

Los derechos históricos cara al siglo XXI

Miguel Herrero de Miñón

Conmemoramos el 170 aniversario de la llamada abolición foral de 1839. Pero que lo hagamos, analizando en el nuevo siglo que acaba de comenzar las virtualidades de los Derechos Históricos que de ella proceden, revela que la abolición no supuso la extinción de la foralidad, sino el hito de un largo proceso: el de la inserción de la foralidad en la modernidad. Repitiendo un título importante sobre la materia: la *Historia en tiempos de Constitución* (Clavero, 1985). Por ello, no es casual que la misma ley de 25 de octubre de 1839 que calificamos de abrogatoria, se auto-denominara de “confirmación de los fueros”. La contradicción entre ambos calificativos avala la tesis inicial. Si la intención abrogatoria pretendía camuflarse tras una supuesta confirmación y adaptación, la fuerza normativa de los hechos, las virtualidades de la foralidad, ha hecho que el hito que hoy conmemoramos, triste hito sin

duda, no haya sido más que eso. Los fueros no pudieron ser ni confirmados ni abrogados porque los fueros son, en ello insistiré más adelante, la expresión jurídica de la identidad de un pueblo y cosa tal cae fuera del alcance del legislador en tanto no se suprima la existencia del pueblo mismo, de su identidad, de la que es ingrediente fundamental el imaginario colectivo en el que la foralidad y lo que de ella deviene tiene un lugar privilegiado. Y grave e irreversible error histórico sería dejar marchitarse tal ingrediente del imaginario colectivo.

Para mejor interpretar dicho hito me referiré a sus antecedentes, a sus inmediatas consecuencias, esto es, a la pervivencia y novación de la foralidad y a lo que estimo puede ser su futuro.

LOS ANTECEDENTES: DE LA POLÉMICA ANTIFORAL AL CONFLICTO ENTRE FUEROS Y CONSTITUCIÓN

La confirmación abrogatoria de 1839 que culminará en las leyes de 1878 viene precedida de toda una larga ofensiva antiforal. Para ilustrarla basta señalar las agudas premoniciones del P. Larramendi y la obra bien conocida de Llorente cuyo paralelo navarro puede encontrarse en Jose María Zuaznavar. La ofensiva tiene sus raíces en el abandono, a partir de los Decretos de Nueva Planta, del politerritorialismo de la monarquía austríaca. Si, por su fidelidad a los Borbones, Navarra y los restantes territorios vascos se libraron de la suerte corrida por la Corona de Aragón, era claro

que su excepcionalidad en la nueva Monarquía española estaba condenada. Por ello, el futuro del específico autogobierno vasco en el siglo XXI no es ajeno al de otros pueblos de España, titulares, no sólo en la letra de sus Estatutos, sino en la realidad de derechos históricos. Por una parte, los vascos no pueden ignorar que en España existen una pluralidad de titulares de Derechos Históricos y reconocerlo así conviene a la defensa de los propios. Pero a su vez, es preciso evitar que la proliferación retórica del término en la nueva generación de Estatutos desvalorice el término como ya ha ocurrido con el de nacionalidades.

Sin embargo, el conflicto no surge hasta la eclosión del moderno constitucionalismo. Según ha expuesto magistralmente Gregorio Monreal (2000, p. 59), primero, en la Junta de Bayona y la consiguiente Constitución de 1808 cuyo art. 144, nunca desarrollado, anuncia ya la fórmula de 1839; después, en las Cortes de Cádiz donde se perdió, como Bartolomé Clavero (2000, p. 20 ss) ha señalado, la ocasión de organizar en la Península y en las Indias una Monarquía federal. En fin, a partir del Estatuto Real y la Constitución de 1837 que no parecen dar cabida a la organización foral. “El Código y el Fuero” como reza el título de Clavero (1982) y lo que tras ambos términos late, de un lado el Estado constitucional basado en el principio de legalidad, esto es, en la decisión soberana de la “voluntad general”, y de otro lado, la organización foral basada en el pluralismo y el pactismo, resultaban incompatibles. Como recientemente ha puesto de relieve el prof. Laporta (2006, p. 12 ss.), una y otra concepción responden a dos planteamientos filosóficos diferentes. La foralidad, a la constatación empírica del pluralismo de identidades y cuerpos sociales; el moderno constitucionalismo, a la hipótesis de una voluntad abstracta, la voluntad general, que decide unilateralmente sobre el conjunto cuya unidad se garantiza mediante la uniformidad. Es importante retener esta disyuntiva fundamental porque sirve para explicar no sólo el conflicto inicial entre foralidad y constitucionalismo moderno, sino para iluminar el futuro de los Derechos Históricos.

