificar una institución política o un derecho dado. Los problemas de legitimidad se mueven por encima de la historia.

Pero lo importante de esta asimetría entre las dos posiciones es que cuando en un determinado momento histórico y en un determinado ámbito geográfico, las presuposiciones del constitucionalismo y los postulados del historicismo como teoría jurídica no coinciden al señalar la naturaleza del sujeto colectivo y quiénes son sus integrantes y fronteras, el conflicto político es inevitable. Podrá revestirse con el ropaje del derecho, con el ropaje de la historia o con el ropaje de la sociología, pero se trata de un desacuerdo político fundamental sobre la identidad de los actores del juego. Y cuando ese desacuerdo político trata de saldarse con la apelación a la categoría de los 'derechos históricos' las disposiciones que los mencionan son sometidas a una presión hermenéutica tal que puede acabar por

---

<sup>15</sup> Este problema lo ha visto bien Miguel Herrero de Miñón: «...una visión realista de las categorías jurídicas debe inquirir qué hay detrás de esa voluntad general o de esa decisión soberana...», pero ha arriesgado una solución historicista muy controvertible, como después veremos (Herrero de Miñón 1991).

forzarlas o distorsionarlas hasta extremos disparatados. Quizás eso ha sucedido con la adicional primera de la Constitución

### III. DOS CONCEPCIONES DE 'DERECHOS HISTÓRICOS'

Teniendo en cuenta este marco general, convendrá ahora empezar la exploración del contenido de la categoría de los «derechos históricos», porque la disposición adicional primera afirma ampararlos y respetarlos, y existe un sentimiento difuso —a veces también explicitado— de que esa cláusula puede ser extremadamente importante, que puede, incluso, superar las dificultades de encaje y compatibilidad que tienen esos dos universos teóricos, jurídicos y políticos que hemos visto, pues mediante ella se incorporan al orden *constitucional* como derechos aquellos derechos *históricos*. Por eso, en el desarrollo de esa exploración nos vamos a encontrar enseguida los acentos de esas dos grandes corrientes de pensamiento jurídico.

La acepción primera, la más inmediata y convincente que —según la Constitución— cabe establecer de los derechos históricos es aquella que los identifica con un régimen jurídico determinado, el régimen foral. La propia cláusula que declara respetarlos y ampararlos, prevé en su segundo párrafo que la actualización de *dicho régimen foral* se llevará a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Es decir, que para ella 'derechos históricos' es una expresión que denota un ordenamiento jurídico, y en concreto el ordenamiento o régimen foral. Esto se ha discutido, como casi todo en éste tema, pero desde el punto de vista de la interpretación interna del precepto, ningún argumento es lo bastante poderoso para cancelar esa identificación que realiza expresamente la norma.

La norma constitucional se refiere, pues, al régimen foral, y seguramente fue pensada para tratar de dar satisfacción a esa aspiración foral arrastrada desde de los inicios del constitucionalismo español por diversos y cambiantes sectores de la población vasca, a

esa demanda de protección y, eventualmente, de «plena» reintegración de los fueros como orden jurídico provincial que se suscitó una vez más en el proceso constituyente mediante la famosa enmienda 689 del Partido Nacionalista Vasco. Naturalmente nadie piensa hoy en que ninguna cláusula de la Constitución pueda servir para poner en vigor el contenido material de la mayor parte de las normas jurídicas de los ordenamientos que constituían el orden de las provincias vascongadas antes de que la Constitución de 1812 empezara el proceso de unificación. Por mucho que pueda pensarse que el movimiento social que acaba en la adicional primera de la Constitución tiene algunos de sus antecedentes históricos en aquella demanda foral que nace con fuerza después de la llamada «abolición» nadie desea hoy el restablecimiento de semejantes órdenes. Sólo algunas de las disposiciones relativas a sucesiones y derecho de familia pueden subsistir hoy tal cual en la legislación civil autonómica. Los extremos relativos a ciudadanía, procedimientos, derecho penal, garantías del justiciable, etc., se hallan a años luz de lo que nadie desea para sus paisanos. ¿De qué se trata entonces?

Puede ser, en primer lugar, que se permita actualizar el tejido de instituciones y competencias del régimen foral. Cualquiera de las provincias vascongadas dispuso históricamente de una organización institucional a la que le correspondían competencias especiales de las que se sentían extremadamente celosas<sup>16</sup>. Esta posición es convincente en la medida en que no se lleva demasiado lejos. Hoy se pueden reproducir, como se ha hecho, los nombres de aquellas instituciones y la estructuración formal de las autoridades jurídicas de la provincia que ellas articulaban (Juntas generales y Diputaciones), pero no pueden aceptarse, por ejemplo, ni los procedimientos electorales mediante los que se formaban ni su forma de actuar. Y lo mismo sucedería, naturalmente, con aquellas otras instituciones

---

<sup>16</sup> Una descripción minuciosa de la organización institucional de cada una de las provincias se encuentra en la tesis doctoral de Santiago Larrazábal Basáñez (Larrazábal 1997).

y autoridades que entroncaban en el poder de la Corona, como los corregidores y demás, cuyas facultades y derechos serían hoy para nosotros perfectamente extraños e inconvenientes. La estructura institucional formal sí, pero ni los procedimientos para la constitución de las Juntas Generales o las Diputaciones Forales, ni los métodos para tomar las decisiones y conformar su voluntad, ni la mayoría de los poderes que ejercían podrían ser hoy aceptados por un sistema jurídico moderno.

Nadie ha perseguido, por supuesto, semejante interpretación de la categoría de los derechos históricos. Si se acepta que lo que la Constitución llama «derechos históricos» tiene que ver con los ordenamientos forales de las provincias vascongadas y de Navarra, entonces tiene que referirse a otra cosa, y esa otra cosa no puede ser más que la «estructura abstracta», por así decirlo, de esos ordenamientos, en el sentido institucional que acabo de mencionar y en un sentido material que paso a explicar. Cuando se examinan despacio los fueros se encuentran, además de esas instituciones y en un lugar preeminente, algunas disposiciones o «leyes» muy propias de lo que después va a ser la mentalidad foralista. Veamos, por ejemplo, el Fuero Nuevo de Vizcaya, ordenado y reformado en 1526<sup>17</sup> (cualquiera de los órdenes forales de las provincias vascas serviría también a mi propósito, pues se dan en todos ellos importantes similitudes). La primera «ley» del título primero del Fuero se titula «*Como el Señor de Vizcaya, quando hereda, ó sucede en el Señorío, ha de venir a jurar*». En ella se establece que cuando el Señor herede o venga en posesión del señorío por cualquier otro título, «seyendo de edad de los catorce años, haya de venir en persona a Vizcaya, e hacerles sus juramentos, é prometimientos, y confirmarles sus Privilegios, é usos, y costumbres, franquezas, y libertades é Fueros, é tierras, y mercedes que de él tienen, siendo requerido para ello por los dichos Vizcaynos...». Si no lo hace en el plazo de un año, la ley del Fuero ordena a los habitantes que «no le

---

<sup>17</sup> Utilizo la edición preparada por Adrián Celaya, *Fuero Nuevo de Vizcaya*. Leopodo Zugaza, editor. Durango. 1976.

respondan, ni acudan al dicho Señor...con los Derechos é censos que tiene sobre las Villas...». «Y que si su Señoría embiare Mandamientos, ó Provisiones en el entretanto, sean obedecidas, y no cumplidas».

Enseguida aparece la Ley IV, en la que se afirma que los Señores de Vizcaya tuvieron ciertas casas, rentas y censos allí, pero «otro pedido, ni Tributo, ni Alcavala, ni Moneda, ni Martiniega, ni Derechos de Puerto seco, ni Servicios, nunca los tuvieron: Antes todos los dichos Vizcaynos, Hijos-Dalgo de Vizcaya, y Encartaciones, y Durangueses, siempre lo fueron, é son libres, y exentos, quitos é franqueados de todo Pedido, Servicio, Moneda e Alcavala, é de otra qualquiera imposición que sea o ser pueda, assí estando en Vizcaya, y Encartaciones, é Durango, como fuera de ella». Después viene la Ley V y otras con una «essención» paralela en lo que al servicio militar respecta. Y por fin la conocida formulación del llamado «pase foral» en la Ley XI: «Que havían por Fuero, é Ley, é Franqueza, é Libertad, que qualquiera carta, ó Provisión Real, que el dicho Señor de Vizcaya diere, ó mandare dar, ó proveer, que sea, ó ser pueda, contra las Leyes, é Fueros de Vizcaya, directe, ó indirecte, que sea obedecida, y no cumplida».

Todo el Fuero está articulado en «leyes» que comienzan con la misma o muy parecida forma: «Que havían de Fuero, é costumbre, é Franqueza, é Libertad...». Y todo él está permeado por la idea de la aceptación y acuerdo por parte del Señor de los fueros de los habitantes del señorío. Y me parece que si interpretamos con herramientas actuales la estructura interna de las normas jurídicas que así se expresan en el Fuero Nuevo podremos llegar a una conclusión algo más plausible de lo que significa la cláusula de los derechos históricos en una Constitución contemporánea. Si lo examinamos desde cierta perspectiva podemos advertir que sus normas más importantes se expresan como «inmidades» frente al poder del Señor, es decir, que todo el Fuero está cruzado por la idea estructural de la inmunidad frente al poder del Señor, en ciertas materias y bajo ciertas condiciones, entre las que se encuentra, obviamente, el acuerdo con el Señor para la aceptación de esas normas.

La técnica normativa de la «inmunidad», que protagoniza el desarrollo del feudalismo en la Edad Media también en España<sup>18</sup>, puede suministrar así la idea que se contiene como núcleo de la foralidad antigua, y, si no me equivoco, puede facilitarnos la comprensión de lo que puede ser «actualizar» los derechos históricos. Para analizarla voy a recurrir a la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, desarrollada a partir de la aportación pionera de Wesley Hohfeld en los primeros años del siglo xx, aunque fijándome sobre todo en las categorías que diseña para dar cuenta de las normas de competencia (Hohfeld 1964). Los conceptos jurídicos de este tipo son construcciones teóricas abstractas para la presentación de las reglas del derecho. Por eso pueden ser útiles en la medida en que, desde esa abstracción, son capaces de dar cuenta de normas de un derecho cambiante. El problema constitucional de la remisión a los derechos históricos es que parece sugerir la idea absurda de que se recupere el contenido de reglas que estuvieron vigentes en tiempos o que han cambiado dramáticamente a lo largo de los dos últimos siglos, como lo ha hecho el derecho foral<sup>19</sup>. Los

---

<sup>18</sup> Sobre la idea de inmunidad en la Edad Media, cfr García de Valdeavellano (2000, 129 y ss). Para calibrar la continuidad entre las inmunidades medievales y las aspiraciones forales vascas, basta con leer este párrafo: «Por la concesión de la ‘inmunidad’, otorgada en un documento real, los monarcas astur-leoneses y, más tarde, los reyes de León y Castilla, atribuían al dueño del dominio favorecido algunas facultades y derechos de la potestad regia, y, en general, tal concesión implicaba en León y Castilla la prohibición de que los oficiales y agentes del rey entrasen en el dominio al que se otorgaba la ‘inmunidad’, es decir, el *introitus*; a veces también la exención a sus habitantes del pago de determinadas prestaciones y tributos debidos a la hacienda real; otras, la atribución de la percepción de dichas gabelas al dueño del dominio; y algunas, la concesión a éste último de la jurisdicción en el territorio inmune» (p. 130).

<sup>19</sup> No olvidemos que dentro de la historia de la foralidad vascongada pueden distinguirse al menos cuatro etapas bien diferenciadas: la de foralidad plena, la de neoforalidad a partir de 1837-39, la de Concierptos económicos a partir de 1876 y la de Estatutos de Autonomía a partir de 1933. Dentro de cada una de esas etapas, a su vez, la variación que sufre el contenido de las normas forales es muy importante. Subraya con fuerza —y con razón—

conceptos pueden ayudarnos a escapar de ese absurdo, porque nos permiten salir del puro contenido de las normas para situarnos en un nivel de abstracción que sin perder pie en la realidad normativa nos permita sin embargo alcanzar a ver todo ese horizonte histórico.

Hohfeld establece cuatro conceptos que se refieren a la competencia o incompetencia de un actor para cambiar las relaciones jurídicas que tiene con otros actores. Esos cuatro conceptos son poder, sujeción, no-competencia (no poder) e inmunidad, que, como es bien sabido, mantienen entre sí relaciones de correspondencia (o equivalencia) y relaciones de incompatibilidad (o, en términos lógicos, relaciones de contradictoriedad). Lo que me interesa subrayar en este momento es el particular haz de relaciones que genera la inmunidad. La inmunidad de un actor se corresponde con, o es equivalente a, la no-competencia o no-poder de otro actor, es decir, que cuando un actor cualquiera es inmune jurídicamente respecto de otro eso significa que este otro carece de la competencia necesaria para producir un cambio legal adverso en el status del primero. La inmunidad es contradictoria con la sujeción en el sentido de que alguien que goce de una situación de inmunidad jurídica con respecto a otro actor, por definición no está sujeto a éste. Por eso las inmunidades jurídicas, como ausencia de sujeción, se denotan con frecuencia, y especialmente a lo largo de la historia del derecho, con el mucho más emocional pero también más confuso concepto de 'libertades'.

Pues bien, si leemos a través de estas categorías los viejos fueros, los conciertos económicos y el sistema de autonomía, vemos que todos ellos tienen en común tres rasgos estructurales: ese conjunto de instituciones propias con ciertas competencias que antes he mencionado, una panoplia de inmunidades y una apelación tácita a la negociación y al acuerdo entre poderes. En efecto, la característica organización de las provincias vascas ha sido la de poseer

---

la variabilidad cambiante de los fueros Tomás Ramón Fernández (Fernández 1985).

un tejido institucional propio que era competente para decidir sobre las materias reguladas en el fuero, o en el concierto, o en el Estatuto de autonomía, de modo tal que para tales materias esas provincias gozaban de inmunidad jurídica en el sentido de que la Corona o el poder legislativo del Estado constitucional carecían de competencia para operar un cambio adverso en el status legal de los habitantes de dichas provincias. Por su parte las solemnidades del juramento o los complicados procesos de negociación en los que se sumergían juntas y diputaciones forales cuando una provisión del Señor era considerada contrafuero pueden sugerir quizás una idea subyacente de pacto entre el Señor y las provincias. No hay más que ver el empeño que se pone en Navarra por considerar «paccionada» la ley que se promulga a partir de la situación de 1839. Seguramente por eso se da la paradoja de que cuando la ley de Cánovas de 1876 procede a suprimir las exenciones fiscales y militares que disfrutaban los habitantes de las provincias, se genera una fuerte reacción en favor de los fueros pero, poco después, sin embargo, se acepta de buen grado el primer concierto económico. Porque el concierto —al margen de su pingüe significado económico— tiene el mismo «espíritu», el mismo sabor, que los fueros: competencias provinciales, inmunidades fiscales y pacto con la Hacienda estatal. Hasta el punto de que, siendo como fue algo que se concedió a las provincias *en lugar* de los fueros, se tornó en poco tiempo en uno más de sus «derechos históricos».

Por tanto, y de acuerdo con las consideraciones anteriores, puede sugerirse que cuando la disposición adicional primera de la Constitución menciona los «derechos históricos» hace referencia en abstracto a una cierta organización institucional de las provincias con un cierto sabor representativo, a un abanico de inmunidades como halos jurídicos de protección de un estatus frente al poder jurídico externo, y a una apelación a métodos de transacción y consentimiento para configurar las relaciones entre poderes y dirimir las controversias. Algo tan vago como todo eso y que, debido precisamente a sus problemas de vaguedad, generará controversias interpretativas y teóricas. Por cierto, que si es así, como me parece,



entonces la idea de derechos históricos es incomprensible sin la percepción del ordenamiento provincial vascongado, con sus juntas, diputaciones, competencias e inmunidades, como algo integrado siempre en un ordenamiento jurídico más general. La inmunidad y el pacto presuponen siempre la existencia de dos agencias de poder que coexisten. Carecen de sentido si no es en un orden jurídico plural. A nadie en el país vasco se le ha ocurrido nunca apelar a sus fueros, privilegios y franquicias frente a la Corona inglesa, por ejemplo. Frente a ella no se tiene inmunidad sino independencia. Pasemos ahora a este espinoso tema.

La que acabo de dar puede considerarse la interpretación racional-normativista de la adicional primera. Tratemos ahora de ver cual pudiera ser la interpretación historicista. Quizás desde el principio del foralismo, pero en todo caso durante las última décadas del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX y al lado de la reivindicación de la reintegración de los fueros como régimen jurídico, la percepción de las provincias vascas como estructuras articuladas por un derecho foral propio fue cambiando paulatinamente debido a las influencias del primer pensamiento nacionalista europeo y los errores y atropellos innecesarios de que fueron objeto esos derechos por parte de la variante más castiza y españolizante de la idea de la unidad de la monarquía. El resultado de ello fue que la idea de los derechos históricos se fundió con las aspiraciones que vehiculaba el nacionalismo. Y con ello se reforzó la otra visión teórica del problema. El concepto de 'derechos históricos', adquiere entonces entre nosotros un peculiar significado<sup>20</sup>. Dos son las nove-

---

<sup>20</sup> Dudo de que, como sugirió García Pelayo en un resonante artículo periodístico que parece haber sentado doctrina (García Pelayo 1978), ese significado peculiar pueda asimilarse al que por aquella época se estaba difundiendo en Europa en un contexto de problemas territoriales ajeno al nuestro con la categoría de *historische Staatsrecht*. Se utiliza allí para denotar algo que no tiene relación con los problemas forales: para justificar reivindicaciones territoriales en la primera posguerra europea por parte de grupos humanos y minorías desplazadas que se consideran naciones y aspiran a anexionarse o establecerse en territorios que habían ocupado en tiempos o que consideran condición necesaria para su desenvolvimiento como na-

dades para las que la categoría se va a pretender ahora. En primer lugar para la conformación de la idea de nación como sujeto colectivo que puede ser titular de derechos. En segundo lugar, y derivado de ello, para la afirmación de un derecho originario e inalienable al autogobierno o autodeterminación. La locución 'derechos históricos' pasa así entonces a exhibir un predominante o exclusivo sentido subjetivo: los derechos históricos como derechos subjetivos de un actor político y social<sup>21</sup>.

Es necesario insistir en la diferencia entre las dos perspectivas, que no es sino una expresión más de la diferencia que he venido trazando entre los modos de concebir el derecho mismo. Vamos a pasar de una consideración de los derechos históricos como un concepto cuyo referente son órdenes jurídicos provinciales complejos cuya profunda evolución en el tiempo no les impide sin embargo presentar como órdenes unos rasgos abstractos peculiares, a una visión de los derechos históricos como derechos subjetivos de naturaleza personal adscritos a un ser colectivo. Y además no se trata de unos derechos subjetivos que deriven, como suele ser el caso, de un superior derecho objetivo que los crea y protege, sino de unos derechos anteriores pertenecientes a «pueblos», originarios, inalienables, como si se tratara de derechos naturales o derechos morales anteriores al ordenamiento y fundamento de éste (Corcuera 1991, 41).

En primer lugar, la categoría teórica de «pueblo» pasa al primer plano de la escena. Lo que se postula ahora, en la estela de lo que hemos visto al analizar las aportaciones de la Escuela Histórica, es la existencia de entidades grupales o colectivas como seres vivos y actuantes, actores privilegiados en el proceso histórico y dotados de una personalidad propia. Los vascos no son vistos entonces como un conjunto amplio y complejo de seres humanos que participan de algunas propiedades comunes, como la de utilizar una lengua propia o una convicción religiosa, y que interaccionan de acuerdo con

---

ción. Sobre la discusión actual de la categoría «derechos históricos» en ese contexto, remito a Gans 2003, cap. 4 y Meisels 2005, cap. 3.

<sup>21</sup> Vio esto con particular lucidez inmediatamente Francisco Tomás y Valiente (Tomás y Valiente 1979).

unas pautas arraigadas en su historia; un conjunto además con límites borrosos y abiertos. Son, por el contrario, vistos como partes integrantes de una unidad superior, el Pueblo, un todo orgánico y vivo con capacidad de actuar, una nación, un «ser» distinto de la mera yuxtaposición de individuos, un ente real.

En segundo lugar, esa suerte de sustanciación o entificación de los términos que usamos en el lenguaje para hacer referencia a realidades colectivas hace aparecer ante nosotros el perfil posible de un nuevo titular de derechos subjetivos. No se trata ya de denotar complejos de normas jurídicas, sino facultades o pretensiones pertenecientes a un sujeto jurídico-político de naturaleza colectiva. De hecho se acaba por afirmar solemnemente que tales sujetos tienen derechos, precisamente los derechos históricos.

Y, en tercer lugar, dado su carácter de sujeto histórico político conformador de lo que se llama un «pueblo» y dado que los pueblos, por sí mismos y porque así lo establecen algunos documentos internacionales, son titulares del derecho de autodeterminación, los derechos históricos acaban por ser identificados con el derecho de autodeterminación de los pueblos, con un derecho «inalienable» al autogobierno. La reivindicación foral se torna entonces en el derecho a la soberanía plena, y ésta, de modo natural, en el derecho a caminar hacia la conformación de una unidad política independiente. Hemos viajado así desde la aspiración a la reintegración foral hasta algo que se encuentra cercano al derecho de secesión. Porque si se entienden los derechos históricos así, con su peculiar *motto* de irrenunciabilidad, su final coherente no puede ser sino la independencia del sujeto político que es su titular.

Y por lo que a nuestra exégesis de normas jurídicas positivas concierne, es hora ya de que digamos cuál es la solución de uno de los misterios que habían determinado el cambio de tenor entre la adicional primera de la Constitución y las diferentes y sucesivas adicionales que aparecían en los Estatutos en vigor: el misterio del paso de 'territorios' a 'pueblos' y de 'régimen foral' a 'derechos originarios'. Y la solución no es más que, mientras que la Constitución se mantiene en el terreno de la teoría racional-normativa del

derecho a la hora de interpretar la noción de derechos históricos, los diferentes estatutos se han pasado con armas y bagajes a la visión historicista. Es hora ya, por tanto, de cuestionarse si eso no supone un quebrantamiento de la Constitución (o una convención innovadora, o una mutación inadvertida) y qué fundamento puede encontrarse para realizar esa lectura radicalmente nueva de la cláusula. Para ello hemos de penetrar un poco en los fundamentos de esa visión del mundo jurídico que se puso en circulación con el historicismo jurídico y ha llegado hasta nuestros días.

#### IV. LAS APORÍAS DE LA TEORÍA HISTORICISTA DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS

Empecemos por la postulación de «pueblos» y «naciones» como sujetos posibles de esos derechos. El uso predominante del lenguaje político y jurídico que se hace en ese discurso suele ignorar algunos peligros y deslizamientos que se producen con frecuencia a la hora de dar cuenta de la realidad social y política. Hablamos de grupos o conjuntos sociales, tales como familias, naciones, pueblos, clases, sociedades, civilizaciones, minorías, etc., como si se tratara de ‘cosas’ que pueden diferenciarse de los individuos, objetos que ‘están ahí’ en la realidad externa y pueden ser definidos por un conjunto preciso de propiedades. Pero, como ya nos advirtió Popper hace años, todas esas cosas «son en gran medida postulados de las teorías sociales populares, más que objetos empíricos» (Popper 1983, 409). En el mejor de los casos los conceptos que usamos para denotarlos son construcciones o modelos abstractos que nos sirven para interpretar ciertas relaciones complejas entre seres humanos en el contexto, por así decirlo, de los grandes números. Pero no debemos nunca olvidar que no se trata de conceptos cuya referencia semántica sean objetos empíricos que existen en la realidad. Esto, sin embargo, es sistemáticamente olvidado por el pensamiento social holista. Y como consecuencia de ello se embarca con frecuencia en dos operaciones semánticas de dudosa justificación. En primer lugar, cuando constata la existencia de ciertas propiedades

comunes a algunas relaciones humanas individuales en un marco social dado, no se detiene en esa constatación sino que va más allá y se desliza inadvertidamente hacia la entificación de esas propiedades transformándolas en un objeto real actuante y vivo; por ejemplo, si el uso de una lengua en las relaciones individuales es minoritario en un contexto social, no se conforma con dar fe de ello, sino que lo transforma en un ser: la minoría lingüística. En segundo lugar, lleva a un plano superior esa metodología organicista y no se resigna a denotar con un concepto general un conjunto complejo de interacciones individuales presididas por ciertas pautas de coordinación, que es lo que es en definitiva un grupo humano, sino que postula la existencia de ese conjunto como si se tratara de un ser vivo, un actor unitario con propiedades precisas. En esta postulación de seres vivos sociales se desenvuelven con demasiada frecuencia aquellos que hablan de «pueblos» y «naciones», y acaban imaginándolas como grandes entidades morales vivientes que expresan deseos y preferencias, tienen intenciones y pueden ser objeto de ultraje, insulto o traición. Hablar, por ejemplo, de que España 'desea', Cataluña 'considera' o el Pueblo Vasco 'reivindica', acaba por dejar de ser una mera *façon de parler* y se transforma en un enunciado sobre estados psicológicos de un ser, de una realidad viviente. Con ello se operan dos alteraciones sustanciales de nuestra comprensión sociológica y ética de la sociedad. Por un lado se pierde de vista de golpe la complejidad de toda realidad social: esos entes sociales holistas acaban por ser percibidos como objetos uniformes y monolíticos, y con ello se cierra el paso a toda comprensión de su dinamismo y diversificación interna. Por otro lado se invierte perversamente la percepción de la experiencia moral: en lugar de que clases, pueblos, minorías o naciones incorporen su valor moral a partir del carácter y las acciones de los individuos que los componen, son éstos los que acaban por ser identificados como agentes morales por su pura pertenencia a aquellos. El que fue llamado en tiempos «mito de la autoidentidad humana» empuja a los que postulan tales entidades a pensar que, si renacen y se realizan históricamente, los individuos singulares que pertenecen a ellas al-

canzarán la autorrealización personal en el plano de la cultura y también en el de la ética.

Es obvio que no es posible presentar aquí todos los problemas lingüísticos y epistemológicos que se hallan detrás del uso cotidiano de nuestra terminología política y sociológica. Baste decir que, a partir de ellos y de las perplejidades en que nos sumen, puede dudarse con fundamento de la utilidad de hablar de cosas tales como los «pueblos», las «naciones» o las «civilizaciones» como si de seres existentes se tratara. Dado el poco éxito que hasta ahora se ha tenido para enumerar las propiedades que han de estar presentes para que el uso de tales conceptos pueda ser considerado adecuado, es quizás mejor abandonarlos<sup>22</sup>. En todo caso, además, las exploraciones filosóficas contemporáneas que tratan de dar cuenta de la construcción de la realidad social no descansan en afirmación alguna sobre entidades colectivas empíricas de ningún tipo, sino en la presencia y detección en las relaciones humanas de normas y actitudes normativas cuya existencia social 'crea' la realidad de los pretendidos entes colectivos<sup>23</sup>.

En segundo lugar es preciso enfrentarse a continuación con la pregunta por la posibilidad de atribuir derechos subjetivos a dichas supuestas entidades. Es este un uso que, como consecuencia del éxito popular que ha tenido en las últimas décadas la categoría normativa de los «derechos» o de lo que suele llamarse en la dogmática usual «derecho en sentido subjetivo», ha acabado por extenderse sin ningún rigor. Toda reivindicación imaginable se hace

---

<sup>22</sup> Por razones que no me voy a detener a analizar, no me parece tampoco convincente la propuesta de C. Ulises Moulines de concebir 'nación' como un «concepto teórico», no observacional, que se pueda insertar en un argumento abductivo cuyas conclusiones pongan de manifiesto que las naciones existen como realidades profundas. Tampoco comparto la idea de que es bueno que se estimule el nacionalismo porque es bueno que el universo goce de la mayor diversidad posible. No veo nada de moralmente preferible en el mero incremento de la diversidad, pero si lo fuera, entonces el localismo sería mejor moralmente que el nacionalismo, y el individualismo sería preferible a ambos (debo esta reflexión a Alfonso Ruiz Miguel) (C. Ulises Moulines 2001).

<sup>23</sup> Sólo puedo aquí reenviar al importante libro de John R. Searle, *The Construction of Social Reality* (Searle 1995).

ya en términos de derechos individuales y a todo se le pretenden adscribir tales derechos. Lo que sucede es que eso está bien para el lenguaje popular, pero quizás no sea tan recomendable en un discurso serio y técnico de derecho o política. De hecho es un tema altamente controvertido tanto en la teoría como en la aplicación práctica (Hartney 1995, Rodríguez Abascal 2002). Para presentar sólo los meandros del debate que ha suscitado resumo aquí los principales argumentos: para empezar, los derechos son una técnica normativa que exige para ser usada con éxito de una muy precisa determinación de quién es su titular, quién los ejerce y cómo se les puede dar satisfacción. Es inútil conceder derechos a entidades indefinibles, pues no se puede saber cuando se da el caso de que tales entidades están presentes, cuándo tienen esos derechos o cuándo carecen de ellos, así como tampoco se puede saber cómo y cuándo se ejercen. Se dice, además, con ciertos visos de verosimilitud, que todo derecho concedido correctamente a un grupo puede ser descompuesto conceptualmente en derechos individuales de los integrantes de ese grupo, en cuyo caso su existencia sería redundante. Por otra parte, cuando en la experiencia jurídica se conceden derechos a entidades colectivas se conceden siempre a entidades o instituciones, por ejemplo, las personas jurídicas (sociedades, asociaciones, fundaciones, etc.), que cumplen claramente con dos condiciones: tienen una identificación precisa e individualizada, y han articulado normativamente en su interior algún mecanismo de representación que nos informa con precisión de cuándo la entidad colectiva 'actúa' a través de sus órganos. Es decir, no se trata de pretendidos seres anteriores a las normas sino de 'personas' artificiales construidas por las normas del sistema jurídico. Desdichadamente, la inmensa mayoría de las entidades que se postulan por el pensamiento social historicista, como los «pueblos», las naciones llamadas «culturales», o las minorías, no son capaces de satisfacer tales requisitos. Es muy dudoso, por tanto, que puedan serles atribuidos derechos, y puede en todo caso darse por seguro que, más allá de las usuales afirmaciones retóricas, esos derechos no pueden ser articulados institucionalmente y por tanto no pueden ser ejercidos.

