

CONCEPTO Y FUNCION DE LOS DERECHOS HISTORICOS
(DISPOSICION ADICIONAL 1.^a DE LA CONSTITUCION) (*)

MIGUEL HERRERO R. DE MIÑÓN

*A la memoria de
Juan Manuel de Epalza*

*La Historia aún tiene, en época como la nuestra,
otra misión más sagrada. Porque solamente mediante
ella puede mantenerse la conexión con la condición ori-
ginaria del pueblo y la pérdida de esa conexión priva a
todo el pueblo de la mejor parte de su vida espiritual.*

(Savigny)

(*) Texto de la conferencia pronunciada en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo (Santander), el día 16 de agosto de 1988, al que se ha añadido un mínimo aparato crítico en apoyo de las tesis mantenidas.

Cuáles son los «derechos históricos» a que hace referencia la Disposición Adicional 1.^a C.E. no es, ni mucho menos, cuestión pacífica, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia actual, como no lo fue entre los constituyentes o los redactores del Estatuto de Autonomía del País Vasco (1). Los historiadores no han dejado de referirse a los «nunca definidos derechos históricos vascos» (2) como «otra nebulosa expresión» (3). Haciéndoles eco, los juristas los han calificado de «verdadero mito» (4). La jurisprudencia, por cierto no muy coherente en esta materia del Tribunal Constitucional, cuando no les ha negado todo contenido (5), se ha remitido para su determinación nada menos que a la investigación histórica (6). E incluso, desde el campo nacionalista, no han faltado voces autorizadas que los consideren «reino de la incertidumbre y la indeterminación» (7).

(1) Cfr. TAMAYO SALABERRÍA, *Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Guernica*. Vitoria, 1981.

(2) FUSI, *El País Vasco. Pluralismo y nacionalidad*. Madrid, 1984, p. 34.

(3) *Ibíd.*, p. 201.

(4) CORCUERA, «La constitucionalización de los Derechos Históricos. Fueros y Autonomía» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 11, (1984), pp. 10-14.

(5) STC. 119/88, de 30 de abril.

(6) STC. 11/84, de 2 de febrero.

(7) MONREAL y CÍA, en *Jornadas de estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos*. Bilbao, 1986, p. 51.

Sin embargo, la Disposición Adicional 1.^a C.E. no deja de estar ahí formando, con otras disposiciones del bloque de constitucionalidad que contemplan el mismo supuesto, un «grupo normativo» (8). Ahora bien, si como tan acertadamente ha reiterado el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (9), toda Constitución tiene valor normativo cargado, incluso, de una «enérgica pretensión de validez», no sería congruente relegar la tan discutida Disposición Adicional 1.^a al campo de la retórica, como en tantas ocasiones y desde tantas latitudes se ha pretendido hacer.

La propia polémica que en la doctrina y la jurisprudencia, por no citar aquí las posiciones puramente políticas, ha levantado la consideración de la mencionada norma, demuestran cuantas pretensiones laten bajo sus palabras.

En efecto, hoy como ayer, la cuestión de los derechos históricos se plantea en términos polémicos. Un aguado analista del problema, Bartolomé Clavero (10), ha señalado cómo los derechos históricos, concretables en el término de «fuero» se han opuesto sucesivamente a la Constitución –y hoy apostillo yo, no dejan de oponerse con mayor o menor fundamento al Estatuto de Autonomía–; se han configurado como salvedad frente al legislador –y, hoy, añadido yo, tanto estatal como especialmente autonómico–; se han utilizado como instrumento de autoidentificación –y, hoy, matizo yo, tanto vasca frente al Estado como de los Territorios Históricos, o incluso de nadie frente a Euskadi–; han supuesto, en fin, un principio federativo –confederativo, corrijo yo– que puede funcionar tanto de cara al Estado como a la propia Comunidad Autónoma del País Vasco.

Ahora bien, no es raro que los conflictos jurídico-constitucionales versen sobre materias políticas y, precisamen-

(8) Cfr. mi trabajo «En torno a la aplicación de la Constitución», *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Madrid, 1979, p. 1217 y ss., siguiendo a VILLAR PALASÍ, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 171.

(9) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1981, en especial p. 65.

(10) *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*. Madrid, 1982.

te, la más alta función social del jurista, tanto cuando resuelve en cuanto juez desde el presente problema ya planteados desde el pasado, como cuando prepara la legislación del futuro, consiste en «esa conversión del desnudo problema político en un problema técnico-jurídico» o, en otras palabras, en remitir la contienda «a una construcción jurídica que se debate sobre interpretaciones» (11).

Pero la deseable sustitución de los conflictos de intereses por una discusión sobre interpretaciones, solamente es posible cuando la interpretación aprende el problema en su autenticidad y no cuando lo sustituye por una cuestión tanto más fácil de resolver cuanto más alejada se halla de la realidad. La experiencia histórica es, al efecto, concluyente en todas las ramas del derecho y ha sido tematizada a partir de la obra magna de IHERING por HECK y por TRIEPEL.

Pretender resolver el problema vasco, y otro tanto puede decirse del catalán, equiparándolos al extremeño, si es que éste existe, puede resultar gratificante para la inercia mental pero es de todo punto estéril.