LAS CONSECUENCIAS: DE LA SUPERVIVENCIA A LA NOVACIÓN FORAL

Ahora bien, si, mirando hacia atrás, la abolición de 1839 se destaca sobre el fondo sombrío de la polémica antiforal, mirando hacia delante resulta que la abolición, incluso tras su culminación en 1878, no consiguió sus objetivos. Por ello, puede hablarse de “la foralidad tras la abolición foral” (Alonso Olea, 1999, p. 52). La foralidad ha subsistido en tres dimensiones diferentes: en los hechos, en el imaginario colectivo y, como consecuencia de todo ello, a través de una novación subjetiva y objetiva de los fueros.

A) En cuanto a lo primero, los hechos, basta con atender a lo que el ya citado Bartolomé Clavero, siguiendo el clásico repertorio de Estechea (1918-1934, ed. 1997), ha denominado una “lectura ingénua del Boletín Oficial” (Clavero, 1985, p. 13 ss.). A pesar de la abrogación de 1839, a pesar de la uniformidad administrativa decretada en 1841, a pesar de las mismas leyes de 1878, la indudable erosión de la foralidad no pudo acabar con la excepcionalidad de las antes denominadas Provincias exentas. Durante el largo gobierno moderado, lo que se ha tildado de “amistades peligrosas” entre moderados y fueristas liberales, instituciones forales fundamentales, tales como la excepción fiscal y de quintas y la propia organización de Juntas Generales y Diputaciones, continuaron funcionando en Vizcaya, Gipuzkoa y Álava. En las leyes estatales sigue vigente la denominada “cláusula de salvedad” (v.gr. Leyes Provincial y Municipal de 1870, disposiciones adicionales; Decretos de 21 y 25 de enero de 1871, etc. Cf. Clavero, 1985, p. 28 ss) que continúan en gran medida tras la abolición completa de 1878. Y, más aún, merced a un equívoco terminológico hábilmente explotado por los negociadores vascos, surge el sistema de Concierto, calificable y calificado como “nuevo derecho histórico” (Alonso Olea, 1995). Son, en fin, estos fragmentos de foralidad los que sirven para la restauración iniciada en 1978 y cuyo punto culminante es la Adicional Primera de la Constitución en la que se reconocen y amparan los Derechos Históricos de los territorios forales.

En paralelo, el derecho privado foral sufrió los avatares de la “lucha por la codificación”, sobrevivió a la transitoriedad prevista en el antiguo artículo 12 CC, a los intentos de un Código Civil General e incluso a la peligrosa compilación foral de 1959 y, tras la reapertura de sus fuentes merced a la Constitución de 1978, ha florecido en la ley 3/1992 de 1 de julio.

B) Ahora bien, segundo punto a destacar, a la vez que la foralidad o, cuando menos, importantes residuos de la misma, sobreviven de hecho, el imaginario colectivo la transforma en el paraíso perdido, de recuperación tan deseada como dudosa. Lo que Mañaricua denominó “mitos historiográficos” nutren la base de este imaginario que una fantasía historiográfica más moderna ha desorbitado más allá de toda verosimilitud. La nostalgia se transforma así en melancolía, fruto amargo del esfuerzo inútil y, si de la reivindicación foral se pasa a la autonómica, aquella coloca toda pretensión autonómica en un horizonte de provisionalidad. Baste pensar en la declaración de 1917. Y deslegitima a priori cualquier sistema autonómico, baste señalar, entre otras, la declaración inicial del Estatuto de Estella según la cual “la aprobación de este Estatuto no supone la renuncia a la reintegración foral plena concretada en la derogación total y plena de las leyes de 25 de octubre de 1839, de 16 de agosto de 1841 y todas cuantas, bien con anterioridad o posterioridad a estas fechas hayan conculcado de alguna manera los derechos sagrados de este País”, antecedente de la Disposición Adicional única del vigente Estatuto de 1979.

En sentido contrario, pero coincidente, no debe olvidarse que la foralidad provincial fue manejada durante la Segunda República y en los años de la Transición como ariete frente a la Constitución y articulación del autogobierno vasco (cf. Tamayo Salaberria, 1994). La génesis de la Ley de Territorios Históricos fue víctima de este planteamiento polémico (Tamayo Salaberria, 1985).

C) El tercero de los puntos atrás enunciados es la novación de la foralidad desde la Ley de 1839 hasta la fecha. Y digo novación en el más estricto sentido jurídico del término, esto es *prioris debitis in aliam obligationem confussio atque translatio*

(Dig, 46,2,1, pr). Cambio de sujeto o de objeto que substituye un derecho por otro, pero que puede ser plenamente extintiva o meramente modificativa, de manera que se mantiene, ya sea la imagen, ya sea la esencia del derecho sustituido en el sustituto. Algo que algunos ignoran lo que es, entre otras muchas cosas (v.gr. Tajadura, 2009, p. 156). Tal es el caso de la novación foral de que tratamos, tanto novación objetiva como novación subjetiva que, sin embargo, como veremos más adelante, deja intacto lo que cabe considerar esencia de la foralidad.