Simplemente son alegados retóricamente y esgrimidos con patente arbitrariedad como demandas que pueden ser satisfechas.

Y en tercer y último lugar, el derecho que se pretende acordar a esas entidades de tan difícil definición no es un derecho cualquiera sino nada menos que el derecho de autodeterminación. Si se hace caso a algunos intérpretes, la cláusula de los derechos históricos no es sino una suerte de circunloquio que en el fondo equivale al derecho de autodeterminación del pueblo vasco. Esa sería la razón por la que aparece constantemente en disposiciones adicionales como cláusula de reserva que mantiene abierto el proceso de asunción de competencias. Pero si es así, la cuestión es si el derecho de autodeterminación puede ser aplicado a un caso como éste, en el supuesto de que pueda ser aplicado a caso alguno. Si comenzamos a pensarlo desde el plano constitucional, la opinión de la doctrina es pacífica sobre que la Constitución no reconoce el derecho de autodeterminación de ningún presunto «pueblo» que pueda vivir dentro de los límites del ámbito de aplicación territorial de sus normas propias. Más tarde examinaré una posible interpretación de este precepto como «*lex specialis*», pero adelanto que sólo prosperará en parte, y puede seguir manteniéndose que la Constitución, ni explícitamente ni a través de circunloquios interpretativos reconoce tal derecho. Para pensarlo hemos pues de salir del derecho español. Y la vía hacia el derecho internacional es la apelación a los Pactos de Nueva York reconocidos por España, y el artículo 10,2 de la Constitución, que reconoce fuerza interpretativa a dichos pactos. No necesito decir que incluso en su marco más propio de derecho internacional, el derecho de autodeterminación es un derecho altamente controvertido<sup>24</sup>. Y desde luego, la mayoría piensa que, para decirlo lisa y llanamente, no se reconoce allí el derecho de autodeterminación de territorios o pueblos internos a un Estado ya reconocido legalmente por la comunidad internacional. Y ello porque el

---

<sup>24</sup> Reenvío aquí a dos estudios sobre su aplicación a la situación española, el de Luis Sanzo, más a favor de su aplicación al caso de Euskadi (Sanzo 2001, 25ss.), y el de Luis Rodríguez Abascal, más crítico (Rodríguez Abascal 2004).



reconocimiento del derecho de autodeterminación de los pueblos por las Naciones Unidas se consolida en la *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples* de 1960, con una cláusula que luego reproducen textualmente los Pactos de Nueva York, pero que siempre y necesariamente va escoltada por el artículo 6 de dicha Declaración, que dice así:

*«Cualquier intento dirigido a la ruptura parcial o total de la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas».*

Se ha llegado incluso a decir que tal precepto produce un auténtico bloqueo semántico que hace lógicamente imposible atribuir un significado claro a los términos de ambos enunciados jurídicos (Makinson 1988). Pero no lleguemos a tanto. Conformémonos con la más plausible interpretación de que la Declaración mencionada se produce en el marco del proceso descolonizador y hace referencia a situaciones que se hallan claramente determinadas por el par metrópolis/colonia externa que configura algunas de las relaciones internacionales del siglo XIX. A menos que alguien pueda pensar que Vizcaya, Guipúzcoa o Tarragona encajan en ese modelo, no se les pueden aplicar las normas de las Naciones Unidas sobre derecho de autodeterminación.

Quedaría entonces tal derecho como una suerte de derecho natural o derecho en sentido moral. No voy ahora a adentrarme en esa exploración, pero no estará de más que recuerde al respecto algunas cosas: primera, el argumento que trata de caminar desde la constatación de la existencia de una realidad social natural o histórica a la postulación de una conclusión de ética normativa, por ejemplo, en forma de derechos o deberes, es *siempre* inconcluyente. Segunda, la idea de un derecho moral de los entes colectivos fuerza a la construcción de una suerte de realidad moral que está más allá de los individuos, y no es infrecuente que resulte incompatible con la cualificación de éstos como agentes morales plenos.

Por ejemplo, sus derechos morales pueden ser ignorados y violentados por esa entidad moral superior. Tercera, el derecho de autodeterminación puede funcionar como un mito, es decir, como una idea-fuerza que se utiliza con función de 'manifiesto' (George 1991), pero entonces no puede afirmarse que estemos ante derecho alguno exigible, sino, nuevamente, ante un modo de hablar o una motivación política difusa que se presenta en escena con el disfraz de un derecho.

En resumen, hemos establecido un triple obstáculo a la idea de derecho de autodeterminación de los pueblos: no sabemos lo que son los pueblos, los entes colectivos del tipo de los 'pueblos' difícilmente pueden ser titulares de derechos, y el derecho de autodeterminación ni juega en el terreno interno de los Estados ni dispone de una justificación ética convincente. Yo pienso que los tres obstáculos son insuperables, pero bastaría con que lo fuera sólo uno para que la línea teórica que hereda el espíritu de la Escuela Histórica en la interpretación de la cláusula de los derechos históricos se derrumbara. Las disposiciones adicionales de los Estatutos vigentes y futuros que se pretendan configurar con arreglo a esas bases no sólo son ignorantes del alcance de la adicional primera, sino que son pura y simplemente imposibles como normas jurídicas.

#### V. LA ADICIONAL PRIMERA COMO NORMA Y COMO DISPOSICIÓN ADICIONAL

Pasemos ahora directamente a interrogarnos, ya desde la visión normativista y racional del derecho, sobre la naturaleza de la disposición adicional. ¿Qué es lo que hace esa norma y cómo se puede entender? Dedicaré este epígrafe únicamente a sus rasgos formales. Quiero, en particular, hacer algunas puntualizaciones sobre dos condiciones que son de aceptación casi unánime por la doctrina, pero de las que, sin embargo, suelen extraerse conclusiones no tan coincidentes. Me refiero, en primer lugar, a su reconocido carácter *normativo*, y, en segundo lugar, a su ubicación en el texto constitucional como contenido de una disposición *adicional*.

Vayamos con lo primero. El hecho de que el asunto de los derechos históricos de los territorios forales haya sido contemplado por primera vez en nuestra historia en una disposición constitucional ha sido, con toda seguridad, lo que ha desencadenado todo el torrente de las controversias doctrinales. Y ello porque, por si la novedad constitucional de un precepto semejante fuera poca dada esa incompatibilidad histórica entre fueros y constitución, se dice, además, que la constitución vigente, a diferencia de otras constituciones anteriores, no es meramente «programática», sino que es una constitución «normativa» con todo lo que ello supone. En consecuencia, la aparición de los derechos históricos en una de sus disposiciones tiene una dimensión normativa ineludible que pocos se han atrevido a negar antes, y nadie pone hoy en duda. La disposición adicional es una *norma*, y es una norma jurídica *vigente*.

Lo que ocurre, dejando esto, por supuesto, bien sentado, es que cabe sin embargo introducir alguna reflexión en torno al alcance que tiene eso de que una constitución, o una disposición jurídica, sea «normativa». Sabemos, por supuesto, que eso excluye la mera fuerza declamatoria, pero no sabemos precisamente en qué consiste esa su otra fuerza. Y ello porque lo normativo puede ser expresado mediante una amplia panoplia de enunciados de muy diversa naturaleza, y para que un orden (una constitución, por ejemplo) sea normativo, no es ni siquiera necesario que lo sean todos y cada uno de los preceptos que lo integran. Puede haber en él, por ejemplo, definiciones, que no tienen otra fuerza normativa que la de orientar al interprete hacia el valor semántico que da la norma a un concepto. También pueden encontrarse normas del tipo de las llamadas «constitutivas», que son aquellas que crean un estatus o una institución o establecen procedimientos jurídicos para crearlos. Puede haber, muy señaladamente en el orden constitucional, normas de competencia, cuyo alcance normativo todavía es hoy objeto de alguna controversia. Puede haber normas permisivas, en torno a las que también se ha discutido bastante. Y puede haber, evidentemente, normas prescriptivas *sensu stricto*, es decir, enunciados jurídicos que obligan o prohíben. Y me parece advertir que en las discusiones

nes de los especialistas se entiende tácitamente que el carácter normativo de la constitución es equivalente siempre a la fuerza de obligar de todas sus normas, y sólo a ella.

Ahora bien, si miramos con la perspectiva que nos da esa enumeración, para establecer la naturaleza de la adicional podría optarse por atribuirle una u otra de esas naturalezas normativas, y en función de esa elección aparecería, sin duda, un perfil característico y un alcance diferenciado para ella. Por mencionar dos de esas opciones posibles que ha manejado nuestra doctrina, la que le conlleva alcance «constitutivo» provocará seguramente un deslizamiento argumental que acabará por afirmar que lo que hace la disposición es reconocer y certificar la existencia de un ente jurídico nuevo: los territorios forales. Por el contrario, la que le atribuya un alcance prescriptivo en sentido estricto acabará por afirmar que se trata de una protección de naturaleza obligatoria, por ejemplo, la propia de una garantía institucional que prohibiera la deformación por parte del legislador del perfil característico de un instituto. Nunca, que yo sepa, se ha arriesgado la elección que a mí, sin embargo, me parece más plausible: creo que la adicional primera es simplemente una norma permisiva o, mejor, una norma facultativa, es decir una norma que faculta para hacer o no hacer determinadas cosas. ¿Y qué es lo que permite o faculta esa norma facultativa? Pues que en el diseño institucional y competencial de las provincias forales se incorporen rasgos estructurales de su ordenamiento histórico siempre que no pugnen directamente con la Constitución. Me sugiere esa opción una consideración preliminar de semántica de su texto: que los términos «respetar» y «amparar» son particularmente idóneos para definir un ámbito de no interferencia, es decir, en términos genéricos, una libertad negativa o, para expresarlo técnicamente, un permiso fuerte o una facultad<sup>25</sup>. Un segundo argumento es que cuando el párrafo segundo se refiere a la actualización de ese régi-

---

<sup>25</sup> No debe olvidarse que los términos 'respetar' y 'amparar' se incluyeron en la norma en rechazo explícito de la expresión 'reconoce y garantiza', que era la propuesta de la minoría vasca. Lojendio, sin embargo, niega importancia a una interpretación «gramatical» de estos textos (cfr. Lojendio 1988, 53).

men foral, afirma que se llevará a cabo «*en su caso*» en el marco de la Constitución y los Estatutos. Por más vueltas que uno le pueda dar a la expresión «en su caso» sólo puede significar «en caso de que se incorporen y actualicen», lo que denota claramente una tendencia a entender la eventualidad de apelar a esos derechos históricos como una pieza de derecho dispositivo al que se puede o no se puede acudir por las autoridades competentes (cualesquiera que sean), y que excluye por su propio tono la idea de obligatoriedad. Lo que quiero decir cuando afirmo que se trata de una norma facultativa es que si tales autoridades competentes decidieran ignorar ( o incluso contravenir) algunas de las normas o estructuras de los derechos históricos y diseñar un Estatuto de Autonomía, o una organización provincial o un régimen municipal que no tuviera nada que ver con ellos, no pasaría absolutamente nada, no se habría incumplido ningún deber constitucional. Los enunciados facultativos funcionan así: se puede hacer lo que permiten y se puede no hacer. La Constitución ofrece esa posibilidad, pero no la impone. Y esto, por supuesto, no deja de ser un efecto normativo de la misma. Después volveré sobre esto.

El otro aspecto formal que es preciso comentar tiene seguramente algo más de calado. Se trata de pensar qué es lo que podemos concluir a partir del dato de que nuestra debatida norma se encuentra situada entre las disposiciones adicionales de la Constitución. Los legisladores, también los legisladores constituyentes, cometen incorrecciones técnicas de todo tipo, y no se puede excluir que ignoren muchas veces las exigencias de la técnica legislativa o las remitan a un segundo plano urgidos por las demandas políticas de la situación o del momento. Ello no obstante vamos a suponerle al constituyente, como no podía ser de otro modo, una suficiente información al respecto y una voluntad decidida de pulcritud técnica. En el caso que nos ocupa hay además datos para concluir que la ubicación del precepto en una disposición adicional no fue, como tantas otras veces, fruto de la mera casualidad o de la urgencia. En el transcurso del debate constituyente hay, en efecto, un momento en que una enmienda sobre el tema del vicepresidente

del gobierno Abril Martorell es rechazada por el portavoz nacionalista vasco sobre la base precisamente de que el tema de los derechos históricos no aparece en ella en una disposición adicional, sino como un artículo nuevo dentro del texto constitucional, lo cual, declara, exige un examen profundo sobre el significado de ese cambio (Corcuera y García Herrera 2002, 19). Se era consciente, por tanto, de que las disposiciones adicionales son precisamente un lugar apropiado para situar ciertas cosas, y, en particular, creo poder adivinar, para situar en ellas los regímenes especiales. Y así la adicional primera sería, como se ha mantenido por algún autor (Porres 1992, 123), una «lex specialis», y lo sería con pleno conocimiento de causa. Y si, como afirman, por ejemplo, las directrices de técnica normativa en vigor, las disposiciones adicionales deben regular los regímenes jurídicos especiales que no puedan situarse en el articulado, y tales regímenes especiales incluyen por ello la creación de normas reguladoras de «situaciones jurídicas diferentes de las previstas en la parte dispositiva de la norma»<sup>26</sup>, entonces nuestra disposición adicional contemplaría como régimen especial una situación jurídica diferente de la contemplada en la norma constitucional. Y aquí viene el meollo de esta segunda consideración de los aspectos formales de nuestra disposición adicional primera: especial, sí, pero especial ¿respecto de qué? Situación jurídica diferente, pero diferente ¿de qué otra? Es decir ¿cuál es el régimen general con respecto al que la adicional introduce una especificidad jurídica, y que especificidad es ésta? ¿Cuál es la situación jurídica general respecto a la que la adicional establece una situación especial y qué clase de situación es ésta? Contestar a estas preguntas nos plantea ya muy directamente el alcance de esa norma jurídica adicional que abre la puerta al derecho foral. Lo que hay que ver es qué tamaño tiene esa puerta y dónde conduce.

Tenemos, pues, que identificar los derechos históricos con un régimen especial respecto al general de la Constitución. Y a esos

---

<sup>26</sup> Resolución de 28 de julio de 2005 por la que se aprueban las Directrices de técnica normativa (BOE 29 de julio de 2005), l g) 39 Disposiciones adicionales.

efectos se nos ofrecen al menos cuatro posibilidades, de menos a más importante. En primer lugar podría sugerirse que estamos en presencia de un régimen especial *municipal*, es decir, que lo que hace la adicional es permitir determinadas especialidades en materia de régimen municipal. Esto puede aceptarse, desde luego. Ahí están algunas de las disposiciones adicionales de la Ley de Bases de Régimen Local y otras normas del ordenamiento para demostrar, por ejemplo, que los entes municipales de esas provincias disfrutaban de un régimen económico-financiero especial en base a la adicional primera y la actualización de derechos históricos que ella posibilita; por ejemplo, el régimen especial reconocido en la Ley del Concierto Económico. En este punto y pese a las complejidades que siempre lleva consigo articular los regímenes especiales, no hay problema mayor.

En segundo lugar, podría pensarse que tal régimen especial se refiere a la *provincia*, y se destaca del régimen general previsto en el artículo 141 de la Constitución. Este es tema de algo más de calado, porque si los derechos históricos son el régimen foral de los territorios forales, tal régimen foral fue siempre, en efecto, un ordenamiento jurídico de las provincias vascongadas y de Navarra<sup>27</sup>, y la disposición adicional se referiría entonces a ellas, y no a otra cosa. Y el Estatuto de Autonomía del País Vasco se hace eco de esto y se muestra siempre favorable a que los «territorios históricos», es decir, las provincias, conserven, restablezcan y actualicen «su organización e instituciones privativas de autogobierno», sus «instituciones forales». La provincia, por tanto, puede diseñarse con un régimen especial, como así lo autoriza la adicional segunda de la Ley de Bases de Régimen Local.

Pero aquí ese régimen especial empieza a complicarse porque el Estatuto —además de eso— hace al respecto algo de mucha mayor importancia: introduce a la Comunidad Autónoma en el campo de

---

<sup>27</sup> Desde un punto de vista histórico es desde luego indudable que la entidad política que se va construyendo desde mediados del siglo XVIII es la provincia. Así ha sido establecido con toda claridad por José María Portillo Valdés (Portillo 1991). Creo que desde un punto de vista jurídico también.

referencia de la adicional primera, atribuyendo así tácitamente los derechos históricos también a ese ente jurídicamente nuevo y hasta entonces históricamente inexistente que es la Comunidad Autónoma. Y ahí precisamente termina la gran aventura histórica de las provincias vascongadas, porque el tercer supuesto de régimen especial basado en la adicional primera de la Constitución va a ser ocupado, con notorio afán de invadir, por la *comunidad autónoma* como tal. En el Estatuto de Guernica y —se dice— «en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Constitución», se declara competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (no de sus provincias) la enseñanza en toda su extensión. Por su parte y apelando a «la actualización del régimen foral previsto en la disposición adicional primera de la Constitución» se le atribuye también el régimen de la Policía Autónoma. Para confirmar esta decisiva novedad, aparece después la llamada Ley de Territorios Históricos, en cuya exposición de motivos se afirma, en vena claramente antihistórica, que «organizar el presente, garantizar la gobernabilidad de Euskadi en la actualidad, no es compatible con el modelo organizativo existente hasta 1839, o el sistema excepcional que derivó del primer Concierto Económico de 1878». Y el corolario inmediato de esto no es, como podría suponer algún mal pensado, que nos podíamos haber ahorrado la gran apelación a los derechos históricos y la derogación de las leyes de 1839 y de 1876. No, lo que ahora se concluye a partir de semejante obviedad es que en realidad «el fondo de poder en la Comunidad Autónoma reside en sus Instituciones Comunes». Los derechos históricos han pasado, pues, a ser titularidad de un nuevo sujeto del derecho, que no existía antes<sup>28</sup>. El régimen especial que permite diseñar la adicional primera es ni más ni menos que un régimen especial de Comunidad Autónoma. El País Vasco y Navarra configurarían así

---

<sup>28</sup> Una evidencia ulterior de que este es el fin del viaje de las históricas provincias vascongadas es que en esta Ley no se da ya la cláusula de estilo que declara que el diseño institucional nuevo se hace sin renunciar a los derechos históricos que pudieran corresponderles. Sólo las instituciones comunes disfrutaban ya del derecho histórico irrenunciable.



una situación jurídica especial en lo que respecta a sus regímenes autonómicos. Así lo confirma, por ejemplo, una disposición adicional de la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas, que acepta que, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto, se regulen las relaciones tributarias «entre el Estado y el País Vasco» por el «sistema foral tradicional del Concierto Económico». En el caso de Navarra, esta dimensión de régimen autonómico especial basado en la adicional primera es explícita desde el primer momento, pues en el artículo segundo de su Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, se declara ya que «los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral de Navarra serán respetados y amparados por los poderes públicos con arreglo a la Ley de 25 de octubre de 1839, a la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias, a la presente Ley Orgánica y a la Constitución, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero de su disposición adicional primera». Lo que ocurre es que en Navarra, dado que la comunidad autónoma es uniprovincial, no fue necesario hacer cambio alguno en la titularidad de los derechos históricos. En el caso del País Vasco la cosa es muy diferente, pues, siendo el régimen foral —es decir, los derechos históricos— de titularidad provincial, resulta que cambian ahora de dueño. Cómo se ha transferido esa titularidad desde las provincias, que eran las protagonistas del régimen foral, a la Comunidad manteniendo la misma norma adicional es cosa que cada uno explica como puede. Desde los que afirman que los representantes de los territorios han procedido a transferirlos a la nueva entidad autonómica, con lo que se descubre de pronto que los derechos históricos no eran tan inalienables e intransferibles como se venía diciendo (lo que por otra parte no hace sino confirmar la naturaleza facultativa de la adicional), hasta los que suponen que el «ser» político latente y paccionante que esta presuntamente debajo de ellos ha producido una «novación» de los términos de su contrato histórico. Ya hablaremos de esto más tarde.

Pero no acaba ahí la cosa, porque aún nos sale al paso un cuarto grado posible de naturaleza de «lex specialis» para la adicional

primera. Esta vez la especialización se operaría respecto a la *Constitución* misma como régimen general para todos los demás. La disposición adicional se transformaría así en una suerte de bisagra que permitiría abrir una hoja constitucional nueva en toda su extensión, teniendo únicamente como punto de enganche en la Constitución unos genéricos principios comunes: la Corona, la unidad política formal y poco más. Un poco al estilo del Ministro de Gracia y Justicia de 1839, don Lorenzo de Arrazola —al que se invoca a veces— que, para defender aquella exigencia de unidad constitucional de la monarquía de la ley del 39, mantuvo que «la unidad de la cosa se salva en los principios que la constituyen, en los grandes vínculos, en las grandes características y de ninguna manera en los pequeños detalles». La clave interpretativa actual de esta ambiciosa propuesta de entendimiento de la adicional como régimen especial se obtiene, al parecer, aplicando un método semejante a una expresión de la propia disposición: la expresión «*en el marco de...*»: «La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, *en el marco de* la Constitución y de los Estatutos de Autonomía». Sustentándose en ella se pretende que la actualización no tiene por qué hacerse «según» la Constitución, es decir, respetando sus preceptos, sino «en el marco» de ella, es decir, aceptando como su fundamento cuatro o cinco ideas-fuerza que puedan atribuírsele como principios inspiradores. El marco de la Constitución —viene a decírsenos— no puede ser el objeto Constitución, sino algo así como su envoltura externa<sup>29</sup>. Y el resultado que se pretende con ello es que en el País Vasco se exceptúe genéricamente la aplicación de la Constitución, porque allí hay otra cosa, una entidad política aneja a ella que pende sólo de la adicional primera. La verdad, sin embargo, es que estamos jurídicamente a un paso de la secesión. Y la respuesta jurídica a esta concepción de la adicional

---

<sup>29</sup> Resuenan, me parece, en algunas versiones de esta exégesis ideas de Ortega y Gasset en su célebre «Meditación del marco», en que considera al marco de un cuadro como un artificio cuya función es separar la pintura del resto de la realidad e individualizarla. Se trata de uno de los ensayos de su conocida serie «El espectador».

como régimen especial no puede ser más sencilla: no hay ningún dato en toda la elaboración constitucional, y ningún precepto de la misma, salvo esa peculiar interpretación de la expresión «marco», que invite a ella. Ninguno. Y la respuesta de puro sentido común, es que sería como para dejar estupefacto a cualquiera que un documento constitucional elaborado con toda reflexión dejara para una disposición adicional al final de su texto resolver precisamente el problema más importante que aborda, el de la constitución de su entidad política y la definición de sus destinatarios. Que no se quiera aceptar la Constitución es una cosa, que se pretenda que la Constitución misma habilita para ello, otra muy diferente.

## VI. REVIVIR NORMAS DEROGADAS Y DESHACER AGRAVIOS VIEJOS

Voy ahora a tratar de despejar sumariamente algunas incógnitas que plantea el segundo de los preceptos de nuestra Constitución, aquel que en el número dos de la derogatoria, declara derogadas, en tanto en cuanto pudieran conservar alguna vigencia, las famosas leyes de 1839 y 1876. Estas dos leyes han sido calificadas por muchos de «abolitorias», aunque quepa dudar de ello en algún caso, pero eso no es lo que aquí interesa. Supongamos que así lo fueron. Lo primero que sorprende aquí, desde luego (y de ahí, supongo, el «en tanto en cuanto...» del constituyente) es que alguien haya dado en pensar que tales leyes pudieran estar vigentes en 1978 en alguno de los sentidos comunes de la palabra vigente. Sólo una mente jurídica extremadamente formalista, es decir, nada historicista, puede pensar que leyes sobre las que han pasado más de un siglo, tres constituciones, dos golpes de Estado exitosos, una conmoción jurídica como la de la segunda república y toda la catástrofe normativa del orden franquista, y que además no habían sido invocadas ni aplicadas por los tribunales desde hacía décadas, pudieran estar todavía en vigor. Si estar vigentes significa sólo que han sido formalmente promulgadas y no han sido formalmente derogadas, cosa —repito— impensable para un historicista, puede ser

que estén en vigor, pero en tal caso estarían en vigor no sólo ellas, también la Constitución de la República y un sinfín de textos legales desde la Novísima Recopilación. Afortunadamente, y como no podía ser de otro modo, el concepto actual de 'derecho válido' no descansa sólo en postulados formalistas. Ni Kelsen mismo mantendría como vigentes dos textos legales de esas características.

¿Qué sentido tiene entonces derogarlos o perseguir su derogación si no puede decirse que están vigentes? Dos respuestas han podido darse a esto: la llamada «reviviscencia» de normas, y la expresión simbólica de un desagravio. Empecemos por la primera: la idea misma de que derogando una norma derogatoria pueden recobrar vigor aquellas normas que ésta hubiera derogado parece estar en el fondo de las peticiones políticas de derogación de aquellas leyes del XIX. Hay, en efecto, datos que lo confirman: Aguirre llegó a afirmar en el Congreso en 1935, es decir, casi cien años después, que «nuestra aspiración política última es la derogación de la Ley de 1839». Al parecer el Partido Nacionalista Vasco estaba convencido de que tal derogación supondría, en efecto, la restauración del autogobierno de las provincias vascas<sup>30</sup>. Y esto, por cierto, no es más que una manifestación indirecta del sustrato teórico que se utiliza para fundamentar la noción de derecho histórico. Porque la misma idea de derecho histórico parece llevar consigo, como hemos visto, una especial condición de resistencia ante la derogación deliberada por un poder político externo. Si tal cosa sucede, entonces puede hablarse de «aboliición», supresión, expolio, y expresiones peyorativas parecida a éstas, pero sin que nada de ello suponga o sea asumido como pérdida de validez por parte de esos derechos históricos porque en su condición de derechos que no pueden ser alcanzados por la voluntad de un legislador extraño continuarán su vigencia latente en la medida en que continúa existiendo el ser colectivo cuya identidad expresan y que les confiere su vigor. Por eso de derechos como éstos se afirma que son «inalienables», entendiendo con ello —de un modo confuso y falto de rigor, por cier-

---

<sup>30</sup> Tomo los datos de Fusi 1990, 200-201.

to— que no pueden serle arrebatados a su titular por un poder externo. Esto es lo que justifica seguramente la creencia persistente en que la derogación de las leyes abolicionistas por parte del poder expoliador determinará la vuelta de los derechos históricos de su aparente inexistencia.

También el positivismo jurídico ha pensado alguna vez desde sus puntos de partida empíricos y racionales que la derogación de una norma derogatoria podría producir la vuelta a la vigencia de aquellas que ésta hubiera derogado. Seguramente esa es la razón de que aparezca en algunos ordenamientos un precepto como el de nuestro Código Civil: «por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado» (art. 2,2). Pero creo que puede afirmarse que se trata únicamente del producto de un espejismo argumental un poco ingenuo y de un error teórico básico que hoy ya no pueden engañarnos. El espejismo aparece cuando se asimila inconscientemente la derogación de normas derogatorias con el principio lógico de la negación de la negación. El razonamiento intuitivo parece haber sido el siguiente: Si en la lógica proposicional, la negación de la negación de una proposición es equivalente a la afirmación de esta proposición, en la lógica jurídica la derogación de una norma derogatoria será equivalente a la «reafirmación», es decir, la vuelta a la vigencia o reviviscencia de la norma derogada por ella<sup>31</sup>. Lamento tener que decir que la asociación entre ambas operaciones es un puro espejismo. Los actos de crear y derogar normas no tienen nada que ver lógicamente con los de afirmar o negar proposiciones. La afirmación de enunciados descriptivos no obedece a la misma lógica que la emisión de prescripciones, ni la negación de enunciados a la misma que la derogación de normas<sup>32</sup>. Pero es que además, la evidencia del error teórico di-

---

<sup>31</sup> Para una exploración de ese paralelo entre doble negación y doble derogación, remito a Bacqué 1964.