Desde esta perspectiva, la Adicional 1.^a C.E. y todo el grupo normativo que en torno a ella se organiza, tiene una importancia capital. La tuvo en la transición democrática y la tiene de cara al futuro. Baste, por ejemplo, recordar que la derogatoria 2.^a C.E. que yo introduje en la norma fundamental (12), y que fue criticada entonces (13) y menospreciada después (14), era, a juicio del lendakari José Antonio Aguirre, el desiderátum máximo del nacionalismo vasco —lo que, citando literalmente sus palabras, «les hubiera permitido gritar viva España» (15)— y fue, a mi juicio, la

(11) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA en *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid, 1985, p. 467.

(12) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* de 21 de julio de 1978, Pleno, p. 4586.

(13) *Ibid.*, p. 4587.

(14) Cfr. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos de los territorios forales*. Madrid, 1985, p. 77 y ss.

(15) Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes*, de 5 de diciembre de 1935, n.º 273, p. 11132-a.

incapacidad para explotar el «halo de emotividad» de las palabras de la norma (Stevenson) lo que impidió obtener de tal disposición normativa, más que un estéril conflicto de interpretaciones, la pacificación de un gran contencioso político.

Paralelamente piénsese cómo, hoy día, al frisar los diez años de vida autonómica, el reconocimiento de los derechos históricos sirve para justificar un tratamiento diferencial de hechos diferenciales -v. gr. en la Ley de Bases de Régimen Local- o las transferencias competenciales a título singular -v. gr. Ley de Sanidad, Ley de Carreteras- y frente a la demagogia de las reivindicaciones competenciales de autonomías poco más que artificiales y hueras, puede y debe servir para una aplicación singularizada del artículo 150 C.E. (16).

Pero esta utilidad que, de vez en cuando, incluso los políticos son capaces de recordar, los juristas la olvidan en la jurisprudencia y en la doctrina.

Así, el Tribunal Constitucional, en las Sentencias 11/84, 16/84, 124/84, 94/85 y 119/88, sólo ha sido capaz de mantener un principio de coherencia: la progresiva descalificación de los derechos históricos, como si la disposición Adicional 1.^a C.E. no fuera parte de la misma Constitución, cuyo total carácter normativo ha sido enfáticamente afirmado por el mismo Tribunal (17).

La mala prensa, nunca mejor dicho, de los derechos históricos en la doctrina jurídica española, incluida gran parte de la vasca, y su reflejo en la jurisprudencia, encuentra su detonante en el breve ensayo publicado en el diario *El País* por el profesor GARCÍA PELAYO el 24 de septiembre de 1978, al hilo de los debates constituyentes. Esta, calificada por algunos de «vivaz exposición» (18), fue simplemente un artículo de encargo, pero cuyo

(16) Sobre la génesis de este artículo cfr. *Diario de Sesiones del Congreso, Pleno* de 21 de julio de 1978, p. 4540 y ss.

(17) V. gr., STC 80/1982 de 20 de diciembre.

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid, 1985, p. 378 nota.

aparente rigor científico y la ausencia en aquel entonces de investigaciones sobre la materia, dio lugar a que sus tesis fueran repetidas después por plumas más autorizadas hasta convertirse en un lugar común.

Una vez más, descubrir la realidad exige desandar el camino y destruir, en el sentido heideggeriano del término, la costra de tópicos que ha ocultado e impedido una más exacta comprensión de los derechos históricos. Nada mejor para ello que seguir la línea argumental del propio profesor GARCÍA PELAYO.

Se parte, en el mencionado ensayo, de una *descalificación puramente verbal y retórica*, tachando a los derechos históricos de «expresión anticuada» y prácticamente desconocida en el derecho moderno, vinculados a la escuela histórica, tildada seguidamente de «una de las bases ideológicas de los movimientos tradicionalistas y reaccionarios del siglo pasado».

Se olvida con ello que los derechos históricos son una institución perfectamente conocida en el derecho moderno y especialmente en el público. Nuestra propia Constitución hace referencia a otros derechos históricos —v. gr. al regular los títulos de la Corona (arts. 56 y 57.2)—, y la doctrina y jurisprudencia ha reconocido su amplia vigencia en el Derecho internacional público (19).

Por otra parte, reducir a tradicionalismo reaccionario la Escuela Histórica, incluyendo por igual filología, historiografía moderna, historicismo, ulterior filosofía de la vida, romanismo, germanismo y jurisprudencia de conceptos ya latente en Savigny, pasa del dislate. La «formidable falange de la Escuela Histórica» significa, al decir de ORTEGA, «el primer enfrente de la conciencia científica con una extraña forma o región de la realidad hasta entonces inadvertida: la realidad que es la vida humana» (20). Y

(19) Cfr. BLUM, *Historical titles in international law*. La Haya, 1965.