Novación objetiva porque de la reivindicación de determinadas instituciones forales, pasando por la del statu quo anterior a 1841, se pasa a transformar la foralidad, esto es, un conjunto de normas (muchas de ellas de derecho privado), instituciones y atribuciones, en “derechos históricos”, expresión nunca plenamente concretada en un determinado conjunto normativo en la que se apunta lo que después denominaré versión existencial de los antiguos fueros. No se trata ya de dónde se ponen las aduanas o cómo se eligen las Diputaciones, sino de un “derecho a ser distinto”. Por ello, las tres tradiciones que cabe distinguir en el autogobierno vasco, a saber, la estrictamente foralista, la estatutaria o autonomista y la concertista, coinciden en la categoría de “Derechos Históricos”. La foral, porque los Derechos Históricos aluden expresamente a ella y de ella descienden genealógicamente; la autonomista, porque se articula como subsidiaria de aquella y se plantea como forma de actualización de éstos; y la concertista, porque el Concierto es un Derecho Histórico de raíz foral, según dice expresamente su normativa sobre la base del art. 41 del Estatuto.

Un análisis de la génesis de la fórmula “Derechos Históricos” demostraría su raíz centroeuropea, el “historische Staatsrecht” de las entidades histórico-políticas de la monarquía austriaca, a cuya decantación no es ajeno el *austracismo* español, que, a mi entender, se recibe en Euskalerrria a través de Irlanda. La idea trasmigra así por latitudes diferentes y cierra un ciclo que se inicia en España y acaba en España, para afirmar que Vizcaya no es una provincia más, como el País de Silesia no era un mero distrito de Noppam ni el Reino de Bohemia un departamento de Moldavia. Suponer que eso es arcaísmo es ignorar la lucha de los pueblos por su identidad (García Pelayo, 1978). Es evidente que,

cuando un político vasco se opone a que Euskadi sea “una Comunidad Autónoma como las demás”, sigue una ilustre trayectoria.

¿Un derecho a ser distinto de quién?, nos preguntamos. Y la respuesta la da la dimensión subjetiva de la propia novación. Porque, en efecto, desde 1839 acá los sujetos de la foralidad han cambiado. De tener una base eminentemente municipal, la foralidad se provincializó primero y se ha comunitarizado después. La doctrina (v.gr. Tomás Ramón Fernández, 1985 y Alonso Olea, 1999) ha descrito el proceso de provincialización de la foralidad a lo largo del siglo XIX y primer tercio del siglo XX, proceso que el prof. Portillo (2000, p. 52 ss) ha calificado de *foralícida*, algo que, a mi juicio, contradice su muy docta investigación sobre la cristalización foral de los “cuerpos de provincia” a lo largo del siglo XVIII (Portillo, 1991). Son las instituciones de las tres provincias vascas junto con el Reino de Navarra lo que, al final del Antiguo Régimen, constituye el entramado del sistema foral y su protagonismo es ya entonces mucho más relevante que el de los municipios que lo componen. Lo que preocupa a Larramendi es Gipuzkoa y no Azkoitia ni sus otros municipios. Y es lógico que las instituciones centrales de cada provincia, Juntas y Diputaciones, adquieran cada vez mayor protagonismo y, suprimidas las primeras, la Diputación foral adquiera plena hegemonía como ocurre en Navarra cuando desaparecen las Cortes del Reino. Por otra parte, las investigaciones del prof. Aguirreazkuenaga (1995) han señalado el proceso de convergencia entre los territorios vascos a través de las Conferencias de Diputaciones ya en el siglo XVIII, proceso que se continúa y acentúa a lo largo del siglo XIX y se plasma en todos los proyectos autonómicos que ven la luz en la centuria siguiente. La culminación de la novación subjetiva así incoada culmina en el Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 en la que el territorio de Euskadi resulta ser, en sí mismo, un territorio foral como sus integrantes Vizcaya, Álava y Gipuzkoa, tesis que yo defendí en su día, sobre la base del propio Estatuto (v.gr.