<sup>32</sup> Este espejismo es uno más de los laberintos en que solemos meternos por no estar siempre vigilantes frente a la confusión entre *Rechtsnorm* y *Rechtsatz* en terminología kelseniana, o entre 'norma jurídica' y proposición normativa jurídica' en terminología más moderna (cfr. Alchourrón 1991).

sipa toda posibilidad de que eso sea así. Tal error consiste en concebir las disposiciones derogatorias como «normas», y normas que, como quiera que se mantienen presentes en el texto legal promulgado, permanecen vigentes como tales normas con él hasta tanto no son derogadas. Esto, sin embargo, es incorrecto: las llamadas normas derogatorias sólo pueden ser llamadas normas impropia-mente, porque no son normas sino actos decisorios amparados por una norma de competencia (Aguiló 1995, 92). Para entenderlo mejor es ilustrativo hacer un experimento mental: pongámonos a pensar en la *creación*, y no en la derogación de normas. En el acto de creación de normas no hay una norma «creadora» y una norma «creada». Hay un 'acto' de creación que se expresa con unas fórmulas aceptadas, mediante el que una autoridad en el ejercicio de una competencia promulga y pone en vigor una norma, que entra así a ser parte del ordenamiento jurídico. Nadie piensa que al lado de ésta norma creada entre también en vigor o persista con el texto de ella una misteriosa norma «creadora». Pues bien, exacta y simétricamente igual que no hay «normas creadoras» de normas, tampoco hay «normas derogadoras» de normas. Cuando se deroga una norma en ejercicio de una competencia sucede exactamente igual: lo que se realiza es un «acto» de derogación cuyo resultado es que una norma o un conjunto de normas son expulsadas del ordenamiento y dejan de estar vigentes, sólo que aquí, quizás porque permanece la expresión formularia de ese acto en el texto legal («queda derogada la ley...» o equivalentes) o por cualquiera otra razón misteriosa se ha venido suponiendo que había una norma derogatoria y que permanecía «en vigor» hasta tanto no fuese derogada<sup>33</sup>. Pero esto no es más que un error. Ya lo intuyó Kelsen cuando afirmó, de un modo un tanto oscuro, que las normas derogatorias

---

<sup>33</sup> Esa es por cierto la razón de que de la única reviviscencia de que pueda hablarse con sentido es de la que se da cuando una sentencia, constitucional por ejemplo, declara nulo el *acto* derogatorio, pues entonces se trata simplemente de tener por inexistente tal acto, y con ello tener a esas normas como no derogadas por él. Dudo de que esto pueda ser llamado 'reviviscencia'. Sobre todo ello remito a Díez Picazo 1990, 235 y ss.

eran «normas no autónomas» pues su vigencia pendía de la vigencia de las que derogaban, y al derogarlas desaparecían con ellas. Lo cierto es más bien que no hay norma alguna, sino un acto que expulsa la norma del ordenamiento y se marcha tranquilamente con ella. Cuando se estaba discutiendo en las Cortes la derogatoria segunda de la Constitución hubo quien —mencionando el artículo 2,2 del Código Civil— trató de disipar la alarma ante la posible «reviviscencia» de las normas forales anteriores a 1839 o 1876, pero no creo que fuese necesario; no había motivos para esa alarma porque desde el punto de vista de una teoría jurídica rigurosa es perfectamente imposible pensar que entre los diferentes estatus que puedan tener las normas haya uno que consista en una suerte de «hibernación» producida por un mecanismo derogatorio. La derogación de normas derogatorias no saca a nada de tal estado de hibernación sencillamente porque no hay tal estado ni nada que sacar de él.

Nos queda pues para entender la naturaleza de esta disposición lo que antes he llamado la expresión simbólica de un agravio. A petición de la minoría vasca el constituyente ofrece a un sector de los representados en la cámara un enunciado en el que se expresa un acto derogatorio de normas antiguas que seguramente no están ya en vigor, pero que, en todo caso, constituyen para ese sector un viejo agravio. Con ese acto derogatorio simbólico se procede a dar satisfacción a una aspiración histórica mantenida a lo largo de muchos años<sup>34</sup>. Se hizo seguramente como un gesto, pero también se pensó que quizás sirviera para algo en términos extra-jurídicos. Temo que, lamentablemente, no fue así.

---

<sup>34</sup> Es sabido que Miguel Herrero de Miñón defendió en el Congreso la enmienda de UCD que introducía esta cláusula derogatoria apelando a la dimensión «afectiva», al «halo emotivo» que las palabras de la ley conllevan: «Es a la dimensión afectiva de las normas de 1839 y de 1876 a las que se dirige precisamente esta disposición derogatoria».

## VII. UNA SUGERENCIA DE JAVIER CORCUERA: LA ADICIONAL COMO PRINCIPIO

Vamos ahora a analizar algunas propuestas teóricas que se han hecho para tratar de establecer la naturaleza de nuestra cláusula adicional. Si las utilizo como referente doctrinal es porque, por una parte, creo que son las reflexiones más importantes que se han hecho sobre ella; y también porque han sido sin duda las más influyentes en la práctica jurídica y política de estos años. Voy a ordenarlas de menor o mayor intensidad, es decir, según el grado de importancia y efectos que atribuyan a la cláusula. La primera de ellas es la de Javier Corcuera (Corcuera 1991, Corcuera y García Herrera 2002). Creo que puede afirmarse que para Corcuera la adicional primera de la Constitución empezó por ser lo que quedaba de un fiasco. A lo largo de los debates constituyentes el nacionalismo vasco trató por todos los medios de incluir en la Constitución los ingredientes básicos de su ideario (libre determinación, soberanía originaria, etc.) y uno de los modos de hacerlo fue recuperar el discurso foralista de principios de siglo que identificaba fueros con independencia y reintegración foral con recuperación de la plena soberanía (Corcuera 1991,39). La famosa enmienda 689 del Partido Nacionalista Vasco fue hecha con la vista puesta en esos objetivos máximos, y lo que en ella se decía de reintegración foral, devolución de poderes originarios y pacto foral con la Corona no eran sino fuegos de artificio para presentar a su electorado y al resto de los grupos una opción independentista de corte contemporáneo. Una propuesta con tan pocas posibilidades de prosperar deja sin embargo huella en la Constitución como consecuencia del marco en el que se realiza. Un marco en el que la política y el derecho se manifiestan unidos con especial intensidad, y que no se puede captar adecuadamente sin tener en cuenta la persistencia terca de la violencia terrorista respaldada por un sector de la población vasca que transforma los lógicos desacuerdos políticos en una «cuestión», la cuestión vasca. Así las cosas, los diferentes grupos políticos de las Cortes constituyentes se sienten inclinados a aceptar alguna de



las cláusulas de aquella enmienda, o al menos algo de su sentido, para traer a la minoría vasca al consenso constitucional. No se dio sin embargo a tal minoría una satisfacción bastante para que aceptara la Constitución —Corcuera sugiere incluso que eso era lo que pretendía desde el primer momento el nacionalismo vasco— pero quedó en el texto constitucional una disposición adicional y una transitoria. Y como está ahí y no puede ser considerada simplemente un adorno retórico, algún significado jurídico es preciso darle.

Persiguiendo minuciosamente los efectos jurídicos de la adicional en el ámbito autonómico y jurisprudencial Corcuera concluye que, aunque al principio pudiera haber parecido «el testimonio de un fracaso», la disposición tuvo una utilidad jurídica evidente. «La virtualidad de la actualización de los derechos históricos ha permitido poner en marcha peculiaridades que no podían imaginarse al aprobarse el Estatuto» (Corcuera-García Herrera 2003, 116-118). No me interesa, sin embargo, descender ahora por la cascada de disposiciones autonómicas y locales que pueden reclamarse de la adicional primera de la Constitución, sino reflexionar sobre dos propuestas teóricas que sugiere Corcuera para entenderla. La primera de ellas es la distinción en la foralidad entre «régimen» y «título»; la segunda, de la que me ocuparé más ampliamente, la idea de que la adicional puede funcionar como un «principio».

Por lo que respecta a lo primero, se nos llama con agudeza la atención sobre «la histórica capacidad de lo foral para disponer de dos caras, como concreta norma histórica y como título impreciso del que pueden deducirse nuevas peculiaridades, actuar una de ellas y ocultar el contenido no aplicado». Esto determina una cierta dificultad para identificar el contenido de la adicional, pues la foralidad aparece efectivamente como régimen foral y como título derivado de una historia (Corcuera y García Herrera 2002, 41, 85). De hecho, como sabemos, la imagen de la foralidad ha sido siempre cambiante, y uno de sus cambios más importantes ha sido precisamente el de ir paulatinamente apareciendo como título más que como conjunto normativo recuperable. ¿Se ha proyectado esto

mismo sobre la adicional? El punto de partida de éstas páginas ha sido que cuando la adicional habla de derechos históricos de los territorios forales y acepta su actualización, hace referencia a un régimen jurídico histórico (el régimen foral) y menciona su ámbito de validez territorial: los territorios forales. En ningún caso puede suponerse que la adicional reconozca un nuevo sujeto histórico titular de derechos. El único sujeto de derechos autonómicos que se contempla en la Constitución es la eventual Comunidad Autónoma que se constituya en el correspondiente Estatuto. ¿En qué sentido podría entonces decirse que la foralidad constituye un «título»? Para contestar a esto será bueno que en una materia que, como esta, versa sobre normas de competencia procedamos a diferenciar dos cosas que a veces se confunden inadvertidamente: el título para tener la competencia y la competencia misma. El 'título' es la justificación normativa de una norma de competencia, y la 'competencia' en sentido estricto es el contenido de poderes que confiere esa norma, es decir, la definición de aquello que puede jurídicamente hacerse. Por ejemplo, el artículo 10 del Estatuto de Autonomía del País Vasco establece que la Comunidad Autónoma del País vasco «tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:...». Se trata, claramente, de una norma de competencia. ¿Cómo se justifica normativamente esta norma? Pues por apelación a un título jurídico que le permite incorporar esa competencia. Y el título en este caso podría ser (entre otros) el artículo 148 de la Constitución, que faculta a las CCAA para asumir competencias en esas materias. Pues bien, lo mismo puede ser dicho de la adicional primera: es un título especial que justifica normas de competencia, pero no es una norma de competencia en sí misma. Apelando a este título, por ejemplo, el artículo 16 del propio Estatuto puede justificar una norma de competencia sobre la ordenación de la enseñanza. La conexión entre título justificatorio y norma de competencia puede ser directa o tener más eslabones y hacerse más compleja, pero su esqueleto básico siempre es el mismo. ¿Qué lugar ocupa la foralidad en ese itinerario? Pues el de un residuo jurídico indefinido que sólo a través del 'título' que es la adicional primera

puede incorporarse a una norma de 'competencia' del Estatuto. No constituye por sí misma ni un «título autónomo» que pueda justificar competencias, ni una colección directamente aplicable de normas de competencia.

Vayamos ahora al tema de la naturaleza de «principio» de la disposición adicional. Desde luego el tenor de la misma invita a considerarla así. Por un lado su contenido, el régimen foral, es tan cambiante y tan abierto que, como hemos visto, difícilmente puede determinarse en qué consiste o cuál es la estructura constante de ese régimen, si es que la tiene. Por otro lado, expresiones como «amparar» y «respetar», o actualizar «en el marco» de la Constitución y los Estatutos, son tan sumamente vagas que es difícil también encontrarles un significado aceptado. No cabe duda, en relación con esto, que buena parte de la discusión doctrinal puede ser vista precisamente como una discusión interpretativa de estos enunciados. No tiene, pues, nada de extraño que algunos autores se hayan inclinado a considerar la adicional como un principio jurídico, o, como afirma Corcuera, como norma que manifiesta su eficacia como un principio (Corcuera 1991, 279). Según los autores este principio se formularía de modo diverso: «derecho a una autonomía amplísima» (Celaya), «densidad histórica del autogobierno» (Lojendio), «reconocimiento de las peculiaridades de la autonomía del País Vasco» (Corcuera), etc.

Empiezo por advertir que lo que Corcuera nos propone no es una construcción teórica desarrollada, sino más bien una sugerencia interesante de la que voy a partir para tratar de concluir que la adicional primera no puede ser considerada un principio ni interpretada como tal. Corcuera toma la idea de un artículo de Leticia Gianformaggio en el que junto a conclusiones plausibles pero muy genéricas, se hacen también afirmaciones bastante controvertibles<sup>35</sup>. Por ejemplo, puede aceptarse que debemos tomar a la Cons-

---

<sup>35</sup> Sigo su pensamiento a partir del mismo ensayo que menciona Corcuera, aunque sólo he podido consultar la versión italiana «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», en Gianformaggio 1986.

titución como un texto normativo y no meramente programático, pero está menos claro que la primacía de la Constitución se base en que es expresión de principios generales, ni que ello imponga siempre interpretaciones extensivas de sus enunciados. Tampoco que la diferencia entre reglas y principios sólo pueda apreciarse en el momento de aplicar la norma, o que la aplicación de un principio lleve implícito siempre un conflicto con otro principio<sup>36</sup>.

En mi opinión sólo podría aceptarse que la naturaleza de la adicional primera es la de un principio si nos quedáramos en los rasgos formales que antes mencionaba: sería un principio porque es una norma muy general, y sería un principio porque es una disposición redactada en términos extremadamente vagos<sup>37</sup>. Esto sólo, sin embargo, es considerado hoy como insuficiente para identificar a un enunciado jurídico como un principio. Y lo peor es que seguramente no pueden aceptarse para ella otras dimensiones más fuertes de esta escurridiza noción. No es una directriz o norma programática, ni es una norma que expresa valores superiores del ordenamiento o de un sector del mismo. En el primer caso —principio como norma programática— porque siguiendo la caracterización que de ellos ha hecho famosa Robert Alexy, los principios en este sentido serían «mandatos de optimización», es decir, normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibi-

---

<sup>36</sup> Leticia Gianformaggio incurre además en alguna importante contradicción. Por ejemplo, en la p. 97 afirma que «no es en el ámbito de las disposiciones de la ley donde se puede distinguir entre las reglas y los principios, sino en el ámbito de los significados de esas disposiciones. Y por ello una misma disposición pudiera muy bien ser entendida unas veces como regla y otras como principio», pero después, en la p. 124, escribe: «como ya he dicho, la formulación de la disposición constitucional indica ya si ella es entendida como regla o como principio, y la carga de la argumentación recae totalmente sobre quien no quiere atenerse al dato textual». Estas dos aserciones se contradicen. Yo estoy de acuerdo con la segunda, pero no con la primera.

<sup>37</sup> Para moverme en las complejas aguas de la noción de principio, sigo la guía de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (Atienza-Ruiz Manero 1996, capítulo I).

lidades jurídicas y fácticas<sup>38</sup>. Y no veo cómo puede pensarse que la adicional primera funcione de este modo. No ordena que se realice nada en la mayor medida posible, y tampoco manda que se optimice nada. No me parece que pueda pensarse que la adicional signifique que se ha de incorporar y actualizar el régimen foral «todo lo que se pueda». Más bien creo, como he dicho, que faculta simplemente para hacerlo. Y tampoco me parece convincente verla como una norma que expresa un valor que ha de presidir el ordenamiento autonómico vasco, con una función doble de explicación y justificación. Ello supondría aceptar que los derechos históricos han de inspirar de algún modo el desarrollo de la autonomía vasca, y que ésta no se explicaría sin tales derechos históricos, sin el antecedente del régimen foral. Respecto de la función explicativa de los principios no parece que los derechos históricos cumplan dicha función, pues ni sintetizan el derecho autonómico vasco ni le dan sentido (Atienza-Ruiz Manero 1996, 20). Respecto a su función justificatoria, tengo que confesar que tampoco advierto por ningún lado que el tenor de la adicional sea el de un *principio* justificante. Puede ser que justifique cosas, como luego veremos, pero no se trata de un principio, sino de una regla. Una regla que puede tener distinto valor justificante según la posición teórica que se acepte sobre ella. Para una mentalidad racional-normativista es la propia adicional como norma perteneciente a la Constitución la que justifica algunas posibles peculiaridades del derecho autonómico vasco. Pero en todo caso se trata de una regla, no de un principio. Para una mentalidad historicista, lo que hace la Constitución en la adicional primera es negarse a sí misma y abrir la puerta a los derechos históricos pre-constitucionales como criterio último de justificación tanto de las competencias como de las normas de conducta emanadas de las autoridades vascas. La legitimidad del complejo institucional vasco descansaría en los derechos históricos. Esto es

---

<sup>38</sup> Por ejemplo, el artículo 44,1 de la CE («Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho») sería claramente un caso de principio en el sentido de directriz o norma programática.

francamente discutible, como luego veremos, pero en todo caso no veo por qué la realización de esa tarea necesite de un principio en lugar de una regla. Creo que una regla de reenvío a los 'derechos históricos' cumpliría perfectamente tal función.

En definitiva, su característico lenguaje vago y genérico no autoriza, sin más, a ver en ella un principio, y tampoco su función parece ser la propia de los principios. Por último, no parece tampoco comportarse como tal en el momento de aplicación, pues no se me ocurre cómo pueda darse en torno a ella esa pretendida actividad de ponderación y peso que se dice demandan los principios. Más bien tengo la impresión —para aceptar la inteligente disección que en muchas publicaciones ha hecho Corcuera sobre ella— de que esa conflictiva convivencia entre política y derecho que se da en todo lo que se refiere a la autonomía vasca, ha llegado a teñir también a la propia doctrina, que busca inconscientemente en ella algo muy especial: que tal autonomía sea «amplísima» o que tenga mucha «densidad», para usar dos posiciones mencionadas, y se ha creído encontrar el fundamento para esto en la concepción de la adicional como principio.

#### VIII. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ Y LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA FORALIDAD

La segunda propuesta teórica que vamos a examinar es la de Tomás Ramón Fernández (Fernández 1985). En ella se adelantaba por primera vez la idea de que la disposición ofrecía una «garantía institucional» de la foralidad. Además de en sí misma, por su rigor y seriedad, su importancia descansa en que ha sido acogida en parte por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por ciertos sectores de la doctrina. Aquí no voy a discutirla en su literalidad, voy más bien a subrayar algunas de sus necesarias presuposiciones para concluir que no puede ser aceptada la conclusión a la que llega: que la adicional se propone «asegurar la preservación (y restablecimiento, en su caso) de la «imagen» específica de la foralidad, de forma que esta «imagen» siga siendo identificable socialmente

en el futuro» (p. 93). En primer lugar, como he dicho antes, creo que esta opción se basa en esa idea de que los preceptos constitucionales son normativos sólo en la acepción fuerte de que siempre y en todo caso imponen alguna obligación o prohibición. Creo, como he dicho, que la adicional es una norma facultativa y no obligatoria, en el sentido de que permite a las autoridades que han de diseñar la estructura institucional y las competencias de ciertas comunidades autónomas que incorporen rasgos y pautas del régimen foral no incompatibles con la Constitución. Su única dimensión de obligatoriedad sería indirecta y consistiría en que al legislador ordinario le está vedado alterar esa estructura institucional o invadir la esfera de competencias así diseñada. De ahí proviene quizás su inicial «sabor» a garantía institucional. Pero en eso no se diferencia de cualquier otro diseño autonómico, porque las competencias de todas las comunidades autónomas y las normas que establecen sus órganos de gobierno tampoco son accesibles al legislador ordinario, ni central ni autonómico. En segundo lugar, se hace preciso indagar un poco más en la noción misma de garantía institucional por ver qué ingredientes la componen. La noción de garantía institucional se sustenta en la idea misma de «institución» y ésta es sumamente problemática. La que utiliza Tomás Ramón Fernández se alinea en el 'partido' normativista-racional con toda claridad, y es aquella que concibe las instituciones como «complejos normativos». Tomada de la conocida monografía de Luciano Parejo (Parejo 1981), la idea de garantía institucional aparece en su obra con una indudable naturaleza normativa. Lo que no es tan fácil de entender es que se apoye tanto en ella precisamente después de leer la primera parte de dicha monografía. Porque para preservar, no sé si conscientemente, ese carácter normativo, y siguiendo a la doctrina alemana, Parejo habla de la necesidad de diferenciar en las instituciones como complejos normativos un «núcleo esencial» y una zona exterior, y no hurta en ningún momento la dificultad del empeño. Hasta el punto de que concluye diciendo que ese núcleo, como «imagen» de la institución, es algo que sólo puede establecerse *ex post*, por la jurisprudencia, en cada caso

concreto y atendiendo a la conciencia colectiva o concepción generalizada de la imagen de la institución que prevalezca en la comunidad. Precisamente por eso hay que tratarla como una realidad enraizada en la vida social, que en algunos autores acaba por ser una «realidad empírica superior» o «una realidad social típica». No me detendré en la sorprendente idea de que algo que tiene la misión de limitar al legislador sólo pueda ser cabalmente conocido «ex post», es decir, después de que el legislador haya actuado y los tribunales se pronuncien, sino en la posibilidad de distinguir en cualquier institución el famoso núcleo inaccesible para el poder legislativo y la zona externa a la que puede llegar con su poder modificador. Yo lo juzgo imposible si hemos de suministrar una motivación bastante que nos libere de la incómoda sensación de que se ha procedido simplemente a estipular por parte del juzgador aquellos ingredientes de la institución que le parecen más importantes apelando a la etérea realidad de la conciencia dominante. Y por lo que respecta a la foralidad, que es aquello cuya imagen protegería la adicional primera como garantía institucional, me parece más que imposible, dada la vertiginosa variación histórica que la foralidad experimenta a lo largo del tiempo, y que Tomás Ramón Fernández subraya con toda deliberación y con toda razón. El legislador, tendría que concluirse, podría regular o limitar la foralidad, pero no podría acceder a su núcleo o médula (el término alemán que se utiliza para denotarla es frecuentemente *Kern*). Pero ¿es que hay alguien que haya estudiado en serio la foralidad que piense todavía que después de siglo y medio de alteraciones hay algo así como su núcleo o su médula?

Esta crítica puede concretarse mejor aún si tenemos en cuenta la actual concepción normativa de la idea de 'institución' que se articula a partir de la presencia en un conjunto de enunciados jurídicos de tres tipos de normas: normas primarias de conducta, normas secundarias de competencia y reglas llamadas «constitutivas», que son aquellas que definen órganos y cuya aplicación genera «hechos institucionales» como hechos diferentes de los «hechos brutos», es decir, diferentes de aquellos hechos que pueden ser



percibidos empíricamente<sup>39</sup>. Lo que Parejo llama «complejos normativos» podríamos pues concebirlo como conjuntos de estos tres tipos de normas. Y entonces, para determinar qué sea el perfil, el núcleo o la médula que protege la garantía institucional deberíamos determinar cuales de esas normas no podrían ser modificadas o, lo que es todavía más difícil, cómo y hasta donde podrían ser modificadas sin afectar a la pretendida «imagen» del conjunto. Hay muchas causas que determinan que esto no sea posible convincentemente, y menos aún apelando a una conciencia pública o colectiva que no pasa de ser muchas veces el conjunto de prejuicios arraigados en la profesión jurídica.

Pero todavía sería más difícil y controvertible si nos deslizáramos hacia cosas como la «realidad empírica superior» o la «realidad social típica» que antes mencionaba (y hacia las que, tengo que decirlo, Tomás Ramón Fernández no se desliza), pues esto nos conduciría inexorablemente a la teoría clásica de la institución, que es cabalmente una teoría antinormativista, que nos acerca al otro paradigma del conocimiento jurídico, al paradigma historicista. En efecto, en la teoría clásica tiende a despreciarse el aspecto regulativo o normativo del derecho en beneficio de una realidad anterior. Y este giro es aún menos convincente. Veámoslo.

En la configuración inicial de la teoría de la institución, digamos en autores como Maurice Hauriou o Santi Romano<sup>40</sup>, se adivina enseguida ese sesgo antinormativista. Para ellos las instituciones son realidades inmanentes prenormativas. En el caso de Hauriou la institución tiene tres ingredientes esenciales: idea directriz, poder organizado y comunión de voluntades. Ello configura una realidad latente que es en sentido estricto la que después produce —«se-

---

<sup>39</sup> Para una presentación de la actual teoría institucional del derecho remito a MacCormick-Weinberger (1986), donde también se establece la diferencia con la teoría institucional tradicional (cf. p. 24 y ss.).

<sup>40</sup> Que son, por cierto, autores de cierto predicamento en nuestra mejor escuela de derecho público. Santi Romano fue objeto de una recepción muy entusiasta por Sebastián Martín Retortillo, y Maurice Hauriou ha sido traducido por Juan A. Santamaría y Santiago Muñoz Machado.

grega», llega a decir Hauriou— las reglas del derecho. La llamada «comunidad fundacional» es, y esto hay que anotar porque lo encontraremos más tarde, lo mismo que para los autores alemanes es la «*Vereinbarung*», que es algo explícitamente y deliberadamente distinto del contrato social. Los corolarios que obtiene Hauriou de todo esto para las instituciones son la continuidad como carácter fundamental, su realidad anterior a las reglas y el papel secundario que corresponde a éstas: «Son las instituciones las que determinan las reglas de derecho, y no las reglas de derecho las que crean las instituciones»<sup>41</sup>. Un similar enfoque podemos encontrar en Santi Romano, para quien la institución era también una organización anterior a las normas jurídicas, un sistema prenормativo. Con estos presupuestos no es de extrañar que tanto el uno como el otro acabaran por ser inspiradores y fuentes de la teoría del derecho como 'orden concreto' ofrecida por Carl Schmitt como alternativa al normativismo kelseniano. Y que la idea de institución emparentada con la idea de orden concreto prepositivo se deslizara inmediatamente en la idea de «garantía institucional»<sup>42</sup>. Si seguimos esta discutible deriva la garantía institucional acaba por ser un límite constitucional o resistencia al poder legislativo que se reconoce en virtud de la existencia anterior al orden constitucional de unos ordenes institucionales vivos. Lo que la Constitución reconoce entonces es la inviolabilidad de tales órdenes por el legislador. Y esta conclusión nos deja en el terreno de los seres colectivos, las confusas proclamas de pluralismo jurídico como pluralidad de sujetos en un mundo prenормativo, y la idea intratable de «comunidad» de vo-

---

<sup>41</sup> Estos comentarios no pretenden un examen de la pieza fundamental de la reflexión de Hauriou, que sigo en la traducción mencionada en la nota anterior (Hauriou 1976).

<sup>42</sup> No se trata de una conexión traída por los pelos, sino explícita en la *Vorbemerkung* a la segunda edición de la Teología Política de Schmitt: «Hoy ya no distinguiría dos sino tres tipos de pensamiento científico jurídico, a saber, además del tipo normativista y del decisionista, el tipo institucional. La discusión de mi teoría de las «garantías institucionales» en la ciencia jurídica alemana y la ocupación con la honda y significativa teoría de la institución de Hauriou me han proporcionado este conocimiento» (Schmitt 1933, 8).

luntades. Es decir, a medio camino hacia muchos de los supuestos de la teoría del derecho de la Escuela Histórica. No es por eso ninguna casualidad que el más conocido exponente actual de dicha escuela acepte expresamente estos ingredientes para edificar su teoría de los derechos históricos.

#### IX. MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN Y LA HIPÓSTASIS DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS

No es posible, en efecto, discutir el tema de la adicional primera sin mencionar, como tercera aportación básica, la realizada por Miguel Herrero de Miñón<sup>43</sup>. Co-autor, al parecer, de la redacción inicial de la célebre enmienda 689 de la Minoría Vasca en el proceso constituyente, es sin duda quien más trascendencia y alcance ha venido atribuyendo a esa disposición constitucional. Por lo que a estas páginas respecta, es, además, una suerte de consciente y deliberado renuevo tardío del viejo árbol de la escuela histórica del derecho y un paladín explícito de la recuperación del historicismo para la reflexión jurídica (Herrero 1991, 11, 55; 1998, 61, 97). Muestra por ello con singular claridad los ingredientes de una de las dos grandes opciones teóricas que se han establecido aquí como marco de análisis del problema. Para mostrar su teoría voy a proceder a dividirla en dos partes o momentos. En la primera trataré de extraer de su obra los supuestos básicos de su visión del derecho; en la segunda veremos qué misión le atribuye a la disposición adicional.

a) Consecuentemente con sus puntos de partida, Herrero de Miñón cree en la historia humana como una potencia que genera «seres», una suerte de fuerza anónima que engendra realidades con una particular subjetividad colectiva. Son entidades singulares e históricas que no se muestran ante nuestro entendimiento a través

---

<sup>43</sup> Descanso para esta presentación en Herrero de Miñón 1991, 1998a, 1998b, que creo que identifican plenamente su pensamiento. Sólo procederé a citar textualmente cuando lo exija el texto.

de magnitudes extensas, es decir, no se caracterizan por propiedades que puedan ser medidas y contadas, sino por propiedades «intensivas», a las que sólo puede accederse cognitivamente a partir de actos de aprehensión directa (sentimiento, inclinación, etc...). Y son entidades, además, fuertemente caracterizadas por su dimensión simbólica e integradora y por su dimensión «afectiva»<sup>44</sup>. Son, por último, «infungibles», es decir, tienen una identidad tan propia y suya que no pueden ser intercambiadas con, ni extendidas a, otras realidades. Por lo que a nosotros interesa, uno de esos «seres» es el formado por los «*corpora política*» que surgen históricamente en las provincias vascongadas y Navarra como auténticos «fragmentos de Estado», es decir, como hechos políticos diferenciales que están provistos de algunas de las características que denotan la existencia de un Estado (territorio, población, poder) pero no de todas, o no de todas en un grado suficiente. Y plantean por ello el agudo problema de cómo alojarlos en el seno de las realidades políticas de orden superior (Reinos, Imperios, Estados...) en que viven y se desenvuelven. Herrero de Miñón propone que sean consideradas como una «*anexa pars*», una realidad aneja a la realidad política envolvente, pero no como una parte integrante, incluida en algún grado de la pirámide del poder unitario, sino como un anejo unido a él por lazos *pactados*. La idea misma de *pacto* con ese poder es definitoria de esos especiales cuerpos políticos.