(20) *Dilthey y la idea de la vida III*, OC VI, p. 67. «Esa teoría era una parte del gran movimiento científico-social que paralelamente a una evolución análoga en el dominio de las ciencias naturales, se dirigía contra la especulación

todo el que de verdad se haya asomado a la gran empresa intelectual a que dio lugar la lucha por y contra la codificación, sabe si es capaz de apreciar la talla de los gigantes, que fue un combate entre titanes, y como tal se reconocieron sus principales protagonistas. Reducir la ciencia y la pasión que la Escuela Histórica movilizó y su inmenso legado cultural a un calificativo despectivo, es sólo propio de pigmeos, cualquiera que pudiera ser el empresario que los contrate o el color de la carpa bajo la que actúen.

Continúa el señor GARCÍA PELAYO vinculando los derechos históricos reconocidos en la Adicional 1.^a C.E. con el *Derecho constitucional histórico*, «historische Staatsrecht», de los Reinos y Territorios incluidos en el Imperio Austro-húngaro, y afirma: «...en realidad esta idea... representa... la transferencia a entidades territoriales de los principios legitimistas formulados originariamente para las monarquías».

Tales afirmaciones son históricamente inexactas. En efecto, por una parte, los derechos históricos se predicán en el campo constitucional, primero en relación con la llamada «constitución tradicional» en los siglos XVII y XVIII, esto es, como instrumento de oposición al absolutismo del Antiguo Régimen. Oposición que triunfó en Inglaterra, sucumbió en Francia, y cuyos ecos empalman con la primera constitución liberal de la Europa decimonónica, la española de 1812, y baste citar el nombre ilustre de MARTINEZ MARINA (21). Es decir, los derechos históricos son una categoría acuñada al margen de la polémica en torno a la articulación interna del Imperio de los Hasburgo.

Por otro lado, es cierto que en este ámbito se utiliza el Derecho constitucional histórico (Historische Staatsrecht) en relación con las entidades histórico-políticas que lo integran. Pero

jusnaturalista del siglo XVIII y aspiraba, apoyada en la escuela histórica del primer tercio del siglo XIX, a constituir una teoría de la sociedad real y del derecho positivo» (KELSEN, *Teoría general del Estado*, prólogo).

(21) Falta en España un estudio semejante al de CARCASSONE, *Montesquieu et le problème de la Constitution au XVIIIe siècle*. París, 1936.

precisamente esta traslación del principio de legitimidad del Monarca al territorio, concebido como «*corpus politicum*», esto es, protagonizado por un pueblo, tiene efectos liberalizadores y democratizadores y no reaccionarios. Por ello, su primer teórico fue VON ADRIAN-WERBURG (22), directamente influido por TOCQUEVILLE, y su más ilustre representante, el húngaro EÖTWÖS (23), ha de figurar en los anales del pensamiento liberal.

En cuanto a la noción de entidad histórico-política que GARCÍA PELAYO utiliza como paradigma de todos los males y que ha llevado a descalificar como provincialistas las reivindicaciones autonómicas de los territorios forales, merece una aclaración.

Dicha noción, nunca oficial pero sí comúnmente utilizada en los debates parlamentarios y en la doctrina política y científica austriaca, especialmente desde 1859 (24), significa los diversos territorios integrantes de la monarquía y dotados de propia personalidad como parte de ella. Su función dialéctica es reconciliar las reivindicaciones autonómicas del presente y la también presente necesidad de unidad indisoluble del conjunto, con el pasado histórico como referencia de identidad.

Es evidente que, si en alguna parte podía ser útil esta noción es en España en general y en Euskadi en particular, y que cualquiera que puedan ser las dificultades de su tematización en los manuales de Derecho administrativo, hubiera servido y servirá para resolver problemas reales. Por esto su descalificación era imprudente. Pero, además, resulta científicamente incorrecta.

(22) Cfr. *Osterreich und desen Zukunft*, Hamburgo, 1841-1847; *Historische Aktenstücke zur Geschichte des Ständewesens in Osterreich*, Viena, 1846; *Centralisation und Decentralisation in Osterreich*, Viena, 1850; y el póstumo publicado como anónimo, *Denkschrift uber die Verfassungs und Verwaltung Frage in Osterreich*, Leipzig, 1859. Sobre la influencia de Tocqueville, cfr. Redlich, *Das Osterreichische Staats und Reichsproblem*, Leipzig, 1925-26, I, 1, p. 266 y 2, p. 20.

(23) *Der Einfluss der Herrschenden Idee des 19 Jahrhunderts auf den Staat*, Munich, 1851-1854. *Über die gleichberechtigung der nationalitäten inem Osterreich*, Budapest, 1850. El juicio sobre EÖTWÖS en Redlich, I, 1, p. 547.

(24) Cfr. PLATZ, *Das historische Recht und das österreichischungarische Ausgleichsproblem von 1849-1862*. Leipzig, 1930.

En efecto, en torno a la noción de entidad histórico-política, la moderna historiografía ha distinguido dos grandes tipos ideales de nacionalismo (25).

Frente al nacionalismo tradicional, que significa simplemente la fundamentación en la historia mitificada de una reivindicación presente de base étnica o lingüística, un *nacionalismo tradicional historicista* que trata de mantener el orden social tradicional interno de las propias entidades histórico-políticas. El nacionalismo no sería así una reivindicación de independencia de la propia entidad, sino una reivindicación de determinado orden social frente a las perturbaciones que pudieran venir tanto de la evolución o revolución interior como de la interferencia exterior. Tal sería el caso de las tesis aristocráticas de los magnates húngaros o de los nobles bohemios frente al liberalismo germánico y centralista de Viena o, en el caso español, de algunos elementos de los primeros nacionalismos vasco y catalán.