¿Qué son los Derechos Históricos? A mi juicio, nada más ni nada menos, que la expresión jurídica de la infungible identidad de un pueblo, de su “ser”. De tal “ser” se deducirá, lógicamente, un “haber”, pero este haber será la consecuencia y no la sustancia del Derecho Histórico.

arts. 16, 17, 22.1.a/) y fue avalada por el Tribunal Constitucional (STC 76/1978). Los territorios forales que en el Código Civil, incluso tras la reforma de 1974, eran “espacio” de vigencia de una norma, se sustantivan en la Adicional Primera de la Constitución, haciéndose “lugar” y más aún en el Estatuto de Gernika de 1979, como integrantes de Euskadi (arts. 2 y 37) y se subliman, después, en una magnitud no ya territorial sino popular, no extensiva sino intensiva, en la Adicional única de dicho Estatuto que hace al Pueblo Vasco titular de los Derechos Históricos.

Quienes se escandalizan de tales términos deberían leer a Kant.

La foralidad, de esta manera, ha cambiado de contenido y de sujeto. En eso consiste la novación.

PRESENTE Y FUTURO DE LA FORALIDAD

Merced a esa novación y a la correlativa toma de conciencia de una identidad colectiva diferenciada, la foralidad proyecta su futuro en una triple dimensión: el imaginario vasquista, sea nacionalista o no (v.gr. Eguiguren, 2008); la dimensión existencial de los Derechos Históricos y lo más esencial de todo ello, el pactismo.

A) En cuanto a lo primero, la foralidad así novada sigue viva en el imaginario político y en el docto. De lo uno es prueba elocuente la polémica que acompañó la elaboración de la Ley de Territorios Históricos cuyos ecos aún no se han apagado y muy recientemente la invocación de los Derechos Históricos en los últimos proyectos de reforma del Estatuto de Autonomía, y de lo otro la siempre creciente bibliografía sobre fueros y derechos históricos a cuyo desarrollo creo no ser del todo ajeno (en especial Herrero, 1991, 1998 y 2003-a) y de la que dan cumplida muestra los estados de la cuestión elaborados por los profesores Santiago Larrazabal (1997, p. 545 ss.) y Jon Arrieta (2001, p. 221 ss).

Pero además, la vitalidad de la idea no se da sólo en el plano de la reivindicación política o de la especulación jurídica sino en la práctica. Ya el Estatuto de 1979 articula Euskadi sobre la base de la identidad y las competencias forales de sus Territorios Históricos (arts. 2, 3, 17.5, 37) y asume competencias invocando los Derechos Históricos (v.gr. arts. 16, 17, 41 ss). Y

otro tanto ocurre en el Amejoramiento del Fuero de Navarra. La clásica “cláusula de salvedad”, a la que ya antes me he referido, se introduce en la vigente Ley de Régimen Local (art. 39 y Adicional Segunda). Una pieza clave del autogobierno vasco, el sistema de Concierto, como en Navarra lo es el de Convenio, se fundamenta en el sistema foral tradicional (art. 41 EAPV). Después, son numerosas las transferencias competenciales que se han hecho sobre la base de la foralidad. Baste mencionar la Ley de Sanidad de 1986 (Adicional Primera, 1 y 2) o la normativa de carreteras, donde los regímenes forales son pieza clave en la distribución de competencias como puso de relieve la propia STC 132/1998 de 18 de julio. Y a las normas forales se remite continuamente la Comisión Arbitral (Cobrerros, 2009).

Más aún, hoy día la foralidad es un instrumento para proyectar al Pueblo Vasco en el marco de la Unión Europea y ello, al menos, a través de tres vías (Ezeizabarrena, 2003). Por una parte, a la hora de salvaguardar las medidas tributarias de las autoridades vascas, las comunes y las de los Territorios Históricos ante la normativa comunitaria. Baste en este sentido señalar la reciente Sentencia del TJCEE de 11 de septiembre del 2008, si bien ha sustituido la expresión “derechos históricos” por “razones históricas”. De otra, la reciente proposición de Ley elaborada por el Parlamento Vasco para “blindar” las normas forales, tomada en consideración por el Congreso de los Diputados hace pocos días, da rango legal a dichas normas retro trayendo la cuestión a un estadio de la elaboración del Estatuto de 1979 más favorable a la foralidad de los territorios y entonces

No anda desencaminado quien señale como la mayor amenaza al autogobierno vasco e incluso a la identidad de Euskalerría, el intento de convertirla en una Comunidad Autónoma “como las otras”.

frustrado. Y si dichas normas sólo pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional y no ante la jurisdicción ordinaria, es claro que se evitan las cuestiones prejudiciales ante la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, porque es bien sabido que el derecho comunitario no es canon de constitucionalidad según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. Por último, y ya de “lege ferenda”, las competencias tributarias son la base para reclamar la presencia vasca en el ECOFIN, como ha expuesto lúcidamente el prof. Lucas Murillo de la Cueva (2005, p. 97 ss) con cuyas tesis coincido plenamente.