En una afirmación que podría haber sido suscrita por el mismísimo Savigny hace siglo y medio, Herrero de Miñón afirma que «el derecho se entiende como emanación de la propia singular e infungible realidad popular» (Miñón 1998a, 226). Ello nos facilita la entrada en su concepción del derecho. Porque esas entidades históricamente reales tienen por ello mismo un «derecho a ser», es decir, no se trata originariamente de una atribución histórica o positiva de competencias, de un «haber», sino de una configuración jurídica originaria como «ser» que deriva de la fuerza normativa de

---

<sup>44</sup> De acuerdo con la tipología de Tönnies, son, claramente, «comunidades» (*Gemeinschaften*) y no sociedades (*Gesellschaften*).

lo fáctico. Los hechos generan un «derecho a ser» que constituye el núcleo fundamental de la idea de derechos históricos. Es de ese «derecho a ser» del que se derivan eventualmente organizaciones, instituciones y competencias. Los derechos históricos son así un a priori de cualquier posible derecho positivo y de cualquier discusión competencial. Primero se ‘es’, después se ‘hace’ o se ‘tiene’.

Para construir y comprender teóricamente esta concepción del derecho Herrero de Miñón insta —siguiendo a Carl Schmitt— a que se abandone la percepción «normativista-decisionista» del derecho y se opte por un método que asuma la idea del «orden concreto». Todas esas realidades históricas de que hemos hablado habrían de ser concebidas así como realidades no caóticas ni informes, sino como realidades pautadas normativamente, dotadas históricamente de un orden intrínseco, interior, que define su propia naturaleza y ha de imponerse metodológicamente en la comprensión del jurista.

b) Vayamos ahora al segundo momento —cronológico y lógico— de la teoría de Herrero de Miñón. Es el momento en que aparece en la Constitución de 1978 la disposición adicional primera. Dado todo lo anterior ¿qué función o alcance puede tener esa adicional? La respuesta es para él obvia: abrir la norma constitucional a la «facticidad», a la «historicidad». La norma adicional, es decir, ‘aneja’, es el asiento natural del reconocimiento de la realidad política ‘aneja’. Por ella penetra en la Constitución todo el vendaval de la historia con sus hechos diferenciales provistos de derechos históricos anteriores a la Constitución misma. Pero no sólo anteriores históricamente sino sobre todo, anteriores lógicamente y jurídicamente. No se ampara y protege sino lo que ya existe. La Constitución «reconoce» esos derechos como derechos que preexisten a ella, y con ello ha reconocido la realidad y legitimidad de los hechos diferenciales que son vehículo de los «*corpora politica*» mencionados.

Y la disposición adicional tiene, como todo precepto constitucional, un carácter plenamente normativo. No cabe aducir aquí dimensiones retóricas ni declamatorias: estamos ante una norma jurídica con pretensión de vincular. Los derechos históricos a ‘ser’ han sido

reconocidos constitucionalmente por primera vez en la historia de España. Y ello implica por parte del Estado una «renuncia al monopolio de la normatividad» en beneficio de esos derechos exteriores y anteriores (Herrero 1998a, 24). Esto es algo que no pasa con la Comunidad Autónoma de Madrid, o con cualquier otra institución, por importante que sea, que haya sido 'constituida' por un precepto del texto constitucional. Estas entidades son creadas y suprimidas mediante preceptos constitucionales. Aquellas no. Aquellas traen consigo su propio acervo político y su equipaje jurídico de derechos históricos y los introducen en la Constitución por la puerta de la adicional. La Constitución, sin embargo, no puede afectarlos sino sólo aceptarlos. Igual que son inmunes a la creación positiva-racional de un constituyente son inmunes a su capacidad derogatoria.

La idea de un pacto entre los titulares de esos derechos y el titular del poder constituyente es lo que determina incluso que una revisión constitucional que los eliminara equivaldría a una destrucción de la Constitución misma (Herrero de Miñón 1998a, 340), pues ello sería un quebrantamiento del pacto constituyente. Incluso cuando se delegan competencias a través del 150,2, debe considerarse que tales competencias delegadas son ya irreversibles (Herrero 1991,65) pues el producto del pacto no puede estar a disposición de una de las partes. Esta idea del pacto plantea dos cuestiones ulteriores que están en la adicional y que es preciso abordar brevemente: en primer lugar, quienes son los titulares de los derechos, pues la adicional habla de «territorios históricos». Y a ello responde el autor que actualmente, y tras un proceso de novación modificativa que se produce a lo largo del periodo que va desde el inicio del régimen preautónomico hasta la promulgación del Estatuto de Guernica, los titulares han cambiado a partir de sí mismos y son ahora, mancomunadamente, el Pueblo Vasco o Euskadi y los tres complejos institucionales provinciales. De esta novación hablaremos más tarde. Y el segundo problema es, naturalmente, el de la actualización de tales derechos históricos «en el marco» de la Constitución y el Estatuto. Y aquí, apelando al difuso concepto de «bloque

de constitucionalidad», se arriesga la respuesta de que el famoso «marco» no puede ser otra cosa que los principios básicos y comunes de la Constitución, pues de interpretarse la expresión «marco» como la reconducción de toda actualización a todas y cada una de las disposiciones de la Constitución, habríamos vaciado de contenido la cláusula, pues nada nuevo que no estuviera ya en la misma Constitución podrían aportar los derechos históricos.

Las reflexiones de Herrero de Miñón tienen muchos otros aspectos que merecerían un examen, y muestran muchas veces múltiples facetas y perspectivas que es difícil condensar en un resumen, pero creo no haber traicionado sus líneas fundamentales. Toca ahora enfrentarse críticamente a ellas. Y lo primero que hay que decir de nuevo con cierta rotundidad es que la hipóstasis de relaciones humanas empíricas para presentarlas al conocimiento como si fueran 'seres' reales es un método distorsionado de percibir la realidad social. En efecto, reificar aspectos de la conducta de los seres humanos en sociedad trocándolos en entidades supraindividuales mediante su transformación en el pretendido referente semántico de un concepto es un abuso del pensamiento sociológico. El uso de expresiones o enunciados «substantivantes» carentes de apoyo en rasgos de la realidad fáctica o normativa resulta muchas veces sugerente pero no hace sino ocultar carencias de la teoría o disfrazar la realidad. Las relaciones humanas no dan lugar a «seres» distintos de ellas: simplemente utilizamos ciertos conceptos que tienen una connotación 'realista' (familia o tribu, por ejemplo) para presentar haces de relaciones sociales individuales. Sólo los individuos tienen existencia real. Y algo parecido sucede también con los rasgos normativos que predicamos de ellos. Tener «derecho a ser» es una expresión que carece de sentido si se pretende que como tal tiene un significado normativo. Porque si algo, algún sujeto, «es» entonces no le hace falta el derecho a ser puesto que ya «es», y si no «es» no puede ser titular alguno de derechos. Los enunciados completos de derechos serían así: «El sujeto A tiene derecho a ser *p*», y si no se nos dice quién es el sujeto A y qué

cosa es ese  $p$  al que tiene derecho a ser se nos está ocultando el alcance del enunciado o está siendo utilizado en el vacío. El pensamiento nacionalista es proclive a este tipo de aseveraciones: estos días se ha oído mucho aquella de que Cataluña tiene 'voluntad de ser'. Pues bien, si no sabemos qué es Cataluña ni qué es aquello que quiere 'ser' (reconocida, independiente, culta, miembro de la Unión Europea, etc.) lo que se nos dice carece en rigor de significado alguno. Lo propio de este tipo de discurso es que fuerza la relación del lenguaje con el mundo de modo tal que sugiere que no está simplemente promoviendo un significado del lenguaje sino una verdad que se puede contrastar en el mundo, y esto no es así. Lo que ocurre es que se está utilizando un halo emotivo de un enunciado para sugerir que denota realmente algo que se da en la realidad. Esta inversión de lo emocional es particularmente frecuente en los discursos sobre entidades colectivas humanas: se tiene a la existencia del ser colectivo como la causa de la convicción colectiva, el sentimiento de pertenencia o el mito compartido, cuando en realidad son esas convicciones, sentimientos o mitos los que producen el espejismo de la existencia del ser colectivo.

Pasemos sin embargo al mundo de los conceptos jurídicos y políticos y lo que éstos denotan. Evidentemente los derechos históricos no son derechos positivos, pues si lo fueran no haría falta toda esta argumentación. Se nos dice que preexisten a la Constitución y al ordenamiento (por eso se amparan y respetan), pero no se nos dice cual es su naturaleza. A veces se habla con gran oscuridad. Por ejemplo, para proponer que se amplíe su reconocimiento más allá de los territorios vascos y navarros se afirma que «la sollicitación semántica de la realidad exige reconocer Derechos Históricos tácitos» (Herrero de Miñón 1998a, 152). ¿Qué es la sollicitación semántica de la realidad? ¿Quiere decir que por encima o antes del derecho positivo existe una realidad fáctica que transmite un mensaje que transporta derechos? Muchas veces parece que sí, pues se insiste una y otra vez en la vieja expresión de la «fuerza normativa de lo fáctico». Sin embargo esta vieja expresión es de lo más desafortunado. Lo fáctico puede tener fuerza real para influir en quien



promulga o aplica normas, o para condicionar su política legislativa o decisoria, pero lo fáctico en tanto que pura colección de hechos carece de dimensión normativa alguna. Esto no es una apreciación personal, es una conclusión lógicamente inevitable que sabemos al menos desde Hume. De forma que los derechos históricos no pueden venir de los hechos sino de un orden normativo distinto del derecho positivo: ese orden normativo ha de ser el orden de los usos sociales o el orden moral. Del primero no postularemos que genere derechos anteriores al derecho positivo. Pero si se trata del segundo, entonces lo que exigiría el reconocimiento de derechos históricos no sería la «solicitud semántica de la realidad» sino un orden moral anterior al derecho vigente que reclamara ese reconocimiento. Pero en ningún sitio se nos habla de ese posible orden moral o del fundamento moral de esos derechos. Este es un serio déficit de la posición de Herrero de Miñón.

No sé si el autor evita llegar a esa conclusión porque cree (equivocadamente) que ello le llevaría irremisiblemente al iusnaturalismo, o simplemente no se da cuenta de que el fundamento fáctico de su pretensión es insuficiente. Cualquiera que sea la razón, acaba desde luego en una teoría implícita del derecho natural. Todas aquellas aportaciones teóricas a las que apela para suponer que algunas parcelas de la realidad exhiben un orden regulado, un substrato normado, una normación intrínseca, como la idea de orden concreto, la concepción material de la institución o esa llamada fuerza normativa de los hechos, no son sino versiones de ese tipo de iusnaturalismo que ha dado en llamarse teoría de la «naturaleza de las cosas», es decir, de una visión de la realidad como un entramado normado que se impone o debe imponerse al legislador<sup>45</sup>. Pero ya sabemos hoy que es lógicamente imposible extraer un «deber ser» de un «ser», cualquier cosa que este ser «sea». Y si se hace, o bien se está cometiendo un salto deductivo, o bien se está razonando entimemáticamente y se ha introducido de tapadillo en

---

<sup>45</sup> Una presentación exhaustiva de la teoría en Garzón Valdés 1993, en la que se llama también la atención sobre el parentesco entre la noción de orden concreto de Schmitt y la teoría de la naturaleza de la cosa.

el razonamiento el valor que se va a extraer de la conclusión, o creemos estar describiendo una realidad fáctica cuando estamos simplemente glosando normas de deber ser. En cualquiera de estos casos —se ha concluido tajantemente— «no es posible aceptar que la naturaleza de la cosa funcione como “fuente de derecho”» (Garzón 1993, 60-1).

Pasemos a ver ahora el rendimiento que da la categoría «fragmentos de Estado» traída a colación por el autor como propuesta para encajar conceptualmente y políticamente la situación del País Vasco o Cataluña. Por decirlo brevemente: la categoría de Jellinek sólo parece convincente porque utiliza inadvertidamente dos sentidos distintos de la palabra «Estado», el sentido social-real y el sentido jurídico. El Estado puede concebirse como fragmentado en ‘países’ desde el primer sentido (porque puede parecer que de hecho éstos tienen un territorio o una población o un poder de gobierno distinto del que corresponde al Estado o al Imperio), pero es imposible hacerlo desde el segundo por la sencilla razón de que no se puede saber que es un territorio en sentido jurídico, ni una población como destinataria de normas jurídicas ni un poder como titularidad de normas jurídicas de competencia si no se hace referencia a un orden jurídico previo. Ni las fronteras territoriales, ni la población ni el poder político son *hechos* desde esta segunda perspectiva. Las primeras son los límites del ámbito de aplicación espacial de las normas de ese orden, la segunda es el conjunto de los destinatarios de esas normas y el tercero el titular acreditado por las normas de competencia de ese orden. Si el llamado fragmento o ‘país’ es capaz de determinar jurídicamente estas tres cosas entonces no es un fragmento sino un Estado independiente, si depende para ello de un orden jurídico superior entonces tampoco es un fragmento de Estado sino una parte del orden jurídico total<sup>46</sup>.

Y para no alargar demasiado estas críticas, que sólo son largas por la enjundia y complejidad de la aportación de Herrero de Mi-

---

<sup>46</sup> Las cinco páginas que Hans Kelsen dedicó a la teoría de los fragmentos de Estado de Jellinek fueron suficientes para arrumbarlo como concepto. Cfr. Kelsen 1979, 249 y ss.

ñón, concluiré con unas breves reflexiones sobre algo que sin duda debe causar sorpresa al lector atento de esta obra. Me refiero a la posición preeminente que en ella ocupa el derecho positivo emanado del proceso jurídico de la transición y de la Constitución de 1978. En efecto, sorprende mucho constatar cómo, tratándose de una teoría que descansa fundamentalmente en la producción histórica y fáctica de órdenes jurídicos de primera magnitud, como lo serían sin duda los «*corpora politica*» que dan lugar al particular estatus jurídico preconstitucional de las provincias vascongadas y Navarra, se descansa sin embargo tan claramente en textos legales del derecho positivo del actual periodo de la historia. A cualquiera podría darle por pensar que, dado el fuste de la teoría jurídica que se propone, el hecho de que los derechos históricos fueran o no fueran reconocidos por un texto del derecho positivo «normativista-decisionista» sería una mera anécdota. Si los derechos históricos son previos —lógica y cronológicamente— a la Constitución y al orden vigente y son perfectamente inmunes a él, entonces es irrelevante que los reconozca o no. Que lo haga es exactamente equivalente a que no lo haga. Y sin embargo Herrero de Miñón se entrega a una apasionada exégesis dogmática de la normativa en vigor. Un extremo me ha llamado particularmente la atención: el de la por él llamada «novación» de los titulares de esos derechos. Resulta que después de siglos de existencia jurídica autónoma, los derechos históricos originarios e inalienables se ven sometidos a un proceso dramático de novación de titularidad sobre la base de ¡un decreto-ley! En efecto el primer paso de esa ‘novación’ —se nos dice— se produce en el periodo preautonómico. El Real Decreto-ley 18/1977 de 14 de marzo había restablecido las Juntas Generales de Guipúzcoa y Vizcaya. Después sería creado por Real Decreto-ley 1/78 de 4 de enero, y digo *creado* en el sentido jurídico estricto pero seguramente también en el sentido histórico, el Consejo General Vasco como órgano común de gobierno al que pueden incorporarse libremente las provincias. En el año 1979 las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya ratificaron su incorporación al Consejo. No lo hizo Navarra. El 22 de diciembre de 1979 aparecía en el

BOE el Estatuto de Autonomía, y en él ya se había consumado la novación, que, según Herrero de Miñón, es de modificación de titularidad meramente provincial a mancomunidad entre Euskadi y las provincias. La llamada Ley de Territorios Históricos, ley autonómica, culmina en 1983 esta novación. Pues bien tengo que decir que esto suena un poco a un uso selectivo de la historia del derecho. A los derechos históricos no les pasa nada jurídicamente relevante ni con Cádiz, ni con Isabel II, ni con la Restauración, ni con la Dictadura de Primo de Rivera, ni con el Estatuto de la República ni con el derecho franquista, y viene a pasarles algo crucial en un periodo de cuatro años sobre la base de un decreto-ley de un gobierno semiprovisional. Lo menos que se puede decir es que todo esto es producto de razones difíciles de identificar. Y en general que la dedicación de Herrero de Miñón a la exégesis de textos legales vigentes, que conoce a la perfección, es una suerte de pequeña traición pragmática, o contradicción tácita, a todo su aparato conceptual para dar cuenta de esos derechos históricos. Uno puede aceptar que, con todo merecimiento, se valore el esfuerzo titánico que hace por someter a conceptos jurídicos y razonamientos de jurista todo un problema político de singular importancia para nuestra convivencia, pero como decía Kelsen al hablar de la teoría de Jellinek, ello «no puede obligar a la teoría —que no pretende más que el conocimiento de la situación representativa de la realidad jurídica— a sacrificarse a sí misma...».

## X. LOS DERECHOS HISTÓRICOS Y LA IDEA DE PACTO

Voy a ocuparme ahora para finalizar de uno de los rasgos estructurales que se han dado siempre por característicos de los regímenes forales, que se menciona siempre como una suerte de núcleo político de la foralidad, y al que yo mismo he aludido al hablar de la estructura abstracta de los fueros<sup>47</sup>. Me refiero al peculiar acento

---

<sup>47</sup> Opta por interpretar la adicional desde una posición de orientación pactista Larrazábal (Larrazábal 1997).

pactista o paccionado que aparentemente llevaban consigo tales regímenes, un aspecto que las fuerzas políticas que apelan a ellos se encargan a veces de subrayar enfáticamente (el famoso «pacto foral con la Corona»). Vale la pena analizarlo un poco porque la idea misma de pacto es susceptible también de dos acercamientos diferenciados que se inscriben, una vez más, en las dos grandes corrientes de teoría jurídica de que habíamos partido. Y al hacerlo hay que mirar las cosas con cierta cautela porque puede haber una contradicción subyacente entre asumir una teoría del derecho de corte historicista y apelar sin embargo a la idea de pacto político para fundamentar el ordenamiento jurídico en el que se inscriben los derechos históricos. La idea de contrato social pertenece a la tradición racionalista y normativa, y ha sido combatida constantemente por quienes ven el origen del derecho en las peripecias históricas del pueblo. Sin embargo, insisten en la idea de pacto, que no les parece tan ajena. Para alguno de esos autores, el reconocimiento de los derechos históricos «exige acordar o concertar, esto es, pactar, un sistema de autogobierno». «El intérprete, escribe Herrero de Miñón, se encuentra así ante una pluralidad de elementos sinalagmáticos o pactistas y a la hora de esbozar una construcción global cabe preguntarse de qué pacto se trata aquí» (Herrero 1991, 70). Esa es la pregunta que vamos a tratar de responder. Y en este punto, naturalmente, se vuelven a bifurcar las opciones.

En la tradición normativista la idea de pacto se presenta ante todo con las características de un «contrato». Individuos con capacidad y personalidad jurídica anterior, mediante una declaración de voluntad, realizan un acto jurídico determinado en el tiempo y el espacio que da lugar al nacimiento de normas jurídicas vinculantes o a una nueva persona jurídica (sociedad, fundación, etc.) Cuando esta categoría del derecho privado se traslada al derecho público aparece el famoso 'contrato social', un contrato en el sentido anterior, que se hace siempre entre individuos dotados previamente de autonomía personal como agentes morales, y que *crea* en sentido literal el cuerpo político; o aparece un pacto entre entes políticos ya jurídica y políticamente articulados, identificados a través de

órganos precisos de representación, mediante el que se crea o constituye una entidad política superior (por ejemplo, una federación o una confederación de Estados) o se pone en vigor un tratado. Pero esto, por supuesto, obedece a la lógica individualista, voluntarista, normativo-decisionista que tanto se critica en la primera concepción del derecho. Para poder pensar esto hay que suponer que en un momento histórico concreto algunos sujetos que obran en nombre del *corpus politicum* en virtud de una relación de representación racionalizada, pueden tomar una *decisión* que determine, incluso profundamente, la vida de la comunidad en cuyo nombre actúan. Esto, sin embargo, es imposible en la visión historicista. Pese a ello ésta visión también acude a ideas como esas cuando parecen encajar bien. Un ejemplo de ello, que no parece alarmar a los autores historicistas y se ha impuesto en la doctrina actual, es el de la ya comentada 'novación' del titular de los derechos históricos. En este caso, utilizando una categoría perteneciente al derecho privado, se da validez a una dramática modificación voluntaria de tales derechos históricos realizada por representantes políticos emanados de una articulación jurídica normativista y moderna. Pero esto no se acepta sin embargo para dar cuenta de la inserción del ordenamiento jurídico histórico en el sistema general; para esto se recurre al llamado «pacto con la Corona», pero sin interpretarlo racionalistamente, sino, una vez más, acudiendo a confusas categorías, como la de «pacto de status» de Carl Schmitt, que glosa así Herrero de Miñón: «aquel que funda una relación permanente de vida y abarca a quienes lo celebran en toda su existencia y que, en consecuencia, no puede ser rescindido o revocado porque quienes, al ser parte de él, entran en su virtud en un nuevo orden de vida» (Herrero 1991, 71), lo que, dicho sea apelando al sentido del humor, recuerda más bien a un matrimonio indisoluble que a una categoría política. O a la igualmente confusa categoría de la *Vereinbarung*, que a pesar de su amplia utilización jurídica con la acepción de mero 'acuerdo', se usa para poner énfasis en sus aspectos de unión de voluntades, de 'comunidad' por así decirlo, a partir de la cual surge una «regla permanente» o un «nuevo orden».

«El pacto propio del reconocimiento y novación de los derechos históricos es de este orden» (Herrero de Miñón 1991, 72).

El análisis de toda esta terminología misteriosa se salda, sin embargo, con una frustración. Porque resulta que un estatus no es más que un haz de derechos y deberes, y no se accede a él sino sobre la base de algún negocio jurídico o en virtud de actos o disposiciones normativas de un orden jurídico previo. Un pacto de estatus no será, por consiguiente, sino un pacto en el que se creen o alteren esos derechos y deberes, realizado en virtud de competencias previstas en las normas jurídicas. Nada de relación permanente de vida, ni de abarcar toda la existencia, y nada por supuesto, de irrevocabilidad. Si uno lo puede realizar para crear el estatus, también lo puede denunciar para hacerlo desaparecer. Y lo mismo sucede con las presuntas peculiaridades de la 'comunidad de voluntades' como algo pretendidamente diferente del acuerdo contractual. Nada hay de 'orden nuevo' ni de 'regla permanente' que no sea el conjunto de derechos y deberes, la articulación institucional, las competencias de cada órganos y el sistema de solución de conflictos que se contienen, por ejemplo, en la escritura de constitución de una sociedad, que, como todo el mundo sabe, tanto puede crearse como suprimirse. Esas dimensiones surreales de permanencia e irrevocabilidad que se atribuyen a ciertas situaciones tienen más que ver con convicciones previas de naturaleza política o cultural que se introducen en los razonamientos jurídicos para forzar la interpretación de las normas.

Y por lo que respecta al pacto, y dejando a un lado lo incierto del hecho histórico de que se celebraran pactos algunos con la Corona u otros cualesquiera, en el terreno mismo del análisis institucional se acaba por no saber muy bien cual es la razón de que se puedan hacer esas cosas mediante un pacto (crear un nuevo orden de vida o una regla permanente) y no se puedan hacer otras, como renunciar a ese orden de vida para incorporarse a un régimen constitucional o para salir de él. Un ejemplo particularmente llamativo de ello lo encontramos en el tratamiento que desde esa óptica se da al derecho de autodeterminación, que es sin duda un

corolario posible en la teoría normativa y racional del derecho y la política, y en su concepción del contrato social. Para negarlo desde la otra orilla se desarrolla un razonamiento —se nos dice— de «filosofía crítica» sobre las «condiciones transcendentales de posibilidad» de tal derecho. Utilizando ese razonamiento se concluye que la autodeterminación no es posible, pero no porque no pueda darse en aplicación del derecho interno o internacional, o porque los individuos autónomos no existan antes que el cuerpo político, pues estas consideraciones no son importantes para esa clase de reflexiones, sino porque la historia (el gran *deus ex machina*) es capaz de superar la antinomia libertad/necesidad pues, según Savigny, al que se recurre expresamente, lo dado históricamente es a la vez necesario y libre, necesario porque «no depende del arbitrio del presente» y libre «puesto que no es tampoco impuesto por una voluntad ajena sino que nace de la esencia misma del pueblo». El resultado de todo este galimatías verbal es que un pueblo no puede cancelar sus títulos jurídicos históricos, porque, como vimos al comienzo, es «cándida e infantil» la idea de que el derecho se crea por los reyes y éstos lo varían a su gusto. La conclusión está en este enjundioso párrafo:

«La autodeterminación de una magnitud histórica es su propia existencia histórica, con sus condicionamientos y con sus posibilidades, y no puede sustituirse por la decisión momentánea de un plebiscito, ni podría renunciarse en virtud de un plebiscito contrario.

La autodeterminación histórica, así concebida, es constituyente, tanto porque explica el origen de la integración política, el propio ser y las propias vinculaciones, como por condicionar éstos al mantenimiento de los propios signos de identidad. Renunciar a ellos equivale a la imposible autodestrucción» (Herrero 1991, 87).

El argumento se expone con un poco más de claridad en otro lugar, reenviando a algo que se señaló al principio. La vida *democrática*, afirma Herrero de Miñón con razón, sólo es posible cuando



existe un previo *demos* como cuerpo político. Una de las manifestaciones de esa vida democrática es la autodeterminación, tanto interna, es decir, como autogobierno, como externa, es decir, como no-dependencia de otros cuerpos políticos. La autodeterminación interna requiere como condición indispensable la existencia de un cuerpo político integrado en una unidad existencial. El cuerpo político del País Vasco es el pueblo, que está constituido por los derechos históricos. Sólo si el pueblo está ahí *ya* puede pensarse en que realice algún acto de voluntad como el de autodeterminarse. Y como «el título histórico constitutivo es *a priori* material del cuerpo político, la autodeterminación del mismo no puede trascenderlo» (Herrero 1998, 272).

En esta cuestión difícil y controvertida de la autodeterminación se pone de manifiesto una vez más el engranaje conceptual que ata a la teoría historicista. Parte de una constatación indiscutible: que la democracia presupone la determinación del ámbito personal y territorial en que opera, y que esta determinación no puede ser hecha democráticamente sin perderse en un regreso al infinito. Pero para resolver este problema lógico aduce la existencia de un ente colectivo cuyos títulos para ser sujeto político le son conferidos por la historia mediante unos derechos históricos. Y concluye que ese sujeto político no puede decidir la renuncia a tales derechos porque ello sería tanto como negar su propia existencia y por tanto la posibilidad misma de tomar tal decisión. Pero esto es caer en el mismo problema lógico que se pretende evitar, pues si los derechos son subjetivos y anteriores al sujeto político, puesto que lo ‘constituyen’, entonces han de tener algún titular que los pueda renunciar, y si son posteriores a él, ese sujeto político es su titular y puede renunciarlos, igual que puede modificarlos y novarlos.