Lo dicho es en parte cierto, y a ello se ciñe GARCÍA PELAYO. Pero es una inmensa simplificación y consiguiente falseamiento tomar el todo por la parte. Lo sería negar las relaciones entre el catalanismo político y la revolución burguesa (26); lo sería reducir el nacionalismo vasco a postcarlismo (27); lo es vincular a esta parcial interpretación todo el significado de las entidades histórico-políticas y sus derechos históricos.

La falsedad es patente desde el punto de vista sociológico y el propio KANN, fuente de GARCÍA PELAYO, reconoce que «sería erróneo dar por supuesto que la reivindicación de los derechos históricos encontraba apoyo tan sólo en una reducida clase alta, ansiosa de restaurar sus privilegios. En realidad, la fase de la lucha nacionalista, desde la fase prerrevolucionaria hasta bien entrado el tercer cuarto del siglo XIX, estuvo ampliamente dominada por este concepto tradicional y, en consecuencia, amplios es-

(25) KANN, *The multinational empire. Nationalism and national reform in the Hasburg monarchy 1848-1918*. Nueva York, 1977, I, p. 29 y ss.

(26) SOLÉ TURA, *Catalanismo revolución burguesa*. Madrid, 1974.

(27) ELORZA, *Ideologías del nacionalismo vasco*. San Sebastián, 1978.

tratos de la burguesía, los intelectuales y el campesinado, impregnados de conciencia nacionalista, simpatizaron con ella» (28). Se trata, en consecuencia, de un valor de referencia común a los diversos protagonistas sociales de la reivindicación nacionalista, «jamás –reconoce KANN– del todo borrado» (29).

Es igualmente falso, desde el punto de vista de la historia estrictamente política, puesto que hubo representantes de la tesis de los derechos históricos marcadamente conservadores (v. gr. SZÉCSÉN) y otros más liberales (v. gr. EÖTWÖS), y su influencia en la Constitución de 1861 es un elemento de liberalización y no sólo de descentralización, ante el absolutismo ilustrado de STADION (30).

Frente a un nacionalismo PAN con pretensiones totalizadoras e intransigentes en el plano étnico y lingüístico como única base de identificación comunitaria y aspiraciones expansionistas ilimitadas, la identificación por referencia a instituciones y territorios históricos permite mayor grado de moderación, tanto en el interior como en el exterior. Es decir, mayor libertad ciudadana y respeto a las minorías, y mayor grado de articulación con otras entidades histórico-políticas.

Curiosamente, la más firme oposición a las entidades histórico-políticas y a los derechos históricos no procede de una supuesta modernidad política, sino del absolutismo, de los pangermanismos y paneslavismos y de tendencias económicamente anticapitalistas, ya marxistas (v. gr. BAUER y RENNER), ya cooperativistas (v. gr. SCHÄFFLE) (31), y sería interesante encontrar paralelismos en el caso vasco, tanto en las escisiones de su propio nacionalismo, como en sus impugnadores.

(28) *The multinational empire*, p. 37.

(29) *Ibid.*, Cfr. CARR, *Nationalism and after*. Londres, 1945.

(30) Cfr. KANN, *The multinational empire* I, p. 231 y ss., y II, p. 89 y ss.

(31) Cfr. KANN, *The multinational empire* I, p. 182. Es a través de RENNER y BAUER como GARCIA PELAYO conoce el problemas de las nacionalidades en Austria-Hungría (Cfr. *La teoría de la nación* en OTTO BAUER en el volumen *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, 1983, p. 219 y ss.).

Termina, en fin, GARCÍA PELAYO su argumentación *identificando los derechos históricos con una legitimación racional propia de la modernidad*. Y es aquí donde la falacia intelectual se torna políticamente peligrosa, al confundir la mera novedad con la racionalidad moderna opuesta a lo que, por definición, se tacha de irracional, y tomar como valiosa esa racionalidad sin analizar qué hay detrás de ella.

En efecto, la tipología weberiana de formas de legitimidad –tradicional, racional y carismática– encierra un equívoco, porque si bien la tradición y el carisma, cuando existen, se mantienen por sí mismos, la racionalidad de la norma necesita, a su vez, una fuente de legitimación que trascienda a la norma misma y que la praxis histórica demuestra no es sino el consentimiento democrático. No hay otra legitimación racional que la racionalidad democrática. Ahora bien, como es sabido, la democratización de la vida política en los siglos XVIII y XIX no es fruto de una abstracta aplicación de los principios roussonianos, sino de la toma de autoconciencia nacional por parte de unos pueblos: los Estados Unidos, Francia, Polonia, España, Noruega, etc.