B) Más importante todavía es el segundo de los extremos, atrás enunciados, esto es la dimensión existencial de la foralidad. En efecto, a través de las mutaciones señaladas es no sólo difícil por no decir imposible, sino inconveniente, identificar la foralidad con un entramado institucional determinado o con las potestades concretas de dichas instituciones, con una serie de exenciones en el seno del Estado global o, todavía más difícil, con una soberanía originaria que, por radicalmente originaria, nunca resulta concretable. Pero lo que sí es manifiesto es que la foralidad fue, y es cada vez más, uno de los factores de identificación e integración política del Pueblo Vasco, algo que, como antes dije sería grave error erosionar o diluir. Precisamente el derecho civil “foral” actualizado en la

Ley 3/1992 ya citada, además y por encima de su valor como instrumento regulador de instituciones jurídicas, tiene un alto significado de factor expresivo de esa identidad. Y a ello responde el proceso de territorialización de tal derecho. Por ello, frente a la visión miope del Tribunal Constitucional, he defendido, siguiendo la doctrina legal acuñada por el Consejo de Estado, que los derechos civiles forales contemplados en el art. 149,1,8ª de la Constitución son Derechos Históricos de los reconocidos en la Adicional Primera de dicha norma fundamental (Herrero, 1998, p. 226 ss y 231 ss).

Ahora bien, si no consisten en un haber competencial ni institucional, ¿qué son los De-

rechos Históricos? A mi juicio nada más ni nada menos, que la expresión jurídica de la infungible identidad de un pueblo, de su “ser”. De tal “ser” se deducirá, lógicamente, un “haber”, pero este haber será la consecuencia y no la sustancia del Derecho Histórico. Por ello, podrá decirse que los Derechos Históricos no son un determinado grado de autogobierno sino el “a priori” material de dicho específico autogobierno y también de la propia identidad estructural de Euskalerría. Exigen un autogobierno frente a terceros y una estructura politerritorial en su interior.

No remiten a un “quantum” de autonomía, sino a la calidad diferente de dicha autonomía. Una autonomía que no es algo organizado por la decisión del constituyente, sino algo que emerge de la existencia del Pueblo Vasco y, por ello, como dice la Adicional Primera de la Constitución, el constituyente se limita a amparar, respetar y prever su actualización. Por ello, no anda descaminado quien señale como la mayor amenaza al autogobierno vasco e incluso a la identidad de Euskalerría, el intento de convertirla en una Comunidad Autónoma “como las otras”. Y no porque las otras hayan de ser de peor condición, sino porque la condición del autogobierno de un pueblo ha de ser algo a la medida única e infungible de la identidad de dicho pueblo. Y esa identidad infungible e irrenunciable es lo que los derechos históricos expresan en el plano jurídico. Los Derechos Históricos habilitan al autogobierno y condicionan la identidad politerritorial vasca, son irrenunciables e indisponibles como lo es la propia lengua. Tal es la interpretación existencial de los Derechos Históricos a cuya decantación he dedicado muchas páginas a las que ahora me remito.

Por ello, el Estatuto de Autonomía del País Vasco no puede prescindir de su raíz foral. La autonomía no se superpone a la foralidad como las instituciones comunes a las territoriales. Una y otras se enraízan en los Derechos Históricos. El vigente Estatuto da pie sobrado para esta interpretación y el buen sentido político aconseja mantenerla y

profundizarla. En ello está la garantía de la especificidad del autogobierno vasco y de la bilateralidad de sus relaciones con el Estado. Por otro lado, si un nuevo Estatuto, de una vez por todas, actualizara los Derechos Históricos, la invocación de estos dejaría de ser instrumento de erosión del régimen autonómico para, antes al contrario, convertirse en fuente de mayor legitimación.

C) Porque, en efecto, de la visión existencial de los Derechos Históricos como expresión jurídica de una personalidad política se deduce una consecuencia que entiendo es de máxima importancia y que engarza con lo que tradicionalmente se ha considerado esencia de la foralidad: el pacto que instrumenta la bilateralidad.

El pacto está en la raíz de la estructura politerritorial de Euskadi y la cuestión es proyectarla ahora en sus relaciones con el Estado. Ahí radica el futuro de los Derechos Históricos en el siglo XXI.

En efecto, resulta pacífica la tesis de que, a través de sus muchas mutaciones, la foralidad se caracteriza por dos rasgos: la existencia de “corpora política”, esto es, de sujetos con propia identidad y la relación pactada entre los mismos. Pues bien, ésta es también la consecuencia de la visión existencial de los Derechos Históricos. Su esencia consiste en expresar una subjetividad política y que dicha subjetividad se relaciona con terceros e incluso se articula internamente mediante pacto. Voz tan autorizada y poco

sospechosa de historicismo como la del prof. García de Enterría (1987, p. 13) ha reconocido que es la forma paccionada y no el contenido del pacto lo que caracteriza a los Derechos Históricos de Navarra y es claro que lo mismo puede predicarse de los vascos, puesto que a ambos se refiere la Disposición Adicional Primera de la Constitución, base de su actual tratamiento jurídico. Explicitar el pactismo es el medio para la plena actualización estatutaria de los Derechos Históricos invocada más atrás.