Lo que sucede seguramente es que la idea de ‘pacto’ que se está pretendiendo alentar no puede ser justificada históricamente ni tampoco mediante una apelación *ad hoc* a las normas jurídicas vigentes. Pertenece al discurso político, y seguramente en el mundo del lenguaje político correcto es prudente seguir dándola por válida y funcionar en torno a la idea de que hay un pacto en todo y que

tanto la creación de la Constitución misma como, por supuesto, el nacimiento de la Comunidad Autónoma, y la aprobación del Estatuto, fueron todos momentos presididos por rasgos sinalagmáticos y pactos cerrados entre aquel 'cuerpo' de raigambre histórica y los órganos del Estado español. Pero si descendemos desde ahí al mundo de la teoría del derecho tal cosa es difícil de aprehender con categorías jurídicas adecuadas. La menos problemática de ellas fue la de los llamados «actos complejos» que propuso incidentalmente Gumersindo Trujillo hace años (Trujillo 1984). A mi juicio, Trujillo acertaba allí en su análisis de la jerarquización de los Estatutos de Autonomía como fuentes de derecho en función de su «fuerza formal pasiva», su resistencia a ser modificados o derogados por otras leyes orgánicas u ordinarias (y de ahí, y no de la adicional primera, infiero yo el particular aroma de garantía institucional que pueda tener la actualización estatutaria de los derechos históricos), y llevaba hasta donde era posible jurídicamente la idea del 'pacto', al afirmar, siguiendo la teoría de los actos complejos, que la elaboración de los Estatutos exigía la «conurrencia de dos voluntades», como en los actos complejos «dos o más voluntades tendentes a un mismo fin se funden en una sola voluntad declarada idónea para producir determinados efectos jurídicos que no podrían producirse de ningún modo si faltase tal concurso de voluntades». Ahora bien, esa típica antropomorfización de los procedimientos jurídicos que gusta de expresarse en términos de personalidad, acciones, decisiones, voluntades, etc, y que penetra demasiado el discurso jurídico ordinario, no es más que un expediente metafórico al que no hay que dar el alcance semántico de denotar a sujetos realmente existentes. Los procedimientos de elaboración y reforma de Estatutos, o los procedimientos de producción de las leyes de Concierto económico, son procedimientos legislativos que se encuadran perfecta y únicamente dentro del ordenamiento jurídico constitucional y no se salen para nada del «Estado». En ellos, como en todo procedimiento legislativo, existen momentos o trámites ordenados para cuya validez se exigen ciertos requisitos: que la propuesta sea hecha por X, que la aprobación se obtenga en el órgano Y, compuesto de la

manera Z, y así sucesivamente. En el mundo externo al procedimiento habrá sin duda, en estos y en casi todos los proyectos, reuniones, presiones, intrigas y negociaciones de toda índole, y posiblemente acuerdos expresos o tácitos, pero esto no tiene nada que ver con la condición jurídica de los momentos procedimentales o del resultado del procedimiento como un «pacto» o un «contrato» en sentido jurídico. No debemos ceder a la música de las metáforas: no hay 'voluntades' concurrentes, ni mucho menos un contrato entre un 'pueblo' y el Estado, o entre una comunidad autónoma (todavía non-nata) y el Estado, sino disposiciones jurídicas contenidas en texto legales establecidos de acuerdo con los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico general. En los distintos estadios de esos procedimientos se prevén actos jurídicos de diferentes naturalezas en los que toman parte distintos actores institucionales para que el procedimiento culmine en la producción de una ley que sea vehículo de normas jurídicas vigentes, pero tales normas no son en el plano jurídico el producto de pacto alguno. Para ver esto con algo más de claridad debemos quitarle al tema todo el mordiente político que pueda tener. Veamos, por ejemplo, el artículo 167,1 de la Constitución. En él se dice que si no hay acuerdo entre ambas Cámaras sobre un proyecto de reforma constitucional «se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de diputados y senadores que presentará un texto...». Se trata como vemos de un procedimiento en el que a falta de acuerdo sobre el texto normativo entre dos órganos se crea una comisión 'ad hoc', una comisión paritaria como lo son algunas de las que se prevén para la elaboración y reforma de ciertas piezas del derecho autonómico vasco, pero a nadie se le ocurre pensar que los proyectos de reforma sean el producto de un pacto entre el Congreso y el Senado. Se trata de momentos diferenciados de procedimientos complejos, pero no de contratos o pactos entre entidades con diferente personalidad jurídica.

## XI. UNA CONCLUSIÓN PROVISIONAL

Creo que puede afirmarse sin exageración que el conflicto político interno que se ha vivido todos estos años en el País Vasco como consecuencia de la fragmentación y complejidad de su ciudadanía y la terca pervivencia de la violencia arbitraria ha determinado que por parte de las autoridades y también de los juristas y profesores se ejerza una presión creciente sobre el texto legal de algunas disposiciones constitucionales que ha elevado, por así decirlo, su temperatura jurídica propiciando interpretaciones extremadas de las mismas y teorías distorsionadas que nunca se aplicaron a otras disposiciones. Mi propósito en estas páginas ha sido tratar de quitarle esa temperatura a la cláusula adicional primera y las relacionadas con ella. Como resultado de esa táctica de enfriamiento propongo el siguiente: La adicional primera de la Constitución es una disposición redactada en términos extremadamente vagos que formula una regla que *faculta* a las autoridades competentes, sean estatales (por ejemplo, el legislador estatal a través del 150,2), sean estatales y autonómicas (aquellas que tienen competencia para crear o modificar el Estatuto de Autonomía), sean autonómicas solamente (el legislador autonómico en materias de su competencia) para diseñar el orden jurídico de la autonomía vasca inspirándose en contenidos materiales o aspectos estructurales del histórico régimen foral, debidamente actualizados y siempre que no pugnen con preceptos constitucionales. Aparece así como un título para justificar competencias o estructuras institucionales especiales respecto de las demás comunidades autónomas. Como tal norma facultativa, puede ser usada o no usada, y no impone obligación alguna, ni establece garantía institucional de la foralidad, ni reconoce ningún sujeto político diferente a los previstos en la Constitución. Si las autoridades competentes apelan a ese título obran de acuerdo con una norma constitucional, si no lo hacen no vulneran ninguna.

## REFERENCIAS

- AGUILÓ, J. (1995): *Sobre la derogación*, Ediciones Fontamara, México.
- ALCHOURRÓN, C. (1991): «Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas», en ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J. (1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.
- BACHOFEN, J. J. (1955): *El Derecho Natural y el Derecho Histórico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- BACQUÉ, J. A. (1964): «Doble negación y doble derogación», en *Notas de Filosofía del Derecho*, año I, núm. I.
- BENTHAM, J. (1988): *A Fragment on Government*, J. H. Burns y H. L. A. Hart (eds.), Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge University Press, Cambridge.
- BOBBIO, N. (1960): *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli editore, Torino.
- CLAVERO SALVADOR, B. (1985): *Fueros Vascos. Historia en tiempos de Constitución*, Ariel, Barcelona.
- CORCUERA ATIENZA, J. (1991): *Política y Derecho: La construcción de la autonomía vasca*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CORCUERA ATIENZA, J., y GARCIA HERRERA, M. A. (2002): *La Constitucionalización de los Derechos Históricos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (1991): *La derogación de las leyes*, Editorial Civitas, Madrid.
- FERNÁNDEZ, T. R. (1985): *Los derechos históricos de los territorios forales*, Editorial Civitas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1999): «Disposición Adicional Primera. Los derechos históricos de los territorios forales», en ÓSCAR ALZAGA (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo XII, Madrid, Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas.
- FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, J. (1991): *La génesis del fuerismo. Prensa e ideas políticas en la crisis del Antiguo Régimen (País Vasco, 1750-1480)*, Siglo XXI editores, Madrid.
- FUSI, J. P. (1984): *El País Vasco*, Alianza Editorial (cito por la reimpresión de 1990).
- GANS, Ch. (2003): *The Limits of Nationalism*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GARCIA DE VALDEAVELLANO, L. (2000): *El feudalismo hispánico*, Editorial Crítica, Barcelona (1ª edición, Ariel, Barcelona, 1981).
- GARCIA PELAYO, M. (1978): «El proyecto constitucional y los 'derechos históricos'», ahora en *Obras completas* (pp. 3171 y ss.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1993): «La naturaleza de la cosa», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- GEORGE, R. T. (1991): «The Myth of the Right of Collective Self-determination», en WILLIAM TWINING (ed.): *Issues of Self-Determination*, Aberdeen University Press, Aberdeen.
- GIANFORMAGGIO, L. (1986): *Studi sulla giustificazione giuridica*, G. Giapichelli ed., Torino.
- GONZALEZ VICÉN, F. (1955): «Introducción» a Bachofen 1955.
- GONZALEZ VICÉN, F. (1984): «La escuela histórica del derecho», en *De Kant a Marx. Estudios de Historia de las Ideas*, Fernando Torres Editor, Madrid.
- HARTNEY, M. (1995): «Some Confusions Concerning Collective Rights», en KYMLICKA, W. (ed.): *The Rights of Minority Groups*, Oxford, Oxford University Press.
- HAURIU, M. (1976): «La teoría de la institución y la fundación», en *Obras escogidas*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. (1991): *Idea de los derechos históricos*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. (1998a): *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, Editorial Taurus.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. (1998b): «Estructura y función de los derechos históricos: Un problema y siete cuestiones», en AA.VV.: *Foralismo, derechos históricos y democracia*, Madrid, Fundación BBV.
- HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, L. (2003): *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel.
- HOHFELD, W. (1964): *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires. (La primera edición en *Yale Law Journal* es de 1913).
- KELSEN, H. (1979): *Teoría General del Estado*, México, Editora Nacional. (La primera edición alemana de este libro decisivo se publicó en Berlín en 1925; la primera edición de la traducción española de Luis Legaz Lacambra en Barcelona en 1934).
- LARRAZÁBAL BASÁÑEZ, S. (1997): *Contribución a una teoría de los derechos históricos*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao.
- LOJENDIO E IRURE, Ignacio M.<sup>a</sup> de (1988): *La Disposición Adicional Primera de la Constitución Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate.
- LORENTE SARIÑENA, M. (2001): *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MACCORMICK, N., y WEINBERGER, O. (1986): *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel Publishing Company, Dordrecht.
- MAKINSON, D. (1988): «Rights of Peoples: A Logician's Point of View», en JAMES CRAWFORD (ed.): *The Rights of Peoples*, Clarendon, Oxford.
- MEISELS, T. (2005): *Territorial Rights*, Springer, Dordrecht.
- MOLINA APARICIO, F. (2005): *La tierra del martirio español. El País Vasco y España en el siglo del nacionalismo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MOULINES, C. U. (2001): «Manifiesto nacionalista (o hasta separatista, si me apuran)», en *Isegoría*, núm. 24, junio 2001.

- PAREJO ALFONSO, L. (1981): *Garantía institucional y Autonomías locales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.
- POPPER, K. (1983): *Conjeturas y Refutaciones*, Paidós, Barcelona.
- PORRES AZKONA, Juan (1992): *Política y Derechos: los derechos históricos vascos*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate.
- PORTILLO VALDÉS, J. M. (1991): *Monarquía y gobierno provincial. Poder y Constitución en las provincias vascas (1760-1808)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PORTILLO VALDÉS, J. M. (1995): «La constitución foral vizcaína en la Edad Moderna: ¿una *libertäre Verfassung*?», en Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO y Margarita ORTEGA LÓPEZ (eds.): *Antiguo Régimen y Liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*. Vol. 3. Política y Cultura, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Alianza Editorial.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, L. (2002): «El debate sobre los derechos de grupo», en Elías DÍAZ y José Luis COLOMER, *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, L. (2004): «El derecho de autodeterminación en la España constitucional», en BETEGÓN, LAPORTA, PÁRAMO, PRIETO (eds.): *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- RUBIO POBES, C. (2003): *La identidad vasca en el siglo xix. Discurso y agentes sociales*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- SANZO, M. (2001): *El pueblo vasco y la autodeterminación*, Erein, Donostia.
- SCHMITT, C. (1933): *Politische Theologie*, Berlin, Duncker & Humblot (3ª edición).
- SEARLE, J. (1995): *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York.
- TAMAYO SALAVERÍA, Virginia (1986): «El proceso estatutario vasco y la reserva de los derechos históricos vascos», en VV.AA.: *Jornadas sobre actualización de los Derechos Históricos Vascos*, Universidad del País Vasco, 1986.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1979): «Los derechos históricos de los territorios forales a la luz de la Historia del Derecho», en *Obras Completas*. Tomo IV. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 3455 y ss.
- TRUJILLO, G. (1984): «Los procedimientos estatutarios desde la categoría de los actos complejos», en *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas*, Granada.
- VV.AA. (1986): *Jornadas de estudios sobre actualización de los Derechos Históricos Vascos*, Universidad del País Vasco.
- VV.AA. (1988): *Los derechos históricos vascos*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate.
- VV.AA. (1998): *Foralismo, derechos históricos y democracia*, Madrid, Fundación BBV.

# La titularidad de los derechos históricos y las reformas estatutarias

**Alejandro Saiz Arnaiz**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Pompeu Fabra*

## I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años se han puesto en marcha diversas iniciativas de reforma estatutaria en las que los derechos históricos parecen haber cobrado un protagonismo hasta ahora desconocido en nuestro Estado de las Autonomías<sup>1</sup>. Por el momento, el amparo

---

<sup>1</sup> Prescindiendo de otros antecedentes, me limitaré a recordar que la primera Comunidad Autónoma que hizo llegar a las Cortes Generales una (radical) propuesta de revisión de su norma institucional básica fue la del País Vasco. Después de las elecciones de mayo de 2001 y la formación del tripartito PNV-EA-IU, presidido por Ibarretxe (en cuyo programa ya se aludía al derecho a decidir y a su «reflejo en el marco jurídico político»), el Pleno del Parlamento vasco celebrado el día 12 de julio de 2002 aprobó una resolución, tras debatir el dictamen de la Comisión parlamentaria especial sobre autogobierno que se había constituido unos meses antes, en la que se acordaba «iniciar la elaboración y el desarrollo del conjunto de propuestas recogidas en esta Resolución para su materialización y articulación en un *nuevo Proyecto o Proyectos de ordenamiento jurídico*» (la cursiva se ha añadido). En el Debate de política general llevado a cabo en el mismo Parlamento solo unas semanas más tarde (el 27 de septiembre) el *Lehendakari* afirmó la «necesidad de un nuevo Pacto Político con el Estado» que se concretaría en un «nuevo estatus de libre asociación con el estado español». En fecha 7 de noviembre de 2003 el Boletín Oficial del Parlamento Vasco, n. 115 (VII Legislatura), publicaba en



y reconocimiento de aquellos derechos en la DA 1ª de la Constitución se había concretado únicamente en los Estatutos vasco y nava-

---

el epígrafe «Reforma del Estatuto de Autonomía» la *Propuesta de reforma de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi* presentada por el Gobierno vasco. Dicha Propuesta fue (se dice que sorprendentemente) aprobada por el Pleno del Parlamento el 30 de diciembre de 2004 y rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 1 de febrero de 2005 en el debate de totalidad.

Por su parte, en Cataluña el *Butlletí Oficial del Parlament* (n. 366, VI Legislatura) publicó el 5 de diciembre de 2002 el *Document de la Comissió d'Estudi per a l'Aprofundiment de l'Autogovern*, en el que los distintos grupos parlamentarios formularon propuestas (no articuladas) para la mejora y profundización de la autonomía catalana. Tras las elecciones autonómicas de noviembre de 2003 y la formación del *Govern* tripartito de Maragall, se acordó en el Parlamento la creación de una Ponencia redactora de la reforma del Estatuto de Autonomía que inició sus reuniones en el mes de febrero de 2004. La Ponencia «colgó» en la *web* del Parlament el 17 de mayo un primer texto a modo de borrador acompañado de observaciones de los diversos grupos y de comentarios técnicos de los Letrados de la Cámara. El Boletín del Parlamento (n. 208, VII Legislatura) publicó el 11 de julio de 2005 la *Proposta de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya elaborada per una ponència del conjunt dels grups parlamentaris*. El 30 de septiembre de ese mismo año, y tras su paso por la Comisión y el *Consell Consultiu*, el Pleno del Parlament aprobaba la iniciativa de reforma para su remisión a las Cortes Generales. Tomada en consideración por el Pleno del Congreso el día 2 de noviembre, la propuesta fue aprobada por esa Cámara el 30 de marzo de 2006 y el 10 de mayo por el Senado. El 18 de junio fue refrendada en referéndum popular en Cataluña.

En la Comunidad Valenciana el Pleno de las *Corts* acordó el 28 de abril de 2004 la creación de una Comisión no permanente especial de estudio para una posible reforma del Estatuto. El Informe elaborado por esta Comisión se presentó el 6 de abril de 2005 y se debatió por el Pleno de las Cortes valencianas ocho días más tarde. El 26 de mayo se presentó por los Grupos Popular y Socialista la Proposición de ley de Proposición de ley orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. El 3 de junio el Pleno tomó en consideración la Proposición de ley que el 27 de junio fue votada en la Comisión competente y el 1 de julio de 2005 en el Pleno. Transmitida a las Cortes Generales, la iniciativa de reforma fue aprobada por el Pleno del Congreso el día 15 de febrero de 2006, y por el del Senado el 8 de marzo. El 27 del mismo mes el Pleno de las *Corts* aprobaba definitivamente la reforma aceptando las modificaciones introducidas por las Cortes Generales.

rro<sup>2</sup>, en los que pueden encontrarse abundantes ejemplos de la enorme trascendencia competencial, financiera e institucional de su actualización<sup>3</sup>. Ahora, al hilo de las referidas propuestas de reforma, los derechos históricos se han hecho presentes en el trámite parlamentario tanto del Estatuto catalán como del valenciano, a la búsqueda de un argumento en el que amparar un *plus* competencial diferenciador o, más imprecisamente, «una posición singular»<sup>4</sup>. Poco puede extrañar semejante intento si se repara en el hecho de que, a día de hoy, *el único límite constitucional a la homogeneidad entre Comunidades Autónomas es, precisamente, la DA 1ª CE*<sup>5</sup>. Por otra parte, en el caso vasco se ha querido ver en los dere-

---

Mientras se escriben estas líneas, en el mes de septiembre de 2006, tres propuestas de reforma estatutaria se encuentran en diversos momentos de su tramitación en el Congreso de los Diputados: la andaluza, la balear y la aragonesa.

<sup>2</sup> Además de la irrelevante —a mi juicio— previsión contenida en la DA 3ª del Estatuto de Aragón, sobre la que volveré más adelante y de la que ya puede adelantarse que sus efectos jurídicos son pura y simplemente inexistentes.

<sup>3</sup> La literatura acerca de los derechos históricos es abundantísima. Un completo resumen de las diversas posiciones doctrinales, así como de la jurisprudencia constitucional, se encuentra en J. ARRIETA ALBERDI, «Las 'imágenes' de los derechos históricos: un estado de la cuestión», en AA.VV., *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Madrid, 2000, pp. 227-299, y en S. LARRAZÁBAL BASAÑEZ, *Contribución a un Teoría de los Derechos Históricos Vascos*, Oñate, 1997, en concreto, pp. 448 ss. A estos mismos efectos, me remito también a la parte final del texto de F. J. Laporta que integra este mismo volumen.

<sup>4</sup> En el Preámbulo de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña se lee cuanto sigue: «El autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Constitución, así como en los derechos históricos del pueblo catalán que, en el marco de aquélla, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de la Generalitat». Idéntica referencia a la «posición singular», en este caso de la Comunidad de Aragón, puede leerse en la Exposición de Motivos de la Propuesta de reforma del Estatuto de dicha Comunidad remitida al Congreso de los Diputados.

<sup>5</sup> Al respecto, por ejemplo, J. J. SOLOZÁBAL, «Derechos históricos, Constitución y soberanía», *Claves*, n. 107, 2000, pp. 36 ss. También J. TAJADURA TEJADA, «La constitucionalización del mapa autonómico: una reforma necesaria pero insuficiente», en S. ROURA y J. TAJADURA (dirs.), *La reforma constitucional*, Madrid, 2005, en concreto, pp. 316-317, y F. RUBIO LLORENTE, «Razones contra el

chos históricos el título que —entre otros— justificaría la libre decisión del pueblo vasco sobre su futuro: aquéllos, proclamaba el *Lehendakari* en el último *Aberri Eguna*, son «la única Constitución de los vascos»<sup>6</sup>.

*La historia, a la que ya el constituyente resultó especialmente atento en materia autonómica*<sup>7</sup>, parece manifestarse con toda su

---

inmovilismo reverencial», *El País*, 6 de diciembre de 2003, cuando sostiene que la «singularidad más acusada [entre Comunidades], quizás la única con base constitucional, es la del régimen fiscal del País Vasco y de Navarra; todas las demás vienen sólo de los estatutos, pues el techo constitucional es el mismo para todas [...]» (la cursiva se ha añadido). De este último autor véase, también, «Sobre la conveniencia de terminar la Constitución», *Claves*, núm. 25, 1992, p. 14. La afirmación que se hace en el texto no desconoce cuanto resulta del art. 149.1.8 (del que más adelante se tratará) y de la DA 3ª CE.

<sup>6</sup> *El País*, 17 de abril de 2006. Tras su intervención en el *Aberri Eguna*, y en contestación a una interpelación presentada por la parlamentaria del Grupo Popular M. San Gil, el *Lehendakari* afirmaba en el Pleno de la Cámara vasca celebrado el día 27 de abril que «la constitución del pueblo vasco son los derechos históricos. Esa es la constitución, la única constitución del pueblo vasco. [...] el contencioso, desde un punto de vista político y jurídico, se remonta a 167 años atrás, cuando se produce por la fuerza la abolición de los Fueros vascos por parte de España. [...] alcanzar un acuerdo político que nos permita superar ese problema, viejo problema ya, pasa por una interpretación y por una actualización y por un desarrollo de los derechos históricos. Y para eso sí creo que tengamos fuerza política y jurídica en el actual entramado jurídico constitucional» (publicación provisional en la *web* del Parlamento vasco, [http://parlamento.euskadi.net/pfrm\\_cm\\_argic\\_dp.html](http://parlamento.euskadi.net/pfrm_cm_argic_dp.html); la cursiva se ha añadido).

Acerca de los derechos históricos (cuya preconstitucionalidad e inderogabilidad «equivale a la soberanía de sus titulares») como título habilitante para la «autodeterminación externa sobre cuyo resultado nada está prescrito ni proscrito», véanse (entre otros escritos de este autor) M. HERRERO DE MIÑÓN, *El valor de la Constitución*, Barcelona, 2003, pp. 366-385, y «Autodeterminación y derechos históricos», en AA.VV., *Derechos históricos y constitucionalismo...*, cit., pp. 213-223.

<sup>7</sup> En ocasiones, especialmente cuando se critica la presencia de los derechos históricos de los territorios forales en la Constitución, parece olvidarse que la DA 1ª CE no es la única referencia histórica presente en el tratamiento constitucional de la estructura territorial del Estado. Junto a ella resultan las contenidas en los arts. 143.1 (las —entre otras— «características históricas»

intensidad simbólica cuando tras más de un cuarto de siglo de descentralización política se pretende desde algunas Comunidades Autónomas la revisión de sus Estatutos invocando en todo caso y con contundencia el propio pasado como uno más de los rasgos que caracterizan a esa región o nacionalidad frente al resto<sup>8</sup> y, en ocasiones, apelando expresamente a los derechos históricos, que no

---

comunes a provincias limítrofes como condición para el acceso al autogobierno o la «entidad regional histórica» para la constitución de Comunidades uniprovinciales), 147.2.a (la «identidad histórica» como criterio decisivo para la denominación en el Estatuto de la respectiva Comunidad Autónoma) y la DT 2ª (el plebiscito, «en el pasado», de un proyecto de Estatuto de Autonomía como condición que facilita el acceso a la autonomía por la vía del art. 151.2 CE). También el art. 149.1.8 CE es, qué duda cabe, una buena prueba de la atención que en las Cortes del período 1977-1978 se prestó a los precedentes históricos. P. Lucas Verdú se ha referido a la DA 1ª y al art. 149.1.8 como expresión de la «penetración de la historicidad» en la Constitución española (véase su ponencia en AA.VV., *Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil*, Bilbao, 1983, pp. 19-71). Todo ello, por supuesto, sin olvidar que en el Preámbulo constitucional se alude a las «tradiciones» de los «pueblos de España», la protección de cuyo ejercicio se proclama voluntad de la Nación española.

Otras trazas de la historia en la Constitución, que nada tienen que ver con la estructura territorial de España, pueden encontrarse en los arts. 46 (patrimonio histórico a cuya conservación se comprometen los poderes públicos), 56.1 (cuando se atribuye al Rey la más alta representación del Estado en las relaciones internacionales, «especialmente con las naciones de su comunidad histórica») y 57.1 (que proclama de Don Juan Carlos I de Borbón la condición de «legítimo heredero de la dinastía histórica»).

<sup>8</sup> Una visión muy crítica sobre el peso de la historia (o mejor: de *las historias* de las diversas nacionalidades y regiones) en el proceso de construcción del Estado de las Autonomías puede encontrarse en R. L. BLANCO VALDÉS, *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, Madrid, 2005. Una rápida lectura de los preámbulos de los Estatutos catalán y valenciano (ya aprobados), así como de las exposiciones de motivos de las propuestas de reforma de los de Aragón e Islas Baleares, y del preámbulo (*sic*) del andaluz (estos tres últimos iniciando su andadura parlamentaria en las Cortes Generales), confirman la decidida voluntad de reivindicación de la propia historia con la que los autores de (todas) las iniciativas han concebido la obra de reforma.

serían sino una manifestación *jurídicamente cualificada* de aquel tiempo pretérito.

En este contexto tiene pleno sentido cuestionarse sobre la identidad de los territorios forales titulares de derechos históricos a los que se refiere la DA 1ª CE: a la respuesta que puede darse a semejante pregunta se dedicarán las próximas páginas de este trabajo.

## II. PRIMERA HIPÓTESIS: LOS TERRITORIOS FORALES ALUDIDOS EN LA DA 1ª CE COINCIDEN CON LOS DE LA FORALIDAD CIVIL EX ART. 149.1.8.CE. CRÍTICA

Esta lectura de los posibles titulares de los derechos históricos pretendía, en palabras de Herrero de Miñón, «hacer de la Adicional Primera de la Constitución la reiteración del artículo 13 del Código Civil en lo subjetivo, los titulares, no menos que en el contenido objetivo», con una intención política evidente: «descalificar la noción de Derechos Históricos» y, al tiempo, «vaciarla de contenido»<sup>9</sup>. De asumirse semejante propuesta, los territorios forales abarcarían, las tres provincias vascongadas<sup>10</sup>, Navarra, Cataluña, Aragón, Baleares, Galicia y Valencia<sup>11</sup>, ...sin excluir la parte de Extremadura en que rige el llamado Fuero de Baylío.

Un posible argumento en favor de esta interpretación resultaría del empleo en el siglo XIX de los términos «territorios forales» o «territorios de Derecho foral», con los que se aludía a todos los que

---

<sup>9</sup> M. HERRERO DE MIÑÓN, *Derechos Históricos y Constitución*, Madrid, 1998, pp. 150-151.

<sup>10</sup> Incluida Guipúzcoa, cuyo fuero civil consuetudinario fue reconocido en su plena vigencia por la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco.

<sup>11</sup> En este último caso, la STC 121/1992, de 28 de septiembre, reconoció que el amplio enunciado del art. 149.1.8 CE (Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan), «permite entender que su remisión alcanza no solo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución [...]».

entonces «tenían un régimen jurídico propio y distinto al común vigente en el resto de la nación. Es decir, tanto a Cataluña, Aragón, Mallorca y en menor medida Galicia, que conservaban sus respectivos Derechos civiles, como a Navarra, Guipúzcoa, Vizcaya y Álava, cuyas peculiaridades eran mucho más amplias»<sup>12</sup>. Claro que, como ha recordado Alli Aranguren, tras las guerras carlistas la denominación genérica de «régimen foral» (presente hoy en el segundo inciso de la DA 1ª CE) se utiliza para identificar el «reducto de autogobierno» que con distinto alcance se mantiene en Navarra y las tres provincias vascongadas<sup>13</sup>, con lo que los únicos territorios forales portadores de régimen foral serían, en efecto, los cuatro últimamente citados, y no todos aquéllos dotados de un Derecho civil propio.

En cualquier caso, y frente a todo intento de identificar en el art. 149.1.8 CE los territorios a los que se referiría la DA 1ª, ha de recordarse que la relación entre ambas disposiciones es de clara separación material, por lo que nada parece imponer (más bien al contrario) la identidad de titulares. El primero se refiere, «allá donde existan», a los «derechos civiles, forales o especiales» de las Comunidades Autónomas; la segunda, al aludir a los derechos históricos de los territorios forales y a la actualización del régimen foral, sólo puede hacerlo, *salvo reiteración carente de todo sentido*, a algo distinto. *La garantía de la foralidad civil se ubicaría en el art. 148.1.8 CE* (sin olvidar el muy concreto aspecto que trata la DA 2ª CE), *mientras que la correspondiente a la foralidad pública o de Derecho Público encontraría respeto y amparo, además de título para su actualización, en la DA 1ª CE*. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional ante alegaciones que pretendían reforzar la competencia en materia de «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil aragonés» (art. 35.1.4 del Estatuto de Aragón) vincu-

---

<sup>12</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, «Los 'derechos históricos' de Euskadi», *Sistema*, n. 31, 1979, p. 10.

<sup>13</sup> J.-C. ALLI ARANGUREN, «Pakea eta Foruak-Paz y Fueros. Los derechos históricos como instrumentos de pacificación», en AA.VV., *Derechos históricos y constitucionalismo...*, cit., p. 322.

lándola a la DA 1ª CE, cuyo sentido, afirmó el alto intérprete de la Constitución, «no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el art. 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda CE), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación» (STC 88/1993, FJ 1). En definitiva, no parece que el art. 149.1.8 CE pueda servir para identificar a los titulares de los derechos históricos o portadores de régimen foral mencionados en la DA 1ª CE en la medida en que el ámbito material cubierto por estas dos disposiciones es radicalmente distinto<sup>14</sup>.