Es decir, la racionalidad democrática como forma de legitimación juega, a partir del principio de autoidentificación de determinadas *individualidades*, decantadas a través de un proceso *histórico* y cargadas, en virtud de dicho proceso, de *afectividad*. Estas –individualidad, evolución, afectividad–, son las grandes categorías que, como señala MEINECKE (32), caracterizan el historicismo. En expresión de VON WIESSE, «las luces se hacen historia» (33), y en la realidad histórica, la razón democrática emerge como fruto de todo un proceso de evolución orgánico en el cual, la oposición de razón y tradición sólo es posible cuando aquélla es artificial o ésta es inventada. Por ello, frente a la racionalidad autoritaria de METTERNICH o de FRANCO, los derechos históricos servían para reivindicar la personalidad democrática de un pueblo. «El Código y el Fuero» es el bello título del agudo libro de

(32) Respecto a estas categorías, cfr. MEINECKE, *Entstehung des Historismus*, 1936.

(33) *La cultura de la ilustración*, trad. española, Madrid, 1954.

B. CLAVERO. Pero, ni Código es sinónimo de centralismo, como demostró la experiencia centroeuropea, ni todo autogobierno es arcaísmo.

Los derechos históricos aparecen así vinculados a la afirmación de la existencia de un «Corpus politicum», y ello nos da una clave para demostrar qué son (34).

Porque, en efecto, el contenido de los derechos históricos y, más concretamente, de los derechos históricos de los territorios forales, ha hecho correr ríos de tinta sin resultado positivo apreciable, hasta el punto de preguntarse «qué demonio es» (MICHELENA).

A mi juicio, ello se debe a que la doctrina, la antigua y la reciente, ha tratado de identificar los derechos históricos con un acerbo competencial, esto es, con *el haber* y no con *el ser* de su titular. Esta fue la creencia que subyacía a los temores del constituyente de 1978, a las críticas de las pretensiones vascas, a los redactores de la Ley de Territorios Históricos y a la propia jurisprudencia en la línea de la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 11/84 de febrero de 1984 (35).

Sin embargo, creo yo que esta vía no conduce a parte alguna y así parecen confirmarlo los magros resultados alcanzados por la polémica política y el debate jurídico hasta hoy habido sobre esta cuestión.

En realidad, cuando se invocan los derechos históricos no se trata de revitalizar viejas competencias que poco o nada tienen que ver con la sociedad moderna, y así lo han reconocido tanto impugnadores como defensores. Ni una serie de instituciones de

(34) Un ejemplo en Noruega, cfr. NANSEN, *Norway and the union with Sweden*, Londres, 1905, p. 39 y p. 85, con cita literal de la intervención de MICHELENA en el Storting el 6 de marzo de 1905. Documentación original de HEIBERG, *Unionens Opløsning 1905*, Kristiania, 1906.

(35) Cfr. TAMAYO SALABERRIA, *Génesis de la ley de territorios históricos (Fuentes documentales)*, San Sebastián, 1985.

autogobierno, de suyo cambiantes al hilo de las mutaciones sociales y políticas, y que, por tanto, nada autoriza a congelar en una fase determinada de su evolución, sea ésta la provincialización de la vida foral ocurrida en la fase preabolitoria y posterior al Convenio de Vergara, sea la tradición concertista, tal como se daba en Alava en 1978. Reconocer esta esencia cambiante y por lo tanto no cerrada, es la gran virtualidad de la disposición Adicional del Estatuto de Autonomía de 1979 (36).

Por lo tanto, la esencia de los derechos históricos no puede encontrarse en un «complejo competencial» determinado, sino *en su propia historicidad*, es decir, en una facticidad, investida de la «fuerza normativa de los hechos» (37), pero que trasciende a la norma. *Ante la Constitución, los derechos históricos son un a priori material caracterizado por la pre y para constitucionalidad*. Ello se concreta en tres notas fundamentales:

En primer lugar, *los derechos históricos no son una creación de la Constitución*, como lo es el Defensor del Pueblo, ni su existencia deriva de la misma, como ocurre con el Tribunal de Cuentas, sino que la preceden y por ello, porque el constituyente los encuentra ya ahí, los «ampara y respeta». Por eso, la garantía que de la Constitución se deriva, nada tiene que ver con la que la propia Constitución otorga a instituciones de ella derivadas o por ellas elevadas de rango.

En segundo término, al no derivar de la Constitución *los derechos históricos*, por ella amparados y reconocidos, *son inmunes ante la revisión constitucional*. Frente a quienes, parangonando todos los Estatutos de Autonomía, reconocen que éstos prevalecen ante el legislador ordinario y solamente podrían ser abolidos en virtud de una revisión constitucional (38), creo muy for-

(36) ARZALLUS, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión Constitucional*, 21 de julio de 1979, p. 89.

(37) «...No se trata de un privilegio ni de una ventaja, sino de unos derechos que calificamos como inherentes o naturales a una comunidad que también lo es». (UNZUETA, *Diario de Sesiones del Senado. Comisión*, 14 de septiembre de 1978, p. 2740).

(38) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre autonomías territoriales*, p. 299.

malmente que los derechos históricos y los Estatutos de Autonomía que los actualicen, según prevé la Adicional 1.^a C.E., no pueden ser afectados por la revisión de la Constitución, porque no traen de ella su existencia. Ni jurídicamente, como ya se ha demostrado (39), ni políticamente, interesa concebir la Adicional 1.^a C.E. como una «garantía institucional», sino que es preciso garantizar a los derechos históricos frente a todo intento de reducirlos a mera ley de la Constitución susceptibles, en consecuencia, de ser modificada e incluso suprimida.