La “entrega voluntaria” de los territorios vascos al Rey de Castilla, sea ésta, una realidad histórica o un ingrediente, más o menos mítico,

del imaginario colectivo, alternativa irrelevante a efectos políticos, era un pacto, como paccionada fue la adhesión de las Provincias vascas al Consejo General en 1978, paccionada es la esencia política del Estatuto de Gernika, paccionadas han sido las transferencias que al margen del Estatuto se han venido haciendo y paccionado es el Concierto como ha reconocido expresamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El pacto está en la raíz de la estructura politerritorial de Euskadi y la cuestión es proyectarla ahora en sus relaciones con el Estado. Ahí radica el futuro de los Derechos Históricos en el siglo XXI. Permítaseme desarrollar este punto en unos breves párrafos.

Primero, ¿que entendemos por “relación paccionada”? Al proponer en las Cortes Constituyentes de 1978 la renovación del pacto con la Corona, ocasión lastimosamente perdida merced a la cerrazón de quienes, pese a su devoción por Machado, “desprecian cuanto ignoran” (Herrero, 2003 b), Xabier Arzalluz afirmaba: “Somos perfectamente conscientes de que la idea de pacto produce en muchos algo así como si aquí viniéramos a discutir de tú a tú con el Estado un determinado territorio. Y sin embargo, no es así. Es simplemente la afirmación de que el Estado, el Reino, se formó de una manera determinada. Esa manera determinada que realmente daba satisfacción por lo menos a esos ámbitos del país que se vieron distorsionados unilateralmente. Esa manera de integración ha de ser reproducida para que efectivamente el Estado... a través de una fórmula de siglos, pueda encontrar un acomodo, una integración, consensuada y pacífica” (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Asuntos Constitucionales 2º de junio de 1978*, p. 3494-b). Cita a cuya especial autoría debe añadirse la solemnidad de la ocasión en que se pronunció y la oportunidad de traerla a colación en la conmemoración presente.

La relación paccionada supone que su mantenimiento y desarrollo no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes. Surge de la negociación y requiere una permanente negociación.

La bilateralidad inherente a las relaciones entre el País Vasco y el Estado es de naturaleza paccionada.

Porque hay dos tipos de pacto. El contrato que supone un “do ut des” en el que la causa de cada una de las prestaciones es la prestación de la parte contraria y la unión de voluntades en la cual las partes buscan una meta común y superior a todas ellas, vinculándose en una nueva forma de vida. Del contrato, a lo más, surge una asociación; de la unión de voluntades surge una comunidad. Pero ello es así, porque la unión de voluntades expresa y actualiza algo que ya existía. No se trata de vincular lo que es radicalmente heterogéneo entre sí, sino lo que ya está unido por siglos de historia común y lo que ello supone de comunidad cultural. Dígase lo que se quiera; ésta es la realidad de las relaciones entre el Pueblo Vasco y el resto de España. La experiencia demuestra que en el País Vasco hay numerosas identidades compartidas y es el respeto a tales identidades lo que facilita las relaciones paccionadas. El símbolo de una integración voluntaria y que preserva y garantiza la identidad de lo integrado.

Segundo, la relación paccionada supone que su mantenimiento y desarrollo no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes. Surge de la negociación y requiere una permanente negociación. Cada una de las partes pierde la disponibilidad unilateral sobre lo pactado, pero todos ellos reciben la garantía de que la relación no puede extinguirse, interpretarse ni mutarse sin su participación y acuerdo. A esto se puede denominar cosoberanía, si por soberanía se entiende la competencia sobre la propia competencia, porque dicha competencia el pacto la hace compartida. Los antiguos lo denominaban “inmunidad” y los puristas del normativismo racionalista, aun aceptando el fondo, prefieren utilizar expresión tan sugestiva como la “no-competencia” (Laporta, 2008).

Tercero, ¿en qué medida una relación de este tipo es compatible no ya con la Constitución española, sino con el propio concepto moderno de Estado?

Tercero, ¿en qué medida una relación de este tipo es compatible no ya con la Constitución española, sino con el propio concepto moderno de Estado?

La primera respuesta depende de la interpretación que se dé a la Adicional Primera de la Constitución. El tenor propio de las palabras, a las que como criterio hermenéutico (canon de inmanencia) remite el artículo 3 CC, impone reconocer dos extremos. De un lado, que los Derechos Históricos son anteriores y externos a la Constitución puesto que ésta los “reconoce y ampara”. Si fuera la Constitución quien los creara no podría reconocerlos y ampararlos como no reconoce ni ampara al Tribunal de Cuentas sino que lo instituye. Ello supone una subjetividad distinta a la del Estado que la Constitución organiza, una “anexa pars”, y, en consecuencia, la posibilidad de relacionarse con ella. De otra parte, como su nombre indica, la Disposición Adicional no se limita a reiterar lo dicho en la Constitución, sino que le adiciona algo diferente. Una y otra cosa abren el espacio y la posibilidad del pacto.

En cuanto a la segunda cuestión relativa a la compatibilidad de una relación paccionada en el seno del Estado, inconcebible en el Estado legal que teorizara Carré de Malberg, basado en los principios de jerarquía, uniformidad y generalidad, o en el decisionismo de Schmitt, facies política del normativismo kelseniano (no se olvide que Caín era hermano de Abel), es preciso responderla a la luz de la evolución del derecho público, donde prima la coordinación de competencias sobre la jerarquía, el particularismo sobre la generalidad, el pluralismo sobre la uniformidad. Un derecho público, el de nuestros días, en que emerge con fuerza el principio pacticio, sea éste el procesal –desde los convenios procesales de que hablara Kohler en el siglo XIX, al moderno auge del arbitraje- sea el administrativo –desde la terminación convencional de los procedimientos, hasta la autorregulación, pasando por los diversos supuestos de administración concertada- sea el mismo derecho constitucional.

Baste a estos efectos considerar que la LO-RAFNA, integrante de nuestro bloque de constitu-

cionalidad, ha aceptado la categoría de ley paccionada. Si, como ha señalado Santamaría Pastor (1991, p. 49 ss), el Amejoramiento del Fuero navarro ha supuesto en este punto la recepción de una convención constitucional de origen doctrinal, no hay inconveniente dogmático en explicitar en una norma jurídica y sacar las consecuencias jurídicas de ello, lo que ya es una evidente realidad política: que la bilateralidad inherente a las relaciones entre el País Vasco y el Estado es de naturaleza paccionada.

Yo opto por el realismo frente a la abstracción, confío más en el pueblo, en cada pueblo, que en la hipotética norma fundamental, prefiero la democracia a la nomocracia en trance de convertirse en papirocracia, esto es, en el poder de quienes editan el Boletín Oficial. Por ello, porque no creo en tal cosa sino en el espíritu del pueblo democráticamente gestado y expresado, tengo fe en el futuro de los Derechos Históricos del Pueblo Vasco de cara al siglo XXI.

Y con ello, a modo de conclusión, volvemos al principio. Cuando en 1841, Bachofen opuso las dos categorías de Derecho Natural y Derecho Histórico explicitó los fundamentos filosóficos de las dos maneras de concebir el derecho. Como producto de una razón universal abstracta o como emanación de la realidad social plural. En nuestros días, Francisco Laporta, en un admirable trabajo antes citado, donde combate mis tesis y que, sin embargo, a mi entender las confirma, ha proyectado dicha disyuntiva sobre la cuestión que nos ocupa. Del Derecho Natural racionalista procede el normativismo que afirma la soberanía de la Constitución que no admite Derechos Históricos a su margen. De la concepción historicista del derecho resulta la afirmación de que éste emana de la subjetividad de un pueblo concreto. Yo opto por el realismo frente a la abstracción, confío más en el pueblo, en cada pueblo, que en la hipotética norma fundamental, prefiero la democracia a la nomocracia en trance de convertirse en papirocracia, esto es, en el poder de quienes editan el Boletín Oficial. Por ello, porque no creo en tal cosa sino en el espíritu del pueblo democráticamente gestado y expresado, tengo fe en el futuro de los Derechos Históricos del Pueblo Vasco de cara al siglo XXI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguirreazkuenaga (ed), *La articulación político-institucional de Vasconia. Actas de las Conferencias firmadas por los representantes de Alava, Bizkaia, Guipuzkoa y eventualmente Navarra (1775-1936)*. Bilbao, 1995, 4 vols.

Alonso Olea, *El Concierto Económico (1878-1937). Origen y formación de un Derecho Histórico*. Oñati, 1995.

Alonso Olea, *Continuidades y discontinuidades de la administración provincial en el País Vasco. 1839-1978. Una "esencia" de los Derechos Históricos*. Bilbao, 1999.

Arrieta, "Las imágenes de los Derechos Históricos: un estado de la cuestión" en Herrero y Lluch, *Derechos Históricos y constitucionalismo útil*. Barcelona, 2001, p. 221 ss.

Clavero, *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*. Madrid, 1982.