Álava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya, comparten unas señas de identidad (en forma de regímenes forales, podríamos avanzar) que no pueden extenderse a ninguna otra parte del territorio español. Me refiero a la pervivencia, con intensidad territorial variable y en tramos temporales no siempre homogéneos, de instituciones singulares de Derecho Público durante más de dos siglos y medio antes de la aprobación de la Constitución, en un contexto, para el resto del Estado, de marcada uniformidad en el terreno administrativo, político y fiscal. En efecto, suprimido en 1707 el régimen foral en Aragón, Mallorca, Cataluña y Valencia (reintegrado parcialmente —Derecho privado— pocos años después para las tres primeras), esas instituciones continúan funcionando en las tres provincias vas-

---

<sup>14</sup> En el Informe del Consejo de Estado sobre la reforma de la Constitución se diferencia claramente entre ambas previsiones, que merecen el tratamiento de «hechos diferenciales». En la lista de los constitucionalmente reconocidos figuran, para el supremo órgano consultivo del Gobierno, las lenguas cooficiales (arts. 3, 20.3 y Preámbulo), el hecho insular (arts. 69.3, 138.1, 141.4 y 143.1), un régimen económico y fiscal propio de determinados territorios (DA 3ª), el «Derecho civil foral o especial (artículo 149.1.8ª, en conexión con el 149.1.6ª)», y la «foralidad (Disposición Adicional Primera)». Véase *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, F. RUBIO LLORENTE y J. ÁLVAREZ JUNCO (eds.), Madrid, 2006, pp. 238-239.

cas y en Navarra, que pasan a denominarse muy expresivamente *provincias exentas*. Un funcionamiento, por cierto, que se hace compatible, no sin dificultades, con la existencia del régimen constitucional en España durante buena parte del siglo XIX. En definitiva, y se trata de un dato de no poca trascendencia, *Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra, han sido los únicos territorios españoles en los que el régimen foral de Derecho Público (y el singular sistema de financiación que en parte lo sustituyó para las tres primeras en el último cuarto del siglo XIX) convivió con el Estado constitucional antes del texto de 1978*<sup>15</sup>. Por cierto que esta característica, en términos de supervivencia foral a la implantación del Estado liberal, fue aludida en algún momento por el portavoz del PNV en los debates de la DA 1ª CE para marcar una nítida separación entre unos y otros territorios forales que en España habían sido.

El régimen foral de los territorios vascos y de Navarra, que sobrevive —entre conflictos— a lo largo del siglo XVIII y los primeros años del XIX, pierde algunas de sus señas de identidad tras la Ley de 25 de octubre de 1839, que confirma los fueros «sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía» (art. 1) y que encarga al Gobierno, oídas las provincias afectadas, la propuesta a las Cortes de la modificación foral (art. 2). La reforma de los fueros navarros llegaría de la mano de la conocida como Ley Paccionada de 1841 (a la que se reclama el Preámbulo de la vigente Ley de Amejoramiento), que establece un primer Convenio Económico al tiempo que las tres provincias vascas rechazan todas las iniciativas gubernamentales de revisión<sup>16</sup>. Hasta 1876 funciona en Álava, Gui-

---

<sup>15</sup> Al respecto, sobre el régimen foral en la España constitucional, B. CLAVERO, *Fueros Vascos. Historia en tiempo de Constitución*, Madrid, 1985, pp. 18-63. Un breve pero completo resumen de las relaciones entre constitucionalismo y foralidad en la España decimonónica puede encontrarse en S. MUÑOZ MACHADO, *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVII al siglo XXI)*, Madrid, 2006, pp. 228-247. Sobre el contenido de la foralidad de los territorios vascongados y de Navarra antes de la «abolición» en el XIX, véase S. LARRAZÁBAL BASÁÑEZ, *Derecho Público de los Territorios Forales*, Oñate, 2004, *passim*.

<sup>16</sup> Sobre el particular puede consultarse J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Las leyes



púzcoa y Vizcaya una suerte de régimen neo-foral en el que faltan algunas instituciones características como la justicia, las aduanas o el pase foral, pero que conserva las Juntas Generales y las Diputaciones, así como las exenciones contributiva y militar. La Ley de 21 de julio de 1876 supone para aquellas tres provincias la práctica desaparición del régimen foral, sustituido desde 1878 por el Concierto Económico, que aunque en puridad es una alternativa a la foralidad, entonces reducida a lo puramente residual, se califica hoy en día por el propio Estatuto de Autonomía (art. 41.1) como «sistema foral tradicional» de regulación de las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco. El Concierto y el Convenio se renuevan en varias ocasiones y sobreviven hasta en el franquismo para Álava y Navarra, no así para Vizcaya y Guipúzcoa donde el Concierto fue dejado sin efecto por Decreto-Ley de 23 de junio de 1937, aunque ya un año antes de la entrada en vigor de la Constitución (tal y como se recuerda más abajo) se explicitó el compromiso de restablecimiento de los «regímenes especiales de carácter foral» para las que habían sido consideradas provincias traidoras.

Quede aquí, en fin, el recordatorio de que el Derecho civil al que se refiere el art. 149.1.8 CE se restituye para Aragón, Baleares y Cataluña (Decretos de Nueva Planta de 1711, 1715 y 1716, respectivamente) en un momento histórico en el que el régimen foral sólo sobrevive en su plenitud en Álava, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra, por cuanto tras la abolición total de 1707 la organización

---

de 25 de octubre de 1839 y de 16 de agosto de 1841: un análisis jurídico y constitucional», en AA.VV. (S. MARTÍN-RETORTILLO, dir.), *Derecho Público Foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Madrid, 1992, pp. 27-52. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Los derechos históricos de Navarra», en AA.VV., *Diez años del Amejoramiento del Fuero (1982-1992). El Estado de las Autonomías y Navarra*, Pamplona, 1994, p. 21, ha recordado cómo no fue idéntico «el discurrir de las cosas, la realidad política en las provincias vascas y en Navarra a partir de la Ley de 1839. El maximalismo se impuso en las provincias vascas, el famoso todo o nada impidió llegar a un arreglo en la cuestión de los Fueros tal y como había planteado o previsto la Ley de 1839, en tanto que Navarra se arregló con las autoridades del Estado y de ahí salió la Ley Paccionada de 1841».

política y administrativa propia no fue nunca reintegrada a Aragón, Baleares, Cataluña y Valencia. En definitiva, hace ya casi tres siglos que es posible diferenciar entre una foralidad de Derecho Público y otra de Derecho Civil cuyos titulares coinciden solo parcialmente.

### III. LO INDISCUTIDO (E INDISCUTIBLE): SON TERRITORIOS FORALES, EN TODO CASO, ÁLAVA, GUIPÚZCOA, NAVARRA Y VIZCAYA

Además de cuanto acaba de afirmarse en el epígrafe precedente, las razones que se pueden ofrecer para afirmar el carácter nada polémico del enunciado que da título a este apartado son de diverso tipo, pero todas ellas igualmente contundentes. Aludiré muy brevemente a la *historia* de los derechos históricos, al *origen en las Cortes Constituyentes* de la DA 1ª, a la *jurisprudencia constitucional* y al reflejo en los Estatutos y en las leyes estatales de esa titularidad indiscutible.

#### 1. LA HISTORIA DE LOS «DERECHOS HISTÓRICOS»

Dejando de lado el origen de la noción «derechos históricos», que García-Pelayo situara en el Imperio austrohúngaro de la segunda mitad del XIX<sup>17</sup>, puede afirmarse que una de las primeras utilizaciones públicas del término en nuestro país con un fuerte significado de lo que hoy denominaríamos reivindicación competencial tuvo lugar en el Mensaje que las Diputaciones de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya<sup>18</sup> dirigieron al Gobierno de la Monarquía en noviembre de 1917. Se lee allí que las Diputaciones aspiran a obtener, «dentro

<sup>17</sup> *El País*, 24 de septiembre de 1978. El texto de M. GARCÍA-PELAYO se encuentra reproducido en V. TAMAYO SALABERRÍA, *La autonomía vasca contemporánea. Foralidad y estatutismo*, Vitoria, 1994, pp. 1335-1339. En el mismo sentido puede consultarse M. HERRERO DE MIÑÓN, *Idea de los derechos históricos*, Madrid, 1991, pp. 52-60.

<sup>18</sup> La Diputación de Navarra participó en alguna de las reuniones que llevaron a la gestación del citado Mensaje, aunque finalmente se desmarcó por el temor a ver «reducido su *status* de 1841 al régimen característico de las otras regiones vascas» (V. TAMAYO SALABERRÍA, *op. cit.*, p. 99).

de la unidad de la Nación española, las más amplias facultades autonómicas», que se ejercerán por las propias Diputaciones «o por los organismos que se establezcan en el País para sustituirlas», a cuyos efectos se solicita «el restablecimiento de sus instituciones seculares, de sus fueros [...] sin hacer dejación ni por un momento de los derechos históricos que se han invocado en todos los tiempos por las corporaciones que hablaron en nombre de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava».

«Reintegración foral plena», «restauración foral íntegra de su régimen político-administrativo», «derechos históricos», «derechos sagrados de este País», van a ser términos que se reproducirán en diversos documentos políticos a lo largo de la segunda y tercera décadas del siglo pasado, así como en las diversas iniciativas estatutarias que se suceden en los primeros años treinta (Sociedad de Estudios Vascos, Estella, Gestoras). Incluso el Decreto del Ministerio de la Gobernación de 8 de diciembre de 1931, por el que se confiere a las Comisiones Gestoras de las Diputaciones de las tres provincias vascongadas y de Navarra la dirección de los trabajos para la elaboración del «proyecto o proyectos de Estatuto o Estatutos», se reconoce la existencia de un «régimen tradicional que, con peculiaridades distintas, tuvo por Códigos los Fueros de Álava, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra, cuya diversidad legislativa nunca debilitó los vínculos fraternales que en todo tiempo unieron a las cuatro provincias». Reconocimiento y remisión a los fueros ausente del Decreto de 9 de mayo de 1931 que, entre otros contenidos, regula la elaboración del Proyecto de Estatuto para Cataluña.

En el Proyecto de Estatuto vasco que se remite a las Cortes republicanas, refrendado popularmente en noviembre de 1933, figuraba un art. 1.2 según el cual el régimen autonómico «no implica prescripción extintiva de los derechos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, cuya plena realización [...] estriba en la restauración foral íntegra de su régimen político-administrativo». En todo caso, ya se sabe que en el Estatuto finalmente aprobado por las Cortes republicanas tras el golpe de estado franquista, no figura ni una sola referencia (más allá del Derecho Civil foral) a los fueros o a los derechos

históricos, siendo indirecta la alusión al Concierto Económico en el art. 13<sup>19</sup>.

También a lo largo de la transición política la recuperación foral se convierte en un referente común a *la práctica totalidad* de las fuerzas políticas. Valgan estos dos ejemplos. En primer lugar, la declaración aprobada el 20 de julio de 1977 *por consenso* en el seno de la Asamblea de Parlamentarios Vascos al cumplirse el 101 aniversario de la Ley Abolitoria de 1876, en la que se afirma «el derecho del pueblo vasco a recuperar sus instituciones históricas [...] conseguir la devolución del poder foral y libertades originarias de los vascos». En segundo lugar, el documento que *todos* los diputados vascos registran en la Secretaría General del Congreso el 25 de octubre de aquel mismo año y en el que, tras recordar la fecha del 138 aniversario de la Ley de 1839, y manifestar su repulsa por la conculcación del «régimen foral propio de los cuatro territorios históricos», se proclama la «firme determinación» de Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra para «recuperar sus derechos e instituciones históricas»<sup>20</sup>.

En definitiva, quede este muy apretado repaso histórico como demostración de que expresiones como derechos históricos o régimen foral forman parte, con un significado que alude en todo caso a una más o menos precisa idea de autogobierno, del lenguaje político (y jurídico) habitual del último siglo en las tres provincias vascongadas y Navarra<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Artículo 13: «Álava, Guipúzcoa y Vizcaya continuarán haciendo efectiva su contribución a las cargas generales del Estado en la forma y condiciones sancionadas con fuerza de ley por las Cortes Constituyentes en 9 de septiembre de 1931».

<sup>20</sup> Todas las referencias históricas que figuran en este apartado (excepto las que se han hecho a los dos Decretos de mayo y diciembre de 1931) se han sacado de V. TAMAYO SALABERRÍA, *op. cit.*, pp. 111 ss.

<sup>21</sup> La propia Disposición Final 1ª del Real Decreto Ley 1/1978, de 4 de enero, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el País Vasco alude a la adopción de las medidas necesarias para el «restablecimiento de regímenes especiales de carácter foral de las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya».

## 2. LA DA 1ª EN LAS CORTES CONSTITUYENTES

Asumido el valor limitado que en la interpretación de cualquier disposición constitucional tienen los trabajos parlamentarios<sup>22</sup>, no puede dejar de reconocerse que el trámite de elaboración de la DA 1ª confirma como destinatarios inequívocos (y a mi juicio únicos) de la misma a los territorios vascos y navarro<sup>23</sup>.

El amparo y respeto constitucional de los derechos históricos trae causa, como es de sobra conocido, de la enmienda número 689 del PNV, habitualmente citada como «enmienda foral», en la que se derogaban las leyes abolicionistas, se devolvían a las cuatro regiones forales sus instituciones y poderes políticos originarios, se renovaba el Pacto con la Corona y se posibilitaba la elaboración de un Estatuto de Autonomía mediante un procedimiento singular y de contenido también único. En la Comisión Constitucional del Congreso el rechazo a la iniciativa nacionalista vino acompañado de una propuesta alternativa de contenido mucho más próximo al de la actual DA 1ª, en la que ya se silenciaba la identidad de los territorios forales: «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los estatutos de Autonomía». Esta enmienda, que aún daría mucho que hablar en las Constituyentes, en particular a su paso por el Senado, fue firmada por siete grupos parlamentarios de la Cámara baja: todos excepto el nacionalista, que, sin embargo, la votó favorablemente<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Se trata, en palabras del Tribunal Constitucional, de «un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen» (STC 5/1981, FJ 9).

<sup>23</sup> La discusión de la Adicional se calificó por un testigo de primera mano (J. SOLÉ TURA, *Nacionalidades y nacionalismos en España*, Madrid, 1985) de «auténtica sucesión de despropósitos» (p. 105) y «fuente de serias tensiones» (p. 96).

<sup>24</sup> Todos los detalles sobre la discusión en las Cortes Constituyentes de la DA 1ª, dentro y fuera de las sedes parlamentarias, pueden consultarse V. TAMAYO SALABERRÍA, *op. cit.*, pp. 517 ss.

Es cierto que el referido silencio, y el hecho de que algunos de quienes intervinieron en los debates aludieran (*muy superficialmente*, en todo caso) a otras partes del territorio español como posibles sujetos de derechos históricos, posibilita lecturas ampliadoras de sus titulares aludidos implícitamente en la DA 1ª CE<sup>25</sup>. Creo, sin embargo, que hay datos que pesan decisivamente a favor de la limitación de los territorios forales a los que se refiere la Adicional a las cuatro provincias de las que venimos tratando. En primer lugar, y sin ánimo de repetir nada que se haya dejado escrito más arriba, ha de recordarse que los derechos históricos y el régimen foral como reivindicación política son una exclusiva *vasco-navarra* tanto en el período constituyente como en los primeros decenios del pasado siglo: en ninguna otra parte del territorio español se acompañó la demanda de regionalización o de autogobierno de una pretensión de reintegración foral. Además, el amparo y reconocimiento constitucional de los derechos históricos se concibió por la práctica totalidad de los oradores que tomaron la palabra tanto en el Congreso como en el Senado de las Cortes Constituyentes como un instrumento para favorecer la normalización política en el País Vasco en el momento de la transición a la democracia, y en particular para hacer posible la incorporación del nacionalismo democrático vasco al consenso constitucional.

Pero el argumento más contundente que, a mi juicio, puede emplearse para concretar los territorios forales ex DA 1ª CE, resulta de la conexión entre ésta y el segundo apartado de la Derogatoria, que se refiere a las dos leyes que recortaron el régimen foral de las tres provincias vascas, salvando la vigencia de la Ley de 1839 para

---

<sup>25</sup> Una lectura de este tipo es la que se intenta, contra el criterio de la mayoría, en el voto discrepante al Dictamen del Consejo Consultivo de Cataluña núm. 269, de 1 de septiembre de 2005, sobre la Propuesta de reforma del *Estatut*, firmado por Bassols, Vernet y Camps. En este momento me limitaré a notar que después de insistir en que los debates constituyentes «contradicen» la lectura estricta de la Adicional 1ª en punto a los sujetos en ella aludidos, los propios firmantes del voto reconocen una páginas más adelante que «es cierto que los antecedentes de la elaboración de la disposición adicional primera CE parecen reservar la aplicación a Navarra y al País Vasco, [...]».

Navarra. Esta conexión entre las dos Disposiciones a las que me acabo de referir resulta de los debates constituyentes y, también, de manera explícita, del Preámbulo del vigente Amejoramiento del Fuero de Navarra. Además, ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en la STC 94/1985 (FJ 2), y puede también deducirse de la STC 76/1988 (FJ 2). En definitiva, en mi opinión, el amparo y respeto constitucional de los derechos históricos de los territorios forales sólo es posible porque su régimen privativo (el «fondo de competencias de raíz histórica», en expresión de la STC 76/1988, FJ 5) resulta identificable a partir, en un caso (para Álava, Guipúzcoa y Vizcaya), de la derogación de las Leyes de 1839 y de 1876, en las condiciones a las que me referiré acto seguido, y, en otro (para Navarra), precisamente por la subsistencia de la primera de ambas leyes.

Parece poco dudoso que la derogación de las referidas Leyes de 1839 y 1876 tiene un fuerte valor simbólico, y así se hizo notar en el trámite constituyente. Ahora bien, su presencia en la Constitución significa, ha de significar necesariamente, algo más, y a estos efectos posee relevancia el hecho de que la citada derogación se propusiera inicialmente por los nacionalistas vascos acompañando en una única enmienda (la antes citada número 689) a la devolución foral y a la renovación del Pacto con la Corona. Cuando tras el debate la DA 1ª recibió la que hoy es su redacción, desprovista de toda referencia a aquellos textos legislativos decimonónicos, se apreció la necesidad de proceder a la derogación de ambas Leyes, haciéndose así —en los términos de la propia Derogatoria— en tanto en cuanto pudieran conservar alguna vigencia y en lo que pudieran afectar a las tres provincias vascas. Todo parece indicar que *la separación entre la DA 1ª y el segundo apartado de la Derogatoria* tiene que ver con la voluntad de alejar toda pretensión de actualización de los derechos históricos de una plena reintegración foral que traería causa de la derogación de las Leyes de 1839 y, en menor medida, de 1876. Al tiempo, se dio satisfacción a la voluntad de un importante sector político navarro, para el que la citada actualización nunca podría conectarse a la derogación de una Ley

como la de 1839 que es, precisamente, la que en su momento vino a confirmar los fueros del viejo Reino.

Es evidente que la derogación no provoca una suerte de reviviscencia, de recuperación automática de la foralidad suprimida por aquellas Leyes (tal resulta del art. 2.2 Código Civil). Pero es que, además, no puede desconocerse que estas dos Leyes son en buena medida fuente más o menos directa de algunos de los contenidos de los derechos históricos tal y como se conciben en la actualidad y se concebían en el momento constituyente (el Concierto, por ejemplo), por lo que la derogación en los términos apuntados resulta inconcebible. De otra parte, la derogación resultante, como expresión del amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales, de su actualización, sólo es posible dentro del respeto a los principios y mandatos constitucionales. Pues bien, esa actualización sería pura y simplemente inimaginable para muchos de los contenidos del régimen foral anteriores a 1876 y, sobre todo, a 1839. Así, por ejemplo, el pase foral, las aduanas interiores, o la exención militar; *de ahí que la actualización de los derechos históricos constitucionalmente posible lo sea mucho más de la foralidad revisitada por ambas Leyes decimonónicas de cuanto pueda serlo de una foralidad más íntegra o pura que parece a primera vista incompatible, en muchos de sus elementos, con la Constitución de 1978 (y con el Derecho Europeo).*

En definitiva, la derogación de aquellas Leyes «en lo que pudiera[n] afectar» a los tres territorios vascos (distinta es, ya se sabe, la situación navarra), entendida como se acaba de proponer, asumiría todo el pasado foral que ahora, desde la Constitución y el Estatuto, se ha de reconstruir actualizándolo en su compatibilidad con los fundamentos del Estado que resulta de la primera de aquellas normas. La derogación, se ha dicho por T.-R. Fernández, lo es con efectos «*ex nunc*» de dos leyes que «aun siendo el fundamento de una parte sustancial de los derechos históricos que la Constitución ampara y respeta, fueron vistas en su día como un atentado contra la esencia de estos derechos a fin de que no empañen y perturben el intento de empezar otra vez y empezar mejor sobre la



base de un pacto que tiene su expresión en el Estatuto de Autonomía al que la Disposición Adicional primera se remite»<sup>26</sup>. En mi opinión, sólo esta lectura integrada, sistemática, de la DA 1ª y del segundo apartado de la Disposición Derogatoria hace posible identificar a los titulares de los derechos históricos a los que se refiere la Constitución.

Quizá a la búsqueda de un efecto similar, algunas de las Comunidades Autónomas afectadas por los Decretos de Nueva Planta han promovido iniciativas políticas por las que se solicitaba del Gobierno español la derogación formal de los mismos; así ha ocurrido en las Cortes valencianas, donde se aprobó una proposición no de ley en tal sentido en octubre de 1996, y en las Cortes de Aragón, en las que la misma iniciativa fue rechazada sólo seis meses más tarde<sup>27</sup>.

En todo caso, no pueden ocultarse las dificultades que plantea una recuperación de contenidos de un régimen foral público inexistente desde hace tres siglos, formalmente suprimido y muchos de cuyos elementos conformadores (derechos históricos a actualizar) serían radicalmente incompatibles con la Constitución. No creo exagerado afirmar que la actualización del régimen foral de los territorios vascos y de Navarra ha sido posible en gran medida gracias a su pervivencia en el tiempo, a su adecuación paulatina, no siempre fácil y pacífica, al Estado constitucional que en España se

---

<sup>26</sup> T.-R FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los derechos históricos de los territorios forales*, Madrid, 1985, pp. 81-82.

<sup>27</sup> Vale la pena recordar ahora que, con pretensión más modesta, en el Preámbulo del Estatuto de la Comunidad Valenciana reformado en el presente año (L.O. 1/2006, de 10 de abril), puede leerse que «el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat, en plena armonía con la Constitución Española, procurará la recuperación de los contenidos de ‘Los Fueros del Reino de Valencia’, abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707». Por su parte, la Exposición de Motivos de la Propuesta de reforma estatutaria aprobada por las Cortes de Aragón el día 21 de junio de 2006 contiene igualmente una alusión a los Decretos de Nueva Planta de 1707, de los que se recuerda que «suprimieron las Cortes, la Diputación del Reino y los Fueros, preservando exclusivamente una parte del Derecho civil».

empieza a conformar en los inicios del siglo XIX. ¿Es posible identificar una imagen del régimen foral tradicional «tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder», que es lo que la DA 1ª CE garantiza a los efectos de su actualización (STC 76/1988), cuando la organización político-administrativa que expresaba aquel régimen dejó de existir hace trescientos años en un contexto social, económico, internacional, jurídico, en fin, constitucional, que nada tiene ni puede tener que ver con el actual?

Creo, así las cosas, que la reintegración foral en la que se podía pensar en las Cortes Constituyentes tenía mucho que ver con la foralidad *realmente existente* en los siglos XIX y XX, compatible por lo tanto con la unidad del Estado constitucional, en unos concretos territorios perfectamente identificables, de tracto ininterrumpido en algunos de ellos (Álava y Navarra) y solo suprimida durante la dictadura en los otros (Guipúzcoa y Vizcaya), aunque parcialmente recuperada antes de la aprobación de la Constitución. Nadie en aquellas Cortes sugirió la marcha atrás en el tiempo hasta la España de comienzos del siglo XVIII; nadie propuso la derogación de los Decretos de Nueva Planta; nadie parecía tomarse en serio los derechos históricos fuera de las tres provincias vascongadas y de Navarra.

### 3. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*El Tribunal Constitucional ha limitado, creo que muy claramente, la aplicación de la DA 1ª CE a los territorios vascos y Navarra.* Lo hizo en su Sentencia 76/1988, de 26 de abril, en la que resolvía el recurso de inconstitucionalidad planteado por 55 Senadores contra algunos preceptos de la Ley 27/1983, del Parlamento Vasco, conocida como Ley de Territorios Históricos. En el FJ 2 del pronunciamiento citado puede leerse cuanto sigue:

«Comienza la Disposición proclamando que 'la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales'. Viene pues a referirse a aquellos territorios integrantes de

la Monarquía española que, pese a la unificación del Derecho público y de las instituciones políticas y administrativas del resto de los reinos y regiones de España, culminada en los Decretos de Nueva Planta de 1707, 1711, 1715 y 1716, mantuvieron sus propios fueros (entendidos tanto en el sentido de peculiar forma de organización de sus poderes públicos como del régimen jurídico propio en otras materias) durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, llegando incluso hasta nuestros días manifestaciones de esa peculiaridad foral. Tal fue el caso de cada una de las Provincias Vascongadas y de Navarra. En lo que atañe a las primeras [...] sus respectivos regímenes forales se vieron afectados por la Ley confirmatoria de 25 de octubre de 1839, y, posteriormente, por la Ley de 21 de julio de 1876, que vino a suprimir gran parte de las particularidades forales aún existentes, si bien las tres provincias vascongadas mantuvieron, a partir del Real Decreto de 28 de febrero de 1878, que aprueba el primer Concierto Económico, un régimen fiscal propio, interrumpido respecto a Vizcaya y Guipúzcoa, por el Decreto-Ley de 23 de junio de 1937, pero que se mantuvo en la provincia de Álava».

El Tribunal continúa, en este mismo FJ 2, procediendo a un muy breve repaso de las características y vicisitudes del régimen foral público de las provincias vascas. En todo caso, y esto es lo importante en este momento, no creo que cuanto se acaba de reproducir deje lugar a dudas. *El más alto intérprete de la Constitución sitúa en el momento posterior a los Decretos de Nueva Planta, y por referencia a los territorios que no se vieron privados por ellos de su peculiar régimen foral, la titularidad de los derechos históricos presentes en la DA 1ª CE.* Esta afirmación bastaría por sí sola para identificar a los aludidos, pero, como si quisiera evitar la polémica, el alto Tribunal se encarga de hacerlo él mismo poco más adelante: «Tal fue el caso de cada una de las Provincias Vascongadas y de Navarra». Y no se olvide que los Territorios afectados por el recurso que se decidía eran Álava, Vizcaya y Guipúzcoa. Navarra no estaba para nada implicada en la Ley de Territorios Históricos. Y sin embargo, el Tribunal Constitucional la incorpora entre los titulares

de los derechos históricos. ¿Por qué debería haberse excluido de esa referencia a cualquier otro territorio foral, si existiera?<sup>28</sup>

Es verdad que el Tribunal no da ninguna razón decisiva para limitar la titularidad de los derechos históricos a los territorios que continuaron siendo forales (en sentido pleno, es decir, de Derecho público y privado) tras la publicación de los Decretos de Nueva Planta. Podría haber establecido otro criterio, estimando titulares de derechos históricos a todos los territorios que antes de tales Decretos gozaron de un régimen político-administrativo propio. Pero no lo hizo.

#### 4. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y LAS LEYES DEL ESTADO

Una remisión superficial al Estatuto de Gernika y al Amejoramiento de Navarra sirve para dar cumplida cuenta de la indiscutible condición foral (como sujetos titulares de derechos históricos ex DA 1ª CE) de los territorios que integran ambas Comunidades Autónomas. Véanse, a título de ejemplo, los arts. 3, 10.34, 16, 17.1 (estos dos últimos con expresa remisión a aquella Adicional), 17.5, 24.2, 37 y 41, del Estatuto vasco<sup>29</sup>, y los

<sup>28</sup> La lectura de la STC 76/1988 que se sostiene en el texto se encuentra también en G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Madrid, 2005, p. 88. Vale la pena recordar en este momento también la STC 214/1989 (recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local planteado por el Parlamento gallego y el Gobierno y Parlamento catalanes), en la que puede leerse que no es posible que «los derechos reconocidos a los territorios históricos sean extensibles a las Comunidades de Cataluña y Galicia por el simple hecho de haber asumido idénticas competencias que la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de régimen local, dado el carácter particular o excepcional de los derechos reconocidos a los territorios históricos [...]» (FJ 26).

<sup>29</sup> J. CORCUERA ha recordado que fue el Gobierno de UCD quien propuso que la regulación estatutaria de una serie de competencias que buena parte de la ciudadanía vinculaba con la autonomía (educación, policía, financiación y organización territorial interna) «se vinculara con la mención a los derechos históricos, así actualizados por el Estatuto». De este modo, afirma el mencionado autor, se acogían en el Estatuto competencias «que solo podían

arts. 2.1, 3, 39.1, 45, 46.1.a) y 64, además del Preámbulo<sup>30</sup>, de la LORAFNA.

En fin, lo mismo puede decirse de las no pocas previsiones contenidas en la legislación del Estado que pueden reconducirse a la idea de foralidad de Derecho Público<sup>31</sup>, entre las que se pueden contar, siempre *sin voluntad exhaustiva*, el art. 209 de la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General (que excepciona los regímenes forales en materia de elecciones a diputados provinciales); las Disposiciones Adicionales 2ª y 3ª de la Ley 7/1985, Reguladora de las bases del régimen local (referidas la primera de ellas al País Vasco y sus Territorios Históricos y la segunda a Navarra); las Disposiciones Finales 1ª y 3ª de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; la Ley 12/2002, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (y la Ley Orgánica 4/2002, complementaria de la anterior); la Ley 25/2003, por la que se aprueba la modificación del Convenio Econó-

---

atribuirse en el marco de la legislación orgánica a la que llamaba la Constitución» en tales materias (algo que no sucede, ha de corregirse, en lo relativo a la legislación de régimen local). De este modo, concluye Corcuera, la adicional sirvió «para actualizar los derechos históricos en un doble camino: como instrumento para justificar determinadas competencias de la Comunidad Autónoma que nacía y para definir, en su seno, la situación de los viejos sujetos de la foralidad, convertidos en nuevos Territorios Históricos» («Los Derechos Históricos de los Territorios Forales», en AA.VV., G. TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA y P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, dirs., *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, 2000, pp. 576-577).