Por último, *los derechos históricos* así concebidos, si bien es cierto que suponen una «reserva permanente de autogobierno» (40), ello se debe no a la inderogabilidad de unas competencias determinadas, sino a la *infungibilidad de un hecho diferencial*, conscientemente asumido por el pueblo vasco y que da un «derecho de ser» con propia identidad.

Afirman la identidad y no la competencia, y si sobre ellos pueden construirse atribuciones competenciales –las del Estatuto, la Ley del Concierto Económico, las Leyes sectoriales ya citadas, etc.–, es como consecuencia e instrumento de esa propia afirmación de identidad. Por ello, frente a lo que han venido haciendo políticos y juristas, tanto en Euskadi como en su articulación interna, queda claro que las discusiones de competencia sin atender a su raíz, la identidad, pueden resultar incomprensiblemente envenenadas y han resultado estériles, desde un punto de vista político, las transferencias competenciales sin atender a la cuestión de identidad que deberían estar llamadas a servir.

Dígase lo que se quiera, el problema no consiste tanto en determinar quién va a gestionar la Seguridad Social, si el Estado o Euskadi, como en aclarar si Euskadi es una parte integrante del

(39) URIARTE en *Jornadas de Estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos*, p. 623 y ss. En general, la técnica de la garantía institucional viene sirviendo al Tribunal Constitucional para la desvalorización de una institución.

(40) LOJENDIO IRURE, *La disposición Adicional 1.^a de la Constitución española*, Oñate, 1988, p. 116.

Estado o más bien, como yo creo, una «anexa pars». Y, de la misma manera, no es la clave determinar qué competencias va a tener un Territorio Histórico y cuáles van a ejercer las instituciones comunes vascas, sino esclarecer si el Territorio Histórico en cuestión tiene o no una personalidad infungible e inderogable para todos, incluso para una ley del Parlamento Vasco. Sin duda el *ser determinará un haber*, pero no es éste el que puede sustituir a aquél, porque la primera cualidad de las cosas, en este caso nada menos que unos «corpora política», es la existencia; lo demás es secundario.

Estas tres tesis pueden escandalizar a un auditorio convencional y se compadecen mal con los manuales de Derecho administrativo al uso. ¡Y, sin embargo, se mueve! Porque una teoría realista del Derecho tiene que saber prescindir de viejas categorías cuando éstas no resultan idóneas para explicar la realidad, e incluso arriesgarse a crear otras nuevas. Y la realidad de que hay que dar cuenta se ofrece en las siguientes tres perspectivas:

Primera, *es bien sabido que las normas de la Constitución no agotan toda la constitución material.*

En efecto, existen numerosos elementos de nuestra Constitución claramente pre y para-constitucionales y que no son, por tanto, resultado del proceso constituyente, sino que inciden en el mismo. Más aún, ello ocurre con elementos clave de lo que, con razón, se ha denominado Constitución sustancial (41). Por ello, predicar esta condición de los derechos históricos de los Territorios Forales no es algo excepcional. Antes bien, tal es el caso de la misma entidad histórico-política de España que fundamenta la Constitución (art. 2 C.E.) y en consecuencia la precede, como ya se puso de relieve en los debates de la Constitución (42), de los derechos fundamentales (artículo 10 y Título I), del ordenamiento internacional (art. 10), de la Corona (art. 56 y ss.).

(41) LUCAS VERDÚ, *El pluralismo político y social de la Constitución de 1978 y la Constitución sustancial*, Madrid, 1982.

(42) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión Constitucional*, 12 de mayo de 1978, p. 2036 y ss.

Segunda, *la voluntad constituyente unitaria e incondicionada es un mito que no responde a ninguna realidad política y, en consecuencia, no resiste la mínima crítica jurídica*. Antes al contrario, la Constitución es, por definición, fruto de un pacto.

Se ha denunciado muchas veces el carácter mítico del pacto social en el que tanto insistieron los clásicos. Pero tal carácter sólo es predicable de su versión protohistórica o protosocial porque la sociedad no ha sido nunca creada; pero no de su versión histórica y relativa al modo y forma de la comunidad política concreta, esto es, de la Constitución.

Este pacto constituyente es claro en las federaciones clásicas. Pero existen elementos pactistas en las más unitarias de las constituciones, especialmente si se amplía el campo de la visión hasta comprender no sólo unidades territoriales, sino todo tipo de instituciones. Como ha enfatizado BUCHANAN y su escuela, la moderna teoría del consenso que fundamenta la Constitución, es la versión histórica, de carne y hueso, de la vieja teoría del pacto.

Una exégesis del poder constituyente que quiera explicar de veras la realidad debe disolver la mítica «decisión unilateral del sujeto del poder constituyente» de que hablara SCHMITT (43). Y ello, aun cuando no exista una pluralidad formal de *sujetos* del poder constituyente, como era el caso de las federaciones clásicas o de las Monarquías doctrinarias, porque lo que sí habrá es una pluralidad de *actores* constituyentes cuyo concurso de voluntades, expresadas o tácitas, da a luz la Constitución. El constituyente no es un fantasma; es, como todo legislador, «la diagonal resultante de las fuerzas en lucha», de los intereses en presencia.

Pasando de la doctrina a la práctica, nadie duda, por ejemplo, que nuestra vigente Constitución de 1978 fue el resultado de un consenso que predeterminaba las decisiones formales del

(43) *Teoría de la Constitución*, trad. española, Madrid, 1934, p. 86 y ss. Siguiendo a GARCIA PELAYO, entiendo por *sujetos* los titulares de competencias; por *actores*, los protagonistas de las acciones.

Congreso y del Senado. Pero sería un grave error reducir ese consenso a los acuerdos entre los ponentes y dirigentes de las fuerzas políticas con representación parlamentaria. Fue un consenso no sólo de fuerzas políticas, sino de fuerzas sociales y de instituciones de la más diversa índole que, por prudencia histórica, no voy ahora a nombrar. Ahora bien, ¿cómo no incluir entre los principalísimos actores de ese gran consenso constitucional a las entidades histórico-político vivas, titulares, según la propia Constitución, de derechos históricos? ¿Y cómo no concebir jurídicamente ese consenso de actores diversos como gran Pacto de Estado?

Las fórmulas de elaboración estatutaria previstas en el Título VIII C.E. y, muy especialmente, en el artículo 151, revelan que tras la decisión unilateral del legislador estatal existe un pacto entre las entidades locales y las fuerzas políticas del territorio, primero; entre las instancias de la Comunidad Autónoma y las instituciones del Estado, después; y para los Estatutos plebiscitados, entre el pueblo de la propia Comunidad y las Cortes Generales. Ya se entienda este pacto como un acto complejo –según la doctrina italiana–, ya como un concurso de voluntades –utilizando la categoría germana de la *vereingwarung*– (44). La génesis de Euskadi, mediante la incorporación de los Territorios Forales al Consejo General Vasco, a partir de febrero de 1978, pone aún más de manifiesto este carácter pactista del régimen autonómico, cuando de entidades histórico-políticas se trata.

Esta idea de «pacto» es clave en la tradición foral, y es indudable su virtualidad para articular internamente Euskadi, y a Euskadi con el resto de España. A ello respondió la frustrada enmienda 691 del P.N.V. en las Constituyentes de la que, a través de diversas modulaciones, se deriva la adicional 1.^a C.E. y de cuyo texto el intérprete haría bien en rescatar el espíritu pactis-

(44) La primera tesis la ha seguido GUMERSINDO TRUJILLO. La segunda, LUCAS VERDÚ. GARCÍA DE ENTERRÍA (*Estudios*, p. 71) reconoce el carácter pactado de los Estatutos, pero no saca de ello las consecuencias lógicas: el no poder quedar al arbitrio de una de las partes, sino todo lo contrario.

ta. A ello responden normas básicas como es la Ley del Concerto Económico. Y la letra de la norma ha llegado a reflejar plenamente este espíritu en la Ley Orgánica de Amejoramiento del Fuero del viejo Reino de Navarra de 1983. No ver la diferencia, como no consigue verla el Tribunal Constitucional, entre esta norma y el Estatuto de Autonomía inventado para Madrid o impuesto a Castilla por la vía del artículo 144 C.E., es estar ciego.

Y es claro que ello estuvo en la génesis de la disposición adicional 1.^a C.E. y del artículo 2 de la misma norma fundamental en lo que tiene de realidad: el derecho a la autonomía de Cataluña, como los derechos históricos de los Territorios forales, preceden a la Constitución y por eso la fundamentan; la autonomía de Madrid claramente no.

Ahora bien, si el poder constituyente está así sobredeterminado, el poder de revisión de la Constitución está condicionado. Las autonomías de verdad, las de las entidades histórico-políticas, los Estatutos que responden a verdaderos Pactos de Estado, son inmunes a la revisión constitucional, so pena de quebrar el Pacto de Estado que subyace a la propia Constitución y la mantiene. El Presidente PUJOL ante el Parlament de Cataluña en 1987, el Lendakari ARDANZA en el Senado el mismo año (45), así lo manifestaron, y quien lo olvide, juez, político o comentarista, capaz de confundir los elementos sustanciales del bloque de constitucionalidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil y su eventual reforma, ignora lo que es el derecho y su interpretación porque ignora «lo que está detrás, lo que le determina y le condiciona» (JELLINEK).

Y con ello llegamos a la tercera y última de las claves más atrás enunciadas. Lo que está detrás del derecho a la autonomía, lo que la determina y la condiciona –para reiterar la expresión

(45) PUJOL, Discurso en el Parlamento de Cataluña el 11 de febrero de 1987 (*El Estatuto de Autonomía, pacto de Estado*, Barcelona, 1987), y ARDANZA en *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Autonomías. Sesión informativa del 25 de mayo de 1987, p. 2 y ss.

de JELLINEK— es *el derecho a ser*. Y este derecho a ser es el título que habilita para la competencia.

Ese derecho a ser *no puede consistir sólo en el recuerdo de una tradición*. Para ser no basta haber sido. Y por ello, no todas las antiguas entidades histórico-políticas de la antigua Monarquía española pueden esgrimir derechos históricos aunque expresamente hicieran mención de ellos en sus Estatutos.