Clavero, *Fueros Vascos. Historia en tiempos de Constitución*. Barcelona, 1985.

Clavero, "Estado de jurisdicción e invento de Constitución" en Arbaiza (ed), *La cuestión vasca. Una mirada desde la historia*. Bilbao, 2000.

Cobrerros, *Escritos sobre la Comisión Arbitral*. Oñati, 2009.

Eguiguren, *El arreglo vasco: Fueros, Constitución y políticas en los siglos XIX y XX*. Bilbao, 2008.

Estechea y Martínez, *Régimen político y administrativo de las Provincias Vasco Navarras* (ed Aguirreazkuenaga, Bilbao, 1997).

Ezeizabarrena, *Los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra ante el derecho comunitario*. Zarautz, 2003.

Fernandez, *Los Derechos Históricos de los territorios forales*. Madrid, 1985.

García de Enterría, *Prólogo a del Burgo, Introducción al estudio del Amejoramiento del Fuero (Los Derechos Históricos de Navarra)*. Pamplona, 1987.

García Pelayo, en *El País* 24 de septiembre de 1978, en *Obras Completas*. Madrid, 1991, III, p. 3171 ss.

Herrero, *Idea de los Derechos Históricos*. Madrid, 1991.

Herrero, *Derechos Históricos y Constitución*. Madrid, 1998.

Herrero, "Qué son y para qué sirven los Derechos Históricos", *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 1999, p. 309 ss., recogido en *El valor de la Constitución*. Barcelona, 2003, p. 366 ss.

Herrero, "El Pacto con la Corona ¿Ocasión perdida u opción abierta?", *Estudios de Deusto. Homenaje al Profesor Don Pablo Lucas Verdú*, vol. 51/1 (Enero-Junio 2003, p. 211 ss.)

Laporta, "Los Derechos Históricos en la Constitución. Algunos problemas teóricos" en Laporta y Saiz, *Los Derechos Históricos en la Constitución*. Madrid, 2006.

Larrazabal, *Contribución a una teoría de los Derechos Históricos*. Bilbao, 1997.

Lucas Murillo de la Cueva, *Crisis y reconstrucción del Concierto Económico*. Bilbao, 2005.

Monreal, "Fueros de los territorios vascos y unidad constitucional española" en Arbaiza (ed), *La cuestión vasca. Una mirada desde la historia*. Bilbao, 2000, p 59 ss.

Portillo, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en las provincias vascas 1760-1808*. Madrid, 1991.

Portillo, "De la Constitución a la Administración Interior. Liberalismo y Régimen Foral vasco" en Arbaiza (ed) *La cuestión vasca. Una mirada desde la historia*. Bilbao, 2000, p.37 ss.

Santamaría Pastor, en Martín Retortillo, *El Derecho Público Foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*. Madrid, 1991, p. 49 ss.

Tajadura en *Revista de Derecho Político (UNED)*, 2009, nº 75-76.

Tamayo, *Génesis de la Ley de Territorios Históricos (Fuentes documentales)*. San Sebastián, 1985 (Existe una primera versión secuestrada de esta importante obra a la que nunca he tenido acceso).

Tamayo, *La autonomía vasca contemporánea. Foralidad y estatutismo*. San Sebastián, 1994.



INÉS MEDINA

www.inesmedina.com

- Licenciada y Doctoranda por la Facultad de Bellas Artes de la Universidad del País Vasco, decidió utilizar el arte como herramienta de conocimiento tanto teórico como práctico para desplegarlo en su pedagogía del arte.

- Desde finales de los 70 hasta el 1995, desarrolló su carrera profesional en Euskadi y Madrid fundamentalmente, con exposiciones de su obra en Sala Rekalde, Arteder, Fundación BBK, Galerías Vanguardia, Windsor, Juan Manuel Lumbreras de Bilbao, Museo de Vitoria, ARCO, Galería Anselmo Álvarez, Galería 57, etc.

- Con una beca para investigación en 1995 fija su residencia en Nueva York, exponiendo en la Sede de las Naciones Unidas, NYU Universidad de Nueva York, Skoto Gallery, Fish Tank Gallery, Eusko Etxea of New York, The Lab Roger Smith etc. recibiendo premios artísticos de NYU y de la Adolph Gottlieb Foundation.

- En el 2007 recibe una beca de investigación de EMAKUNDE y expone en los últimos años en el Guggenheim de Bilbao, Galería Marita Segovia de Madrid, Fundación BBK de Bilbao, Eusko Etxea of New York, Treetops of Connecticut, Eibar, Igorre, La Ciudadela de Pamplona, Colegio de Abogados de Bizkaia, Peñalver Studio of New York, etc., ofreciendo conferencias y seminarios en Igorre y BilbaoArte.