<sup>30</sup> En el que puede leerse que la Constitución «tiene presente la existencia del régimen foral y, consecuentemente, en el párrafo primero de su Disposición Adicional Primera, *ampara y respeta los derechos históricos de Navarra*» (la cursiva no está en el original). Remisión a la Adicional que se repite en los ya citados en el texto arts. 2.1 y 64 de la Ley de Amejoramiento.

<sup>31</sup> T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ notó en su momento (*Los derechos históricos de los...*, cit., pp. 71-77), cómo ya desde las dos últimas décadas del XIX, e incluso durante el franquismo (entonces solo para Álava y Navarra), la legislación estatal reconoció las especificidades de los territorios forales en materias como la administración local, las carreteras, los montes o las obras públicas.

mico entre el Estado y la Comunidad Foral (así como la Ley Orgánica 10/2003, complementaria de la misma); la Ley 38/2003, General de Subvenciones, Disposiciones Adicionales 21ª y 22ª, y la Ley Orgánica 19/2003, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Disposición Adicional 8ª. Se trata, en todo caso, de normativa estatal respetuosa, *únicamente para el País Vasco y sus Territorios Históricos, así como para Navarra*, con las singularidades que traen causa de la DA 1ª CE. Nada parecido puede encontrarse respecto de cualquiera otra Comunidad Autónoma o territorio: ninguna excepción a (y en) la legislación del Estado, ninguna salvaguardia a la foralidad de Derecho Público es posible identificar ni siquiera en el caso de Aragón, sobre el que algo se escribirá más adelante.

#### IV. LO DISCUTIBLE (AUNQUE MAYORITARIAMENTE ACEPTADO): LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO COMO SUJETO DE DERECHOS HISTÓRICOS (RECTIUS: COMO TITULAR DE COMPETENCIAS QUE SON EXPRESIÓN DE DERECHOS HISTÓRICOS)

Es evidente que la Comunidad Autónoma de Euskadi, que solo *nace* con la entrada en vigor del Estatuto de Gernika, difícilmente puede ser titular (*originaria*, habría que precisar) de los derechos históricos respetados y amparados por la DA 1ª CE<sup>32</sup>. Ya se sabe que con la excepción, irrelevante a estos efectos, del traumático período republicano, nunca en el pasado las tres provincias vascongadas se han organizado institucionalmente como una entidad jurídico-política

---

<sup>32</sup> Que los territorios forales implícitamente aludidos en el primer inciso de la DA 1ª son Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, y no una inexistente Comunidad vasca que agrupara a las tres provincias, no necesita ser explicado. En el caso navarro, el carácter uniprovincial de la Comunidad Foral evita el planteamiento de todo problema referido a la titularidad de derechos históricos por un nuevo sujeto territorialmente no coincidente con su portador «original». Como ha notado J. J. SOLOZÁBAL, *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid, 2004, p. 95, «la identificación total entre autonomía y foralidad se ha visto facilitada, en primer lugar, por la condición uniprovincial de Navarra, que es a los efectos constitucionales un territorio histórico, así como por el hecho de no haberse producido interrupción alguna en el disfrute de su régimen privativo jurídico desde la Ley de 1841».

única<sup>33</sup>. En otros términos: la ausencia de sujeto histórico exime de cualquier polémica sobre la titularidad de aquellos derechos.

Ahora bien, asumido que el instrumento «decisivo» para la actualización del régimen foral es el Estatuto de Autonomía (STC 159/1993, FJ 6), ha de aceptarse que «la atribución por los estatutos de autonomía [...] de una determinada competencia supone en ocasiones el reconocimiento y actualización de un derecho histórico» (STC 140/1990, FJ 3; también, STC 94/1985, FJ 6), y ello es así porque

«la Constitución da lugar a la formación de una nueva estructura territorial del Estado, basada en unas entidades anteriormente inexistentes: las Comunidades Autónomas. Aparecen así unos nuevos sujetos públicos a los que la Constitución otorga un “status” propio, y atribuye potencialmente la asunción de un elenco de competencias, reservando a sus respectivos Estatutos, como normas institucionales básicas de cada Comunidad, la definición y regulación tanto de su propia organización como de las competencias que asuman. Esta nueva realidad no puede por menos de suponer una inevitable incidencia en situaciones jurídicas preexistentes: Tanto en las competencias de las instituciones centrales del Estado, como (en lo que aquí importa) en las de otras entidades territoriales, los territorios forales, cuyos “derechos históricos” habrán de acomodarse o adaptarse al nuevo orden territorial. La actualización, por tanto, y como la Constitución dispone, ha de llevarse a cabo también en el marco de los Estatutos de Autonomía, y ello puede suponer (contrariamente a lo señalado por los recurrentes) que determinados derechos históricos incompatibles con el hecho autonómico deban suprimirse, o que deban atribuirse a unos nuevos sujetos,

---

<sup>33</sup> Véase, por todos, F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1981, 3ª ed., pp. 249 ss. Se recuerda allí que «cuando se consolidó el proceso de formación de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya como comunidades diferenciadas [entre los siglos IX y XIII], no hubo normas jurídicas escritas comunes a estos tres territorios, sino ordenamientos jurídicos peculiares de cada uno de ellos. Por encima del posible y arcaico fondo consuetudinario común, se formaron ordenamientos jurídicos separados y diferentes» (p. 251).

las Comunidades Autónomas, aquellos que resulten imprescindibles para su misma configuración o funcionamiento» (STC 76/1988, FJ 3).

El Estatuto de Autonomía del País Vasco despeja toda duda al respecto cuando atribuye las competencias en educación a la Comunidad Autónoma «en aplicación de la disposición adicional primera de la Constitución» (art. 16), se comporta igualmente en materia de policía como resultado del «proceso de actualización del régimen foral previsto en la disposición adicional primera de la Constitución» (art. 17), o hace intervenir, junto a las instituciones competentes de los Territorios Históricos, al Gobierno y al Parlamento autonómicos en la ordenación del «sistema foral tradicional de Concierto Económico o Convenios» (art. 41).

La emergencia de un nuevo sujeto de derechos históricos o, más precisamente, tal y como se aclara en el enunciado de este apartado, de un titular de competencias que son expresión de derechos históricos, no es ni más ni menos que el resultado de la actualización de los mismos que la Constitución posibilita expresamente por vía estatutaria. Se trata de una (parcial) «novación subjetiva»<sup>34</sup> que ha de hacerse respetando la «imagen identificable» del «régimen foral tradicional», lo que no supone la garantía de «un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado una vez por todas» sino la protección de «un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos Territorios Históricos» (STC 76/1988, FJ 4). Preservada para éstos la garantía institucional de la foralidad (su mínimo irreductible), nada parece impedir la titularidad de algunas de las competencias a las que se reconducen los derechos históricos por la Comunidad Autónoma, que emerge así, por voluntad constitucional y estatutaria, como sujeto no tanto de derecho histórico alguno sino

---

<sup>34</sup> En palabras de M. HERRERO DE MIÑÓN, *Idea de los derechos históricos*, cit., pp. 66-73; también en *Derechos Históricos y Constitución*, cit., pp. 117 ss., en particular 142-146, y p. 152, en nota.



de competencias que en algún momento lo fueron de los territorios forales<sup>35</sup>.

#### V. LO DISCUTIDO (AUNQUE MAYORITARIAMENTE RECHAZADO): CATALUÑA Y GALICIA COMO TITULARES DE DERECHOS HISTÓRICOS

Herrero de Miñón ha sido el principal defensor de la ampliación de los titulares de los derechos históricos amparados constitucionalmente. El propósito de tal ampliación es claramente expuesto por el citado autor: hacer posible un tratamiento diferenciado en nuestro Estado de las Autonomías de las entidades de carácter nacional, a saber, Cataluña y Galicia (además, por supuesto, del País Vasco y de Navarra)<sup>36</sup>. Se reconoce, no obstante, la existencia de unos titulares «expresamente [*sic*] contemplados por el constituyente y como tales reconocidos por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina», y otros que se denominan «tácitos»: «la similitud histórica y política de Cataluña y Galicia con Euskadi y aún Navarra —escribe el Letrado del Consejo de Estado— me llevaron a investigar cómo dar cabida en la planta constitucional a sus hechos nacionales, una vez que los pactos autonómicos habían esterilizado las posibilidades diferenciales del artículo 2 y del Título VIII de la Constitución»<sup>37</sup>. En definitiva, «la fuerza normativa de los hechos» impone el reconoci-

---

<sup>35</sup> En los términos de S. MUÑOZ MACHADO, «La Disposición Adicional Primera de la Constitución», en AA.VV. (S. MARTÍN-RETORTILLO, dir.), *Derecho Público Foral...*, cit., p. 230, «la conclusión, en consecuencia, es que también las Comunidades Autónomas en las que están asentados estos territorios pueden llegar a ser titulares, en virtud de estas operaciones de reajuste que pueden llevar a cabo los estatutos, de atribuciones justificadas en el reconocimiento constitucional de derechos históricos».

<sup>36</sup> Para HERRERO, los derechos históricos «fueron útiles en el inicio de nuestro actual sistema autonómico, y pudieran haberlo sido más si se hubieran inteligentemente utilizado como alternativa a la disfuncional y artificial generalización de las autonomías. Han sido útiles durante estos años para permitir el tratamiento diferencial de hechos diferenciales y podrían y deberían seguir sirviendo a este fin» (en, *Idea de los derechos históricos*, cit., p. 124).

<sup>37</sup> M. HERRERO DE MIÑÓN, *Derechos Históricos y Constitución*, cit., p. 20.

miento histórico y político de la existencia en España de «entidades políticas singulares de carácter nacional análogas a Euskadi» a las que se puede aplicar la DA 1ª CE: «más allá del nominalismo foral decimonónico, la *solicitud semántica de la realidad [sic]* exige reconocer Derechos Históricos tácitos»<sup>38</sup>.

Aclarado pues el objetivo de la identificación de estos titulares tácitos, se dan los argumentos en los que se sustenta la propuesta<sup>39</sup>. Se rechaza, en primer lugar, la conexión entre la DA 1ª CE y el art. 2 CE: «la difusión del término nacionalidad en los más variados Estatutos de Autonomía, entre otros los de Valencia, Canarias y Aragón, le ha privado de todo valor singularizador». No coinciden, por tanto, las nacionalidades, al menos las definidas estatutariamente como tales, con los titulares, *explícitos* y *tácitos*, de derechos históricos. En consecuencia, evitemos, se nos dice, «referencias capaces de convertirse en mera retórica». (Añádase, a cuanto se afirma por Herrero de Miñón, que Navarra no ha sido definida en ningún momento, tampoco en el Amejoramiento, como tal nacionalidad, por lo que la identidad de los territorios aludidos en el art. 2 como nacionalidades y en la DA 1ª CE como forales nunca podría ser plena).

Atendiendo ahora a «datos objetivos», se acude a la Disposición Transitoria 2ª CE: los únicos territorios que en el pasado plebiscitaron afirmativamente Estatutos de Autonomía fueron Cataluña, Euskadi y Galicia. Se trata de un «hecho objetivo, indiscutible e inextensible» que otorga un derecho: «la excepción de los requisitos y trámites del artículo 151 de la Constitución. ¿No es esto un Derecho Histórico que la Constitución respeta y ampara?». Con independencia de lo difícil que resulta asumir esta última afirmación

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 152 (la cursiva se ha añadido). El autor reconoce que esta opción «puede repugnar a muchos historiadores arqueologizantes, pero que debe ser apreciada por quienes piensen que la interpretación jurídica está presidida por unas reglas de lógica —en cuya virtud tan historia es 1932 como 1714— y por un fin de utilidad» (*ibidem*, p. 21).

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 153 ss. Más resumidamente, del mismo autor, *El valor de la Constitución*, Barcelona, 2003, pp. 374-375.

(¿qué conexión puede establecerse entre semejante «derecho histórico» y la idea de foralidad?), emerge de nuevo Navarra como problema. En la hoy Comunidad Foral, nunca se ha plebiscitado proyecto de Estatuto de Autonomía alguno: los ciudadanos navarros no participaron en el referéndum celebrado el día 5 de noviembre de 1933, en el que alaveses, guipuzcoanos y vizcaínos votaron favorablemente el texto que se remitiría a las Cortes y que no sería aprobado hasta pasados tres años. Se explica así que la hoy Comunidad Foral no accediera a la autonomía por la vía que resulta del juego combinado de la Disposición Transitoria 2ª y del art. 151.2 CE, sino a través de la «vía peculiar» (STC 16/1984, FJ 3) de la Adicional 1ª; más aún, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que «la situación de Navarra después de la entrada en vigor de la Constitución y con anterioridad a la Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, no puede equipararse constitucionalmente a la de una provincia o ente preautonómico», y ello como consecuencia de la DA 1ª, del segundo apartado de la Disposición Derogatoria, ambas de la CE, y del Real Decreto 121/1979 (STC 94/1985, FJ 2). También este es, qué duda cabe, un dato objetivo a tener en cuenta que impide toda identificación entre los aludidos en la DA 1ª y en la Transitoria 2ª.

Finalmente se recurre a la doctrina del Consejo de Estado que, en sus dictámenes sobre la legislación civil de Galicia, Cataluña y Euskadi, ha interpretado el art. 149.1.8 CE a la luz de la DA 1ª CE, algo que, por el contrario, no ha hecho respecto de Aragón (curiosamente, ha de añadirse, por cuanto el Estatuto de esta Comunidad contiene una DA 3ª que reenvía a la DA 1ª CE) y Baleares<sup>40</sup>. Se trata de una doctrina incompatible con la del Tribunal Constitucional que, tal y como se ha recordado más arriba, separa nítidamente la DA 1ª CE, que viene referida a las «peculiaridades jurídico-públicas», y el art. 149.1.8 CE, que garantiza la foralidad civil;

---

<sup>40</sup> Sobre estos dictámenes del Consejo de Estado, *in extenso*, M. HERRERO DE MIÑÓN, *Derechos Históricos y Constitución*, *cit.*, pp. 226-230.

dos disposiciones constitucionales, en fin, perfectamente diferenciables *ratione materiae*.

Ni la Disposición Transitoria 2ª, ni el art. 149.1.8 CE, parecen proporcionar argumentos suficientemente contundentes para identificar, por extensión, a los territorios forales aludidos en la DA 1ª CE. En el primer caso, tendríamos que prescindir de Navarra, territorio foral con mayúsculas; en el segundo, la propia existencia del art. 149.1.8 CE resultaría difícilmente justificable, ya que toda la foralidad de Derecho Civil se integraría en la Adicional, salvo que, como parece sugerirse, solo algunos de los territorios portadores de foralidad civil encajaran en la citada Adicional 1ª CE (¿cuáles y por qué?).

La propuesta de Herrero de Miñón es clara en su planteamiento: se trata de asumir la existencia en el seno del Estado español de ciertas realidades nacionales (la vasca, la catalana, la gallega... y la navarra) merecedoras de un trato diferenciado frente al resto de Comunidades Autónomas, que solo es posible desde la Constitución mediante la aplicación de la DA 1ª. Sin embargo, los argumentos que se utilizan para identificar a los *beneficiarios* de derechos históricos susceptibles de actualización distan de resultar convincentes<sup>41</sup>.

En un sentido similar al ahora criticado, y con referencias también al art. 2 CE y a la Transitoria 2ª, se han expresado, por concreta referencia a Cataluña, autores como Rigol, que insiste en la subsistencia de un sistema normativo «e incluso un sentimiento nacional propio» como fundamento de la aplicación de la DA 1ª, «cuyos efectos no podemos limitar a los territorios del País Vasco y Navarra»<sup>42</sup>, o Ferret i Jacas, para quien la existencia de un «hecho diferencial, que tiene necesariamente una base histórica» es el ele-

---

<sup>41</sup> En igual sentido crítico, y con idénticos argumentos, me expresé en «Hecho diferencial y reconocimiento nacional en el Estatuto de Autonomía», en AA.VV., *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Barcelona, 2004, pp. 50-52.

<sup>42</sup> J. RIGOL, «La Disposición Adicional Primera como vía de reconocimiento de las identidades nacionales», en AA.VV., *Derechos Históricos y constitucionalismo útil*, cit., pp. 133-153.

mento determinante para la identificación de los territorios titulares de derechos históricos<sup>43</sup>. Sin embargo, la mayoría de los autores<sup>44</sup>, y el propio *Consell Consultiu* han rechazado que la DA 1ª CE sea de aplicación a Cataluña.

En efecto, en su Dictamen n. 269, de 1 de septiembre de 2005, al controlar la constitucionalidad del texto de la reforma estatutaria aprobado por la Comisión competente del *Parlament*, en concreto su art. 5 y la entonces DA 1ª de la Propuesta<sup>45</sup>, el *Consell* entendió, como punto de partida, que el «análisis jurídico de los derechos históricos como título atributivo de competencias [...], en ningún caso puede cuestionar la existencia milenaria de identidades

---

<sup>43</sup> J. FERRET i JACAS, *Catalunya i els drets històrics*, Barcelona, 2001, pp. 28-36.

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, al hilo del debate sobre la reforma del *Estatut*, F. REY MARTÍNEZ, «Sentido y alcance del concepto de 'derechos históricos' en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía», *Revista Jurídica de Castilla y León*, número monográfico sobre la reforma de los Estatutos de Autonomía, 2005, en concreto, pp. 37-42, y J. PEMÁN GAVÍN, «Sobre los límites de las reformas estatutarias: Derechos Históricos y Estado de las Autonomías», *Iustel. Revista General de Derecho Administrativo*, n. 12, 2006, en el epígrafe titulado «El recurso a los derechos históricos en los procesos de reforma estatutaria en curso. En particular, la Propuesta catalana».

Muy pocos años antes, E. AJA, *El Estado Autonomico. Federalismo y hechos diferenciales*, 2ª ed., Madrid, 2003, p. 280 escribía cuanto sigue: «La última idea de extender a Cataluña y Galicia la aplicación de la disposición adicional foral parece francamente excesiva, primero, porque ninguna fuerza política catalana ni gallega ha planteado en serio tal eventualidad, hasta ahora (aunque una opción oportunista nunca es descartable), y segundo, porque ningún método de interpretación aplicado con seriedad avalaría semejante extensión». En esto último, la coincidencia con cuanto se ha dejado ya escrito es total; en lo primero, el paso del tiempo quitó (o quizá dio) la razón a E. Aja.

<sup>45</sup> El art. 5 fundamentaba el autogobierno de Cataluña «en los derechos históricos del pueblo catalán, que el presente Estatuto incorpora y actualiza»; la Adicional 1ª, con remisión a dicho art. 5, proclamaba el reconocimiento y actualización de los derechos históricos de Cataluña, «de acuerdo con lo establecido por la disposición adicional primera de la Constitución», «especialmente» en ciertos ámbitos materiales como financiación, educación, organización territorial de Cataluña, o seguridad pública.

colectivas previas a la Constitución, históricamente contrastadas, como es la de Cataluña [...]. Se trata de dos ámbitos diferentes: el primero pertenece al dominio del derecho y es lo único sobre lo que se pronuncia el dictamen, mientras que el segundo es parte integrante de la historia». Desde este presupuesto diferenciador plenamente compatible entre la historia y los derechos históricos, el órgano consultivo sostiene la inaplicación a Cataluña de la DA 1ª CE basándose en los debates constituyentes, en una interpretación de la Transitoria 2ª CE que sin desconocer la *anomalía* Navarra sitúa sus efectos en el terreno exclusivamente procedimental, en la jurisprudencia constitucional, en la separación entre la foralidad civil y la de Derecho Público y en la relación entre la Adicional y el segundo apartado de la Derogatoria CE. Se concluye así que «la disposición adicional primera de la Constitución no permite incluir a Cataluña como integrante de los territorios forales que disponen de un régimen foral de derecho público, a los que se refiere este precepto constitucional».

## VI. Y ARAGÓN

En alguna ocasión se ha citado la Disposición Adicional Tercera (Quinta, en el texto original de 1982) del Estatuto de Aragón como un dato que avalaría la posible extensión de los derechos históricos, y de su actualización, más allá del ámbito vasco-navarro. Establece la mencionada Disposición (de tenor muy próximo a la Adicional única del Estatuto de Gernika) cuanto sigue: «La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución»<sup>46</sup>. Más allá de la consta-

---

<sup>46</sup> H. Gómez de las Rocas, autor de la enmienda de la que trae causa la hoy Adicional 3ª del Estatuto de Aragón, ha reconocido su inspiración en el Estatuto de Gernika y ha indicado que «se trataba de una reserva significativa en pro del Derecho aragonés abolido por los Decretos de Nueva Planta y a fin

tación de las dificultades interpretativas que plantea la fórmula «derechos que *como tal le hubieran podido* corresponder», y de la relativa novedad que supone esta alusión al «pueblo aragonés»<sup>47</sup>, me limitaré a dos observaciones.

La primera es que el Estatuto de Aragón, aprobado en 1982 y reformado en 1994 y 1996, *no refleja en ningún momento en su articulado su condición de marco para la actualización de derecho*

---

de recuperar de aquel ordenamiento lo que siguiera siendo conforme con el interés de Aragón y fuera susceptible de actualizar» (citado en J. PEMÁN GAVÍN, *op. cit.*, nota 31. Este mismo autor afirma, en la nota 34, que la Adicional que ahora se comenta «acaso pueda entenderse como una tímida manifestación de un sentimiento aragonés de agravio por no haber sido tratada la Comunidad como 'nacionalidad histórica'»).

<sup>47</sup> En el Estatuto aragonés se produce una radical alteración del sujeto titular de los derechos históricos. Para la Constitución, los derechos históricos *son de* los territorios forales; de acuerdo con la DA 3ª de aquel Estatuto el titular es el pueblo aragonés. En todo caso, creo que puede afirmarse que la remisión estatutaria a la Adicional 1ª CE evita el problema que podría resultar de la disparidad de sujeto: el amparo y respeto constitucional (y, en su caso, la posible actualización) lo son para los derechos históricos vinculados a la foralidad político-administrativa. La DA 1ª CE no parece garantizar derechos colectivos de pueblo alguno.

A esos derechos colectivos da la sensación de querer referirse la DA única del Estatuto de Gernika, que en ningún momento alega «derechos históricos» y tampoco invoca la Adicional CE («La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico»). Creo, en definitiva, que esta DA tiene un contenido no coincidente con el que resulta del respeto y amparo constitucional de los derechos históricos de los territorios forales.

Frente a los Estatutos vasco y aragonés, la DA 1ª del Amejoramiento navarro se adecua más fielmente a la Constitución al predicar los «derechos originarios e históricos» de Navarra y posibilitar su incorporación al ordenamiento jurídico mediante la reforma del propio Amejoramiento.

Para el análisis del «misterioso paso que hemos visto dar desde unos territorios forales con derecho propio, régimen foral, a unos 'pueblos' que se presentan como sujetos titulares de esos mismos derechos», me remito al trabajo de F. Laporta que se contiene en este mismo volumen.

*histórico alguno*, al contrario de lo que hacen el Estatuto Vasco y el Amejoramiento Navarro, en los que son abundantes las referencias a los derechos históricos (así, al establecer las competencias, la organización institucional, el sistema de financiación). Por lo tanto, y en el estado actual, no puede afirmarse que el Estatuto de Aragón se haya comportado como corresponde hacerlo a las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas que se *nurtren* de la DA 1ª CE. Esta consideración se vería avalada por los trabajos que entre los años 2002 y 2003 se llevaron a cabo en las Cortes de Aragón sobre desarrollo del autogobierno, en los que en ningún momento la DA 3ª del Estatuto fue tomada en consideración como un posible cauce para la asunción de nuevas competencias<sup>48</sup>. Tampoco el legislador autonómico se ha referido al ejercer sus competencias en ámbitos materiales concretos a los derechos históricos, seguramente porque el silencio estatutario se lo impide.

La segunda de las observaciones tiene que ver con la opinión de los comentaristas del Estatuto aragonés, que coinciden en la falta de utilidad o trascendencia de la Disposición en cuestión. Así, se dice que «carece de verdadero sentido práctico», y que recogidos «unos nombres y unas instituciones tradicionales», como el Justicia de Aragón<sup>49</sup>, «no se adivinan fácilmente posibilidades de resurrección de otros institutos»<sup>50</sup>. Se reconoce que «dicha disposición carece de consecuencias concretas y operativas en el articulado del Estatuto», por lo que se predica su «valor meramente simbólico» y

---

<sup>48</sup> Puede consultarse el documento *Debates parlamentarios sobre la profundización y desarrollo del autogobierno aragonés*, Cortes de Aragón, 2004, en el que se reproducen los trabajos de la Comisión especial de estudio y el Acuerdo del Pleno de las Cortes por el que se aprueba el Dictamen de la citada Comisión.

<sup>49</sup> J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Aragón*, Zaragoza, 1983, pp. 416-417.

<sup>50</sup> G. FATÁS CABEZA, «Disposición Adicional 5ª», en AA.VV. (J. BERMEJO VERA, dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Aragón*, Madrid, 1985, p. 797



sus «nulos efectos prácticos»<sup>51</sup>. El Tribunal Constitucional se ha enfrentado en una ocasión a una alegación de la Disposición Adicional Quinta del Estatuto de Aragón (acompañada de la obligada referencia a la DA 1ª CE), en un recurso de inconstitucionalidad cuyo objeto era una ley aragonesa que modificaba parcialmente el Derecho civil propio, y en el que los títulos constitucional y estatutario de la competencia eran evidentes (arts. 149.1.8ª CE y 35.1.4ª Estatuto); pues bien, el alto Tribunal se limitó a recordar que ninguna de aquellas dos Disposiciones Adicionales podían ser tomadas en consideración ya que «los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos» (STC 88/1993, FJ 1)<sup>52</sup>.

Así las cosas creo que es obligado concluir que el precedente aragonés no resulta decisivo; en puridad bien puede afirmarse que no resulta ni siquiera un precedente ya que el Estatuto no actualiza derecho histórico alguno (limitándose a prever esa posibilidad), por lo que la trascendencia competencial, diferenciadora, de la Disposición Adicional Tercera es simplemente inexistente. En todo caso, *no puede dejar de sorprender (y ser merecedora de crítica) la ligereza con la que el legislador orgánico del Estado asumió una remisión a la DA 1ª CE* cuyos posibles efectos y (seguros) titulares eran ya de sobra conocidos al aprobarse, mediado el año 1982, el Estatuto de Autonomía de Aragón.

## VII. LOS DERECHOS HISTÓRICOS EN LAS REFORMAS ESTATUTARIAS

En las primeras líneas de este trabajo se recordaba cómo los derechos históricos se habían hecho presentes en varias iniciativas de revisión estatutaria. Despejada ya la incógnita de la titularidad de tales derechos desde la DA 1ª CE, solo queda por hacer un bre-

<sup>51</sup> J. PEMÁN GAVÍN, *op. cit.*, en el epígrafe III.1.

<sup>52</sup> Esta STC, y la doctrina de ella resultante, sería asumida por el *Consell Consultiu de Catalunya* en su ya mencionado Dictamen núm. 269, de 1 de septiembre de 2005.

ve repaso que nos permita conocer el reflejo, y sus efectos, en aquellas iniciativas de las remisiones a los derechos históricos. Dos de las reformas ya han entrado en vigor: por este orden, la valenciana y la catalana. Las Cortes de Aragón aprobaron el día 21 de junio de 2006 la propuesta de modificación del Estatuto, que ha de superar ahora el trámite en las Cortes Generales. Me referiré únicamente a estos tres casos, antes de finalizar con un muy breve apunte sobre la fracasada propuesta de revisión del Estatuto vasco, ya que ni Baleares, ni tampoco Andalucía, cuyas iniciativas de reforma se encuentran también en el Congreso de los Diputados, han recurrido a los derechos históricos. Comenzaré, por orden temporal inverso, con la propuesta aragonesa.

## 1. ARAGÓN

El texto remitido al Congreso por las Cortes de Aragón mantiene en sus mismos términos, siempre como Disposición Adicional 3ª, la hipótesis actualizadora, de acuerdo —se dice— con lo que establece la DA 1ª CE, de «los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia» al pueblo aragonés. Además, y se trata de una novedad fruto de la influencia de la reforma catalana, en la Exposición de Motivos de la Propuesta se fundamenta el autogobierno de Aragón «en la Constitución, así como en los derechos históricos del pueblo aragonés que, en el marco de aquélla, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una singular posición de nuestra Comunidad Autónoma en España». Sin embargo, en la iniciativa no hay traza de lo que habría de ser expresión de esa singular posición; no hay derecho histórico que se actualice en forma de competencia diferenciadora, por lo que su proclamación como uno de los fundamentos de la autonomía se encuentra desprovista de todo contenido. Tampoco ahora el Estatuto de Aragón, si se aprueba con la redacción remitida a las Cortes Generales, se comporta como vehículo para la actualización de pretendidos derechos históricos ausentes en todo caso de su contenido.