Es, en consecuencia, desafortunada la crítica a los derechos históricos, alegando la heterogeneidad de los que en el pasado pudieron corresponder a cada uno de los territorios forales. La historia, como contenido competencial o imagen institucional, no es el objeto de la remisión de la Adicional 1.^a C.E., sino, como acertadamente señala BARTOLOMÉ CLAVERO (46), su forma. La historia no es sólo anticuaria, sino también monumental. Es decir, no es sólo memoria, potencia psíquica por cierto nada despreciable, sino tarea. Por ello, la propia identidad de la que los hechos históricos son una afirmación, no ha de identificarse con un pasado estático. Antes bien, al traer causa de él y poder, en consecuencia, alegarlo, lo ha superado (47).

El historiador, que exceda a lo que NIETZSCHE descalificara como mero anticuario, no debe extrañarse de tal fenómeno ni, en consecuencia, convertir en criterio medidor su propia per-

(46) «El acceso a la autonomía de territorios históricos: las Comunidades Forales», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 46-47 (1985), p. 106.

(47) ARDANZA *loc. cit.*, «Los fueros fueron un planteamiento determinado, una concepción determinada en el siglo XIX, pero la novación de los fueros se produce básicamente a partir del nacionalismo. Es decir, el nacionalismo, como tal, tiene ya otra proyección distinta a lo que pudo ser la exclusiva foralidad. Como se va produciendo una novación en el Derecho político, se van buscando soluciones que se adecuen a las circunstancias actuales. El Estatuto sí tiene una clara referencia a nuestra historia, pero no sólo a la historia foral. Los derechos históricos reconocidos en el Estatuto no sólo están haciendo referencia a los que pudieran derivarse de los siglos XIX, XVIII y XIV; y esto no se ha cerrado. Es decir, ahí hay un tracto histórico que no se ha cerrado ni en el Estatuto ni en la Constitución», p. 16.

plejidad (48). Pero el jurista debe aún estar más familiarizado con un fenómeno que ya los romanos conocieron como novación objetiva (49).

Pero *ese derecho a ser, tampoco puede resultar fruto de una improvisación*. «No es lo mismo —decía PUJOL— la afirmación 'Soy el CXXXI Presidente de la Generalitat de Tarradellas', que la presidencia de una Comunidad recientemente inventada» (50). Y es verdad. Por eso, a mi juicio, puede considerarse la existencia de derechos históricos tácitos, junto a los expresamente reconocidos para Euskadi y Navarra sobre la disposición Adicional 1.^a C.E.

El derecho a ser es expresión del despliegue histórico que viene del fondo del pasado, que se afirma como hecho diferencial en el presente, que tiene vocación de futuro, de la conciencia de identidad de un pueblo.

Y, como antes dije, es el «derecho a ser» el que habilita para la autonomía que a cada identidad corresponde.

Por eso es una falsa polémica discutir si los derechos históricos son o no un título competencial distinto de los previstos en el Título VIII de la Constitución; no menos falso es oponer el Estatuto de Autonomía de Euskadi a los derechos históricos que pudieran corresponder a las instituciones territoriales; y es de todo punto erróneo resolver esta falsa antinomia reduciendo a una mera descripción anormativa la expresión de la Adicional 1.^a

Lógica e históricamente la autonomía de Euskadi es fruto del desarrollo orgánico de los viejos territorios históricos y de sus

(48) Monreal, citado por TAMAYO SALABERRIA en *Jornadas de Estudio sobre la actualización de los derechos históricos vascos*, p. 118.

(49) Cfr. mi trabajo «La titularidad de los derechos históricos vascos», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 58 (1987) p. 210 y ss., donde se plantea la cuestión de la novación en su aspecto subjetivo.

(50) PUJOL, *loc. cit.*, p. 29.

derechos. Así se deduce tanto del proceso de integración de Euskadi por el libre acceso de los territorios históricos al Consejo General Vasco desde 1978, como por la conexión entre la Adicional 1.^a de la Constitución y su remisión al Estatuto, con las cláusulas de identificación foral del mismo Estatuto y su propia disposición Adicional. Por la erección de Euskadi, como tal, en nuevo titular de derechos históricos.

Los derechos históricos, como principio de infungible e indelegable identidad; como permanente reserva de autogobierno; y como forma de integración pactada a todos los niveles, en el seno de Euskadi y de Euskadi con el Estado, es el único y exclusivo título que hace de la autonomía de Euskadi algo sustancialmente diferente de la de Murcia.

En consecuencia, reducir los derechos históricos a meras «curiosidades jurídicas» de ámbito provincial, equivale a renunciar a la infungible heterogeneidad de Euskadi para hoy y para mañana. Una heterogeneidad cuya proyección en la futura articulación de Euskadi con el Estado exige preservar el principio dinámico de tal heterogeneidad histórica en la propia articulación interna de Euskadi.

Los derechos históricos sólo tienen una función: expresar un hecho diferencial en el seno de un conjunto y servir para organizarlo como tal. Como la nebulosa de La Place, no se hallan en el pasado, sino en el futuro.