

DERECHOS HISTÓRICOS

Miguel HERRERO DE MIÑÓN

Consejo de Estado

Muchas gracias a los organizadores de ese importante seminario por hacerme el honor de ofrecerme la lección de clausura con un título del que yo solamente restaría el calificativo de original. Los derechos históricos no son una categoría original, sino que se desarrollan en Europa, al menos desde el siglo XVIII, cuando las Luces de la Ilustración iluminan la realidad humana hasta descubrir que su estructura básica es la historicidad y extraer las consecuencias políticas de ello; pregúntenselo si no a las Caballeritos de Azcoitia.

Desde finales del siglo XIX, los Derechos Históricos son de sobra conocidos por el vasquismo, nacionalista o no, y para mí son tema permanente de investigación y exposición desde hace cuarenta años, la edad de la Constitución de 1978, cuyo 40 aniversario celebramos ahora. Su adicional Primera dice que los «reconoce y ampara», primera vez desde 1839 que la Constitución se abre al reconocimiento de los derechos históricos y de la foralidad y hace posible el más alto nivel de autogobierno vasco que hasta ahora ha habido. Si hoy se plantea la profundización de este gobierno es gracias a esa Constitución.

Por ello, no pueden extrañarse de encontrar, a lo largo de mi exposición, no solo ideas sino textos que ya figuran en anteriores publicaciones mías. Para servir la finalidad de la citada disposición Adicional inventé la categoría de «constitucionalismo útil», que también figura en el título de mi lección.

1. ¿Qué significa constitucionalismo útil?

Hay en efecto, dos maneras de entender el derecho y su función. Bien, una *ratio scripta* a la que ha de plegarse la realidad; bien como una flexible aproximación a la vida para encauzarla, sin estancarla, de la manera más pacífica posible. En el primer caso, el derecho funciona como un torturante lecho de Procusto que ha de ajustar el cuerpo social a sus medidas *et pereat mundus*. En el segundo, requiere una lógica de lo razonablemente eficaz; un ejercicio de finura más que de mecánica, *ut non pereat mundus*.

La primera reitera, en pro de unas normas exaltadas allende el cielo de las estrellas fijas y allí, en consecuencia, congeladas, las rígidas construcciones y,

más aún, las estimaciones del viejo Derecho Natural, por más que nieguen tal filiación.

La segunda concepción es más modesta. Considera que el derecho es un mero utillaje para la resolución de conflictos, como tal, obra de cultura y, en consecuencia, siempre relativa a su circunstancia y finalidad. Es decir, a su utilidad.

De la misma manera que el derecho mercantil sólo se explica si sirve para resolver los problemas del tráfico comercial y los conflictos de intereses que suscita, el derecho constitucional ha de servir para encauzar el proceso político, garantizando la paz que requiere estabilidad y el progreso obra de la Justicia y salvaguardar los derechos individuales y colectivos susceptibles de entrar en conflicto entre sí y con aquellos que ejercen el poder. Convertir el conflicto en consenso, la disparidad en unión, es la esencia de lo que R. Smend señaló, acertadamente, como finalidad última de la Constitución y del derecho constitucional: la integración política, haciendo, en consecuencia, de las instituciones constitucionales otros tantos factores de integración.

La Disposición Adicional Primera y sus categorías es claro que tampoco son revelación de un orden trascendente a la propia realidad histórica, sino otra herramienta susceptible de utilización para resolver un problema. Un problema que nadie podrá negar: el largo conflicto de raíz constitucional que se vive en el País Vasco, si bien debemos felicitarnos de que parece superada la fase violenta de dicho conflicto. La confirmación abolitoria 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. La ofensiva tiene sus raíces en el abandono, a partir de los Decreto de Nueva Planta, del politerritorialismo de la monarquía. Si, por su fidelidad a la dinastía borbónica en la Guerra de Sucesión, 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.

Sin embargo, el conflicto no surge hasta la eclosión del moderno constitucionalismo. Según ha expuesto magistralmente Gregorio Monreal, 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 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 dejar cabida a la organización foral. *El Código y el Fuero* como reza el título de Clavero 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.

tibles. Como recientemente ha puesto de relieve el profesor Laporta una y otra concepción responden a dos planteamiento 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 solo el conflicto inicial entre foralidad y constitucionalismo moderno, sino para iluminar el futuro de los Derechos Históricos, objeto de esta sesión.

Tal como se deduce del título de mi lección y del sentido entero de este Seminario la cuestión radica en la disposición Adicional Única del EAPV que reza así:

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

2. ¿Cómo identificar a ese nuevo sujeto, el Pueblo Vasco, titular de derechos adquiridos en virtud de su historia? Esto es, los Derechos Históricos ¿cuáles son?

Ahora que el valor de identidad adquiere creciente relieve en el constitucionalismo contemporáneo, atendamos en la senda abierta por el profesor Castells, a los factores más objetivos de identificación de una comunidad política: el territorio, la lengua y el derecho

En primer lugar los factores físicos: territorio y población y aquí surge ya una peculiaridad. El EAPV es contundente en cuanto al territorio de Euskadi al configurarlo abierto a la Comunidad Foral de Navarra (art. 2) y, eventualmente a otros territorios (art.8) Y ello se conecta con el otro factor físico, la población, como es sabido desde la obra de Brunner, generadora y calificadora del territorio a través de la identificación de un orden jurídico de acuerdo y paz. Porque el pueblo vasco, concepto que el EAPV recoge hasta hacer del mismo piedra angular de su sistema político (art. 1 y adicional única), excede de la población de los Territorios Históricos. Y tal asimetría y la consecuente tensión constituye una importante peculiaridad vasca. La entidad política organizada en el Estatuto de Autonomía que comentamos, tiende a ir más allá de sí misma, sea expandiéndose, sea articulándose con otras entidades o territorios que no se consideran ajenos al pueblo vasco. En todo caso un factor material, diría Smend, para la integración de su identidad.

Pero esta misma *vis expansiva* del espacio vasco, en función de una población étnica dispersa, le lleva a asumir una estructura politerritorial, permanente a lo largo de la historia y que hoy consagra el Estatuto en su artículo 2. Una complejidad que no impide una paralela vocación centrípeta (*Irurak bat*) que ha analizado y documentado el profesor Aguirreazkuenaga.

Ahora bien esa politerritorialidad es una policracia, porque los «territorios históricos» en el sentido de la Adicional Primera de la Constitución, muy distintos de las provincias, son otras tantas personalidades políticas, titulares de derechos (arts. 3, 24,2 y 37,2). No son la mera determinación espacial de la vigencia de una especialidad normativa como parecía deducirse del texto de las antiguas Compilaciones forales. Han pasado de ser «espacio» a ser «lugar» y se han substantivado en otros tantos *corpora politica*, eco de los viejos «cuerpos de provincia», que no son partes sino miembros integrantes de Euskadi (art. 2,1). La policracia fruto de la politerritorialidad se supera mediante el pacto que ya es una institución