Poco puede extrañar, así las cosas, que tanto la Chunta Aragonésista como el Partido Aragonés pretendieran, sin éxito, con sus enmiendas concretar estas referencias vacías a los derechos históricos. Por ejemplo, haciendo de los derechos históricos la razón de la «posición singular» de la Comunidad Autónoma en el «ejercicio de las competencias en materias de cultura, instituciones tradicionales, derecho civil, regadíos y régimen financiero», y fundamentando en la DA 1ª CE y la DA 3ª del Estatuto la reclamación de un sistema propio de financiación similar al que resulta del Concierto vasco y del Convenio navarro<sup>53</sup>. El rechazo del PP y del PSOE a estas enmiendas expresa con claridad la decidida voluntad contraria de ambas fuerzas políticas a toda reivindicación de los derechos históricos como fuente adicional de competencias con pretensión asimétrica, más allá de los Territorios Históricos vascos y de Navarra.

## 2. CATALUÑA

La utilización de los derechos históricos con la pretensión de incrementar el poder político de la Comunidad Autónoma y de singularizar su posición en el Estado de las Autonomías se plantea seriamente en Cataluña por vez primera en el marco de la *Comissió d'Estudi per a l'Aprofundiment de l'Autogovern*, que funcionó durante la VI Legislatura del *Parlament*. En el documento final de esta Comisión se reconoció que «la reforma del Estatuto, sin previa reforma constitucional, es una vía de una operatividad limitada para mejorar el techo competencial de la Generalitat», para afirmar más adelante que la reforma estatutaria tendría «un sentido completamente diferente [...] si incorporara la actualización de los derechos históricos de Cataluña». Tras dejar constancia de la falta de tradición entre los partidos catalanistas y entre la doctrina del Derecho Público catalán de la invocación a los derechos históricos, se apuntaban las virtualidades de la DA 1ª CE (como «expresión del hecho

---

<sup>53</sup> B.O.C.A núm. 227, VI Legislatura, enmiendas núms., 160 (Partido Aragonés) y 161, 300, 307, 308, 315, 317 y 329 (Chunta Aragonésista).

diferencial de una comunidad o pueblo») y se sugería que si bien los debates constituyentes parecen limitar su aplicación «a Navarra y al País Vasco» ha de admitirse que «la voluntad de la ley se independiza de la del legislador»<sup>54</sup>. La lectura del documento evidencia que todas las fuerzas políticas presentes en la Comisión, con la excepción del Partido Popular, se declaran partidarias de la utilización de los derechos históricos (o al menos de la «exploración» de esta vía) como medio para lograr la mejora del autogobierno catalán.

Poco tiempo después, en el *Informe sobre la Reforma de l'Estatut*<sup>55</sup> se optó, con los argumentos ya conocidos, por «justificar la posible actualización de los derechos históricos en el caso de Cataluña»; una posibilidad, se decía, que podría ser considerada «si concurría la voluntad política suficiente». La aplicación de la DA 1ª CE a Cataluña abriría «unas expectativas importantes para la reforma estatutaria [...] una nueva dimensión al pacto por el auto-gobierno que implica el Estatuto». El ambiente político y académico cambió en poco tiempo: el *descubrimiento* de la Adicional y de los derechos históricos abrió no pocas expectativas en la perspectiva de la anunciada reforma estatutaria.

En enero de 2004 se constituyó en el seno del Parlamento de Cataluña una Ponencia, integrada por todos los grupos parlamentarios, para la elaboración de una propuesta de reforma del *Estatut*. Desde el primer momento, por los documentos que se fueron haciendo públicos en la *web* parlamentaria, quedó claro que los derechos históricos, su actualización mediante la reforma que se discutía, estaban llamados a cobrar un protagonismo destacado. Todos

---

<sup>54</sup> El Documento se publicó en el B.O.P.C., núm. 366, 5 de diciembre de 2002, las citas corresponden a la p. 16.

<sup>55</sup> Barcelona, 2003. El *Informe* se elaboró por el *Institut d'Estudis Autonòmics* (IEA) con la colaboración de una Comisión académica integrada por los profs. E. Albertí, E. Argullol, J. Ferret y C. Viver. Conviene recordar que en aquel entonces el *Govern* de la Generalitat (en cuyo *Departament de Governació i Relacions Institucionals* se encuadraba el IEA) correspondía a CiU. Se citan a continuación las pp. 60-63 del *Informe*.

los partidos presentes en la Ponencia, con la sola oposición del PP y en menor medida del PSC, apoyaban más o menos enfáticamente la incorporación al nuevo Estatuto de los derechos históricos. Junto con el art. 5 de la Propuesta<sup>56</sup>, el texto más polémico en esta materia a lo largo del lento *iter* parlamentario fue la DA 1ª incorporada por la Comisión a su dictamen<sup>57</sup>, a tenor de la cual el «reconocimiento y actualización de los derechos históricos» por el *Estatut*, «de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera» CE, venía referido («ampara») especialmente (*sic*) a los siguientes ámbitos: financiación, organización de las administraciones públicas catalanas, organización territorial y régimen local, Derecho civil, régimen lingüístico, educación, cultura y seguridad pública. Y por si quedara alguna duda acerca del significado de esta Adicional, su tercer apartado se encargaba de precisar que «los derechos históricos, en la Constitución, *amparan y garantizan el régimen singular de las competencias y las atribuciones de la Generalidad* en los términos que establece el presente Estatuto»<sup>58</sup>. Era una más de las técnicas que se querían emplear para la operación que se dio en denominar de «blindaje competencial». Las críticas a este texto fueron casi unánimes<sup>59</sup>, y el *Consell Consultiu* consideró, como ya sabemos, que la DA 1ª de la Propuesta era inconstitucional por configurarse como un «título autónomo de atribución de competencias», algo que el Tribunal Constitucional ha reiterado nunca pueden ser los derechos históricos<sup>60</sup>; al tiempo, creo que acertadamen-

---

<sup>56</sup> «El autogobierno de Cataluña se fundamenta en los derechos históricos del pueblo catalán, que el presente Estatuto incorpora y actualiza»

<sup>57</sup> Véase el B.O.P.C., núm 213, VII Legislatura, de 1 de agosto de 2005.

<sup>58</sup> La cursiva, obviamente, no figuraba en el original.

<sup>59</sup> Junto a los autores citados en la nota 44 puede mencionarse ahora a F. De Carreras, «Reflexiones sobre la propuesta de nuevo Estatuto de Cataluña», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, 2005, pp. 43 ss. (en particular, pp. 62-64) y, también, «El nuevo Estatuto frente a la Constitución», *Claves*, n. 158, 2006, pp. 7-8.

<sup>60</sup> En realidad el *Consell Consultiu* había resuelto ya el problema al afirmar que Cataluña no es uno de los territorios forales titulares de derechos históricos ex DA 1ª CE. Establecer, como se hace más adelante, que la

te, salvó la constitucionalidad del art. 5 de la Propuesta, del que no resultaban competencias singulares expresión de actualización de unos derechos históricos que, por otra parte, y sin mención de la DA 1ª CE, se predicaban del «pueblo catalán».

El texto finalmente aprobado por el Pleno del *Parlament* el 30 de septiembre de 2005, y remitido al Congreso de los Diputados, se adecuó en cierta medida al Dictamen no vinculante del órgano consultivo autonómico. Además de sendas referencias en el Preámbulo, los derechos históricos continuaban presentes en el art. 5 y en la DA 1ª de la Propuesta, aunque con unos contenidos sustancialmente modificados. El primero se convertía en una suerte de síntesis (mejorada en términos de constitucionalidad) entre ambas disposiciones en su redacción anterior; la segunda, pasaba a ser una más en la saga de Disposiciones Adicionales estatutarias de no renuncia a derechos (en línea con las presentes en los Estatutos vasco, navarro y aragonés)<sup>61</sup>. El Grupo Parlamentario Popular presentó

---

Adicional de la Propuesta es inconstitucional porque se configura como un título autónomo de competencias, no parece del todo acertado. El Tribunal Constitucional tiene declarado que los derechos históricos no son un título autónomo «del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos» (por todas, STC 88/1993, FJ 1). En el caso que ahora se estudia esto no sucedía, porque precisamente la Propuesta de reforma, su DA 1ª, definía al nuevo Estatuto como instrumento de actualización de las competencias que en aquella se enumeraban. No había pues «título autónomo», sino un ejercicio de actualización perfectamente constitucional *en el procedimiento* empleado. El problema, ya se ha dicho, lo era de titularidad.

<sup>61</sup> B.O.C.G.. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 210-1, de 21 de octubre de 2005.

Art. 5: «El autogobierno de Cataluña como nación se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otras disposiciones de la Constitución, preceptos de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalidad en relación con el derecho civil, la lengua, la educación, la cultura y el sistema institucional en que se organiza la Generalidad».

sendas enmiendas de supresión; el Grupo Socialista propuso la supresión de la DA 1ª de la Propuesta y la modificación de su art. 5<sup>62</sup>.

Antes de que la Propuesta fuera objeto de debate por la Ponencia conjunta de la Comisión Constitucional del Congreso y la Delegación del Parlamento de Cataluña, se hizo publico en los medios de comunicación el acuerdo alcanzado a finales de enero de 2006 entre el Presidente del Gobierno y A. Mas, líder de CiU, sobre los contenidos del futuro *Estatut*. En lo que aquí interesa, a tenor del acuerdo desaparecía la DA 1ª y se adecuaba el contenido del art. 5 a la enmienda presentada por el Grupo Socialista del Congreso. El Informe de la Ponencia<sup>63</sup> respetaba totalmente estos cambios. Y así hasta la aprobación por el Pleno del Senado el día 10 de mayo. Ni los intentos del PP para acabar con el art. 5 (y más en general con todo el Título Preliminar), ni los de Esquerra Republicana por resucitar la DA 1ª de la Propuesta tuvieron éxito.

El texto de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, contiene dos solas alusiones a los derechos históricos. La presente en el Preámbulo, a tenor de la cual el autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Cons-

---

DA 1ª: «La aceptación del régimen de autonomía establecido por el presente Estatuto no implica renuncia del pueblo catalán a los derechos que, como tal, le correspondan en virtud de su historia, que pueden ser actualizados de acuerdo con lo establecido por la disposición adicional primera de la Constitución»

<sup>62</sup> B.O.C.G., Congreso de los Diputados, serie B, núm. 210-7, 3 de enero de 2006. Enmiendas núms. 22 y 74 del Grupo Popular, y núm. 6 del Grupo Socialista. En esta última se lee que habría que modificar el art. 5 «sustituyendo 'otras disposiciones' por 'otros preceptos' [para evitar así toda resonancia a la DA 1ª CE] y sustituyendo el inciso que va desde 'la educación' hasta el final del precepto por la frase 'la cultura, la protección de éstas en el ámbito educativo y el sistema institucional en el que se organiza la Generalidad' [para imposibilitar toda pretensión de conexión de los derechos históricos con la competencia en materia de educación]».

<sup>63</sup> B.O.C.G., Congreso de los Diputados, serie B, núm. 210-11, de 7 de marzo de 2006.

titución, «así como en los derechos históricos del pueblo catalán que, en el marco de aquélla, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de la Generalitat», y la ya conocida del art. 5<sup>64</sup>. A mi juicio, ambos contenidos son perfectamente compatibles con la Constitución.

Más allá de polémicas sobre el valor jurídico del Preámbulo, creo que la referencia que en él se hace a los derechos históricos del pueblo catalán no suscita ningún problema de validez. Apreciar en esa apelación «la pretensión de que exista un residuo de soberanía en Cataluña»<sup>65</sup>, tiene un indudable punto de exageración. ¿No se fundamenta en primer lugar el autogobierno de Cataluña en la Constitución? ¿No se enmarcan acaso en el Preámbulo tales derechos históricos explícitamente en la Constitución? Si es así, y esto no es discutible, ¿de dónde resulta una pretensión de soberanía residual como la denunciada? Recurrir a la historia para explicar, para justificar la propia autonomía, no tendría porque resultar sospechoso, máxime si ese ejercicio se lleva a cabo en un Preámbulo en el que se menciona en tres ocasiones a la Constitución española y si se tiene presente que el artículo de apertura del *Estatut* declara que Cataluña ejerce su autogobierno «constituida en Comunidad Autónoma *de acuerdo con la Constitución* y con el presente Estatuto» (art. 1, la cursiva está añadida). Por otra parte, el silencio sobre la DA 1ª CE evita en este punto toda polémica sobre su eventual aplicación a Cataluña aceptada su no condición de territorio foral a

---

<sup>64</sup> Cuyo tenor literal es el siguiente: «El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalidad en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalidad».

<sup>65</sup> Así se afirma en el recurso de inconstitucionalidad presentado por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso contra la reforma del *Estatut*.



la luz de aquélla, de acuerdo con la interpretación mayoritariamente compartida y asumida en última instancia por el *estatuyente*.

Esta última afirmación vale también para el art. 5 del Estatuto: nada hay en él que nos conduzca a la DA 1ª CE, que ni siquiera se menciona en todo el Estatuto. Este no actualiza derecho histórico alguno, por cuanto en ningún momento se remite a aquella Adicional para identificar tal o cual competencia o para diferenciar el contenido institucional. De hecho, cuando en el art. 5 se alude a la «posición singular» de la Generalitat, ésta se identifica en unos ámbitos materiales en los que no hay margen para la DA 1ª, algo de lo que los autores del Estatuto acabaron por ser perfectamente conscientes al remitir al art. 2 y a la Disposición Transitoria 2ª y a «otros preceptos», todos de la CE, como fundamento de la incorporación y actualización estatutaria de los derechos históricos del pueblo catalán, de sus instituciones seculares y de la tradición jurídica catalana. ¿Dónde está la inconstitucionalidad? No hay nada en el artículo que venimos comentando que vulnere la Constitución; que suponga la asunción por Cataluña de competencias constitucionalmente atribuidas al Estado (y que aquélla se atribuiría por vía de derecho histórico), o que exceda de los márgenes de la materia estatutaria. Podría incluso sostenerse que el art. 5, al igual que el Preámbulo al que antes me refería, hace titular de los derechos históricos al «pueblo catalán», por lo que se estaría refiriendo a algo distinto de lo amparado y respetado, como derechos históricos de los «territorios forales», en la DA 1ª CE.

En todo caso, la polémica sobre los derechos históricos en el nuevo Estatuto de Cataluña no puede darse, ni mucho menos, por concluida. Queda, por supuesto, la Sentencia del Tribunal Constitucional al decidir el recurso de los Diputados populares, y queda, también, la voluntad de algunas fuerzas políticas de explotar todas las posibilidades que ofrece el Estatuto reformado<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> En este sentido, el diario *La Vanguardia* del día 11 de septiembre de 2006 recogía unas manifestaciones de F. Homs, dirigente de CiU y miembro del equipo negociador del *Estatut*, en las que se apelaba a las «potencialidades jurídicas» del Estatuto, entre las que se encuentra, se decía, el

### 3. VALENCIA

La iniciativa suscrita por el PP y el PSOE en el mes de mayo de 2005 como Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, tenía algunos contenidos polémicos en punto a la foralidad y la DA 1ª CE. Nótese que en el momento en el que se presenta esta Proposición de Ley, en Cataluña se lleva ya algunos meses debatiendo en sede parlamentaria sobre la reforma del propio *Estatut* y sobre el eventual recurso a los derechos históricos para mejorar el auto-gobierno.

La Exposición de Motivos de aquella iniciativa fijaba como uno de los objetivos de la reforma «el impulso y desarrollo del Derecho Foral Valenciano» y se declaraba la necesidad de «que a través de la recuperación de ‘Los Fueros del Reino de Valencia’», recuperara también la Comunidad «la dignidad perdida como consecuencia de la abolición llevada a cabo por la injusta promulgación del Decreto de Nueva Planta»; por ello, se concluía, el «desarrollo de las competencias de la Generalidad, procurará la recuperación de los contenidos del los Fueros del Reino en plena armonía con la Constitución Española». Aunque sin referencias a los derechos históricos, ni a la DA 1ª CE, la lectura de este pasaje de la Exposición de Motivos podía sugerir sin ninguna dificultad una clara voluntad de recuperación de la foralidad de Derecho Público. Esta conclusión se veía reforzada por el nuevo art. 7.1 que se proponía<sup>67</sup>, por la redacción

---

reconocimiento de los derechos históricos de Cataluña: «los derechos históricos sirven para ampliar competencias, porque son los que de verdad dan contenido a la nacionalidad, al hecho diferencial, en términos constitucionales».

<sup>67</sup> Art. 7: «1. El desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del Antiguo Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana. Esta reintegración se aplicará, en especial, al entramado institucional del Antiguo Reino de Valencia y su propia onomástica en el marco de la Constitución Española y de este Estatuto de Autonomía».

que se daba al art. 49.1.2, en el que se predicaba la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de «conservación, desarrollo y modificación del Derecho Foral y Valenciano», y, sobre todo, por la nueva Disposición Transitoria 3ª, de acuerdo con la cual la «competencia exclusiva sobre el Derecho Foral valenciano se ejercerá por la Generalitat, a partir de la normativa foral derogada por el Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707, recuperada ésta y ejercitada aquélla mediante la actualización de la contenida en el régimen foral del histórico Reino de Valencia conforme a la Disposición Adicional primera de la Constitución Española».

El panorama que se acaba de describir no parecía dejar mucho espacio a la duda. Todo parecía indicar que desde la Comunidad Valenciana se reclamaba la condición foral plena y la aplicación de la DA 1ª CE. El trámite en el Congreso de los Diputados<sup>68</sup> serviría para adecuar el contenido de la iniciativa de reforma a la lectura constitucionalmente aceptable de aquella DA. Y todo ello en un momento en el que aumentaba la polémica por la presencia de los derechos históricos en la reforma del Estatuto de Cataluña que entonces se debatía en el *Parlament*. Creo que la desaparición en los textos finales de ambas reformas de toda referencia a la DA 1ª CE, y a la actualización de derechos históricos de acuerdo con la misma<sup>69</sup>, no puede explicarse aisladamente en cada uno de los dos casos; antes bien, parece obligado afirmar que ambas *renuncias* se nutrieron recíprocamente y sirvieron a los dos partidos políticos con mayor presencia parlamentaria en las Cortes Generales para fijar un criterio de acuerdo con el cual se impide el recurso a aquella Adicional en toda reforma estatutaria futura.

---

<sup>68</sup> El B.O.C.G., Congreso de los Diputados, serie B, núm. 196-1, de 15 de julio de 2005, publicó la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana remitida desde las *Corts*.

<sup>69</sup> Esquerra Republicana de Catalunya defendió sin éxito en el Congreso una enmienda de acuerdo con la cual «el autogobierno del País Valenciano se fundamenta en los derechos históricos del pueblo valenciano, que este Estatuto incorpora y actualiza» (B.O.C.G., Congreso de los Diputados, serie B, núm. 196-7, de 16 de noviembre de 2005, enmienda núm. 59).

De la reforma del Estatuto valenciano que sale del Congreso de los Diputados<sup>70</sup> hacia el Senado ha desaparecido ya todo rastro de foralidad de Derecho Público. La referencia al «Derecho Foral Valenciano» de la Exposición de Motivos, se convierte en «Derecho Civil Foral Valenciano» en el Preámbulo; la competencia exclusiva en materia de «Derecho Foral y Valenciano», deviene competencia exclusiva en «Derecho civil foral valenciano» (art. 49.1.2), un cambio que se incorpora también a la nueva Disposición Transitoria 3ª, de la que, además, desaparece la remisión a la Adicional 1ª CE.

Queda, en el Preámbulo y en el art. 7, el mandato a la Generalitat («procurará») para «la recuperación de los contenidos de 'Los Fueros del Reino de Valencia'», eso sí, «en plena armonía con la Constitución Española», pero nadie ha sostenido, creo que con razón, que se trate de una previsión inconstitucional: no parece que semejante mandato a los poderes públicos autonómicos, prescindiendo ahora de cuáles puedan ser sus resultados, entre en conflicto con la DA 1ª CE.

#### 4. PAÍS VASCO

Haré, antes de acabar, una muy breve referencia a la Propuesta de reforma de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi<sup>71</sup>, también conocida como *Plan Ibarretxe*, que fue la primera iniciativa de reforma estatutaria en llegar al Congreso de los Diputados y la única, hasta hoy, en ser rechazada en el debate de totalidad<sup>72</sup>. El problema aquí, como es obvio, no es de titularidad sino de uso de los derechos históricos en unos términos difícilmente compatibles con la Constitución por cuanto se pretende «en virtud del respeto y actualización» de los mismos, «y de conformidad con el derecho de autodeterminación de los pueblos», ejercer el derecho del pueblo

---

<sup>70</sup> El Pleno la vota el día 15 de febrero de 2006.

<sup>71</sup> Publicada en el B.O.C.G., Congreso de los Diputados, serie B, núm. 149-1, de 21 de enero de 2005.

<sup>72</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 65, de 1 de febrero de 2005.

vasco a decidir el «propio futuro» formalizando «un nuevo pacto político para la convivencia [...que] se materializa en un nuevo modelo de relación con el Estado español, basado en la libre asociación»<sup>73</sup>. En definitiva, la suma de ejercicio del derecho de autodeterminación y de actualización de los derechos históricos («que contempla la disposición adicional primera de la Constitución») hace posible «un régimen singular de relación política con el Estado español», de manera que la «Comunidad de Euskadi y sus instituciones representativas establecen dicha relación [...] en el presente Estatuto político» (art. 12).

Si así fuera, la DA 1ª CE, que se limita a proclamar el amparo y respeto constitucional de los derechos históricos, haría posible la emergencia de un nuevo sujeto constituyente, distinto del único constitucionalmente proclamado (art. 1.2 CE), legitimado para establecer, a lo que se ve unilateralmente, sus relaciones con (¿el resto de?) España. No resulta necesario argumentar de manera sofisticada ni entrar en los contenidos materiales de la Propuesta para concluir que semejante entendimiento de los derechos históricos no tiene nada que ver con el que se ha venido manejando en las páginas anteriores. Algunos darían la razón al maestro García-Pelayo cuando sostenía que la Adicional «rebasaba el borde tolerable de ambigüedad al garantizar algo tan vago, difuso y confuso como son los ‘derechos históricos’, sin más especificación»; una ambigüedad, proseguía, que «abre paso a interpretaciones teóricas y prácticas de gravedad incalculable y, sobre todo, proporciona un arsenal de argumentos jurídicos que pueden ser esgrimidos, sea articulados en estrategias políticas audaces y de largo alcance, sea para finalidades más modestas»<sup>74</sup>. Creo, sin embargo, que a estas alturas del Estado constitucional en España, ha de evitarse toda lectura exagerada (en una u otra dirección) de la DA 1ª CE, y ello es posible porque existe una *communis opinio* suficientemente decantada so-

<sup>73</sup> Las citas están sacadas del Preámbulo de la Propuesta.

<sup>74</sup> En *El País*, 24 de septiembre de 1978 (el comentario de García-Pelayo venía referido a la DA que se aprobó en la Comisión del Senado).

bre los titulares de los derechos históricos, sobre los límites constitucionales de su respeto y amparo y sobre las posibles consecuencias de su actualización estatutaria<sup>75</sup>.

#### VIII. CONCLUSIONES: FIN DE TRAYECTO

El propósito de las páginas precedentes era, y así se aclaraba al comienzo de este trabajo, doble. Por un lado, fijar los titulares de los derechos históricos a los que se alude en la DA 1ª CE; por otro, repasar el reflejo que tales derechos han podido tener en las reformas estatutarias iniciadas a lo largo de estos dos últimos años.

En cuanto a lo primero, se ha sostenido que los territorios cuyo régimen foral puede actualizarse desde la Constitución y los Estatu-

---

<sup>75</sup> Aunque no faltan tampoco quienes defienden las virtualidades de los derechos históricos para hacer posible el derecho a decidir al que aludía el *Plan Ibarretxe*. Así, por ejemplo, M. HERRERO DE MIÑÓN, *Derechos Históricos y Constitución*, cit., pp. 259 ss.; del mismo autor, «Autodeterminación y derechos históricos», en AA.VV., *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, cit., pp. 213 ss., y también, *El valor de la Constitución*, cit., pp. 70 ss. y 377 ss. También, G. MONREAL, «La base foral del Plan del Lehendakari Ibarretxe» (en AA.VV., *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, Oñate, 2003), donde sostiene que forma parte de la cultura política foral la «concepción de los fueros como una capacidad constituyente autolimitada» (p. 124) y que «nunca ha habido una renuncia al poder constituyente implícito en el Derecho histórico, y por el contrario se ha protestado cuando se ha podido la privación injusta del mismo» (p. 144). Sobre derechos históricos y reforma estatutaria en el *Plan Ibarretxe* pueden consultarse los trabajos incluidos en el volumen colectivo que se acaba de citar; en particular, además de la colaboración de Monreal, y con opiniones no siempre coincidentes, las de Clavero, Jáuregui, Lasagabaster, Solozábal, Corcuera, Coello, Caño y Herrero de Miñón.

Críticas a la Propuesta de reforma pueden leerse, entre otros, en J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «Reflexiones constitucionales sobre la propuesta de modificación estatutaria de Ibarretxe», *REDC*, n. 73, 2005, pp. 255 ss.; J. M. BILBAO UBILLOS, «Construyendo el ámbito vasco de confusión», *Cuadernos de Alzate*, n. 28, 2003, pp. 83 ss., y J. PÉREZ ROYO, «Una propuesta constituyente», *Claves*, n. 150, 2005, pp. 52 ss.

tos de Autonomía, abarcan a Álava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya. Se trata, así las cosas, de ámbitos territoriales distintos de los que han mantenido una foralidad de Derecho privado cubierta por el art. 149.1.8 CE, y que tampoco coinciden con los que se definen como nacionalidad, ni con aquéllos que plebiscitaron en el pasado proyectos de Estatuto de Autonomía. El rasgo característico de los territorios forales no es otro que la preservación durante los tres últimos siglos, y en particular a lo largo del Estado constitucional, de un conjunto de singularidades organizativas, institucionales, financieras, o en términos más generales, político-administrativas, que los han diferenciado del conjunto de las provincias denominadas de régimen común. La actualización de esos derechos históricos ha hecho posible la emergencia, a través del Estatuto de Gernika, de un nuevo sujeto de derechos históricos (o, más precisamente, titular de competencias que traen causa de tales derechos) a saber, la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En cuanto a lo segundo, las vicisitudes parlamentarias que han rodeado la aprobación de las reformas catalana y valenciana evidencian una voluntad de los dos partidos políticos mayoritarios en España (PSOE y PP) de evitar toda extensión de la titularidad de los derechos históricos más allá de los sujetos para los que la DA 1ª CE fue concebida en las Cortes Constituyentes. En ese sentido puede hablarse de fin de trayecto: los deseos expresados en sede autonómica (Cataluña y Comunidad Valenciana) como Propuestas de reforma, no se han visto reconocidos por el legislador orgánico que ha intervenido en el trámite de revisión estatutaria. En cierto modo puede afirmarse que se ha establecido una suerte de convención para impedir la extensión de la *asimetría* que resulta naturalmente de la aplicación de aquella DA fuera del espacio vasco-navarro. Ha de reconocerse, no obstante, que la exclusión lo ha sido al precio de incorporar a los textos reformados unas imprecisas referencias a los «Fueros», a la «normativa foral», o a los «derechos históricos», que, sin duda, se prestan a la controversia pero que en ningún caso se acompañan de remisiones a la DA 1ª CE, ni se reconducen al ejercicio de competencias en ámbitos materiales concretos, y

que en nada desdibujan la ya recordada manifiesta *voluntas legislatoris*.

Esta opción a favor de una interpretación restrictiva de la DA 1ª CE en cuanto a la identidad de los territorios forales titulares de derechos históricos susceptibles de actualización parece plenamente justificable. La DA 1ª CE es (en más de un sentido) *excepcional*; lo que *añade* a la Constitución lo hace, precisamente, para incorporar una «excepción de la regla común», *para hacer posible un régimen jurídico especial*, que en esto no se diferencia de las otras Disposiciones Adicionales presentes en el texto constitucional. Que la DA 1ª CE, a modo de cláusula de auto-ruptura, provoca ese efecto es algo que se encuentra fuera de toda duda. Baste con recordar aquí, a título de ejemplo, el Concierto Económico y el Convenio Económico como excepciones al sistema común de financiación autonómica; la quiebra del principio de legalidad tributaria en los tres Territorios Históricos del País Vasco, en los que los impuestos se crean y modifican mediante «normas forales» emanadas de las respectivas Juntas Generales, las competencias de la Ertzaintza como policía integral *desde* el Estatuto, y, sin ánimo de agotar los supuestos, la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la posible existencia de modulaciones a lo básico reconducibles a la actualización de los derechos históricos en forma de competencias estatutarias. Pues bien, si la Disposición estudiada produce como efecto la no aplicación de ciertas reglas constitucionales a los titulares de los derechos históricos actualizados (y la aplicación, por el contrario, de las que resultan de los respectivos Estatutos) puede sugerirse que habrá de dársele una interpretación estricta. Tal resultaría de un principio interpretativo según el cual las excepciones a los regímenes generales han de recibir una interpretación restrictiva; de no ser así, lo excepcional podría devenir común pervirtiéndose las previsiones constitucionales.

La DA 1ª CE vuelve a situarse, de este modo, en el terreno para el que fue concebida y en el que, quizá próximamente, podrá seguir provocando sus *excepcionales* efectos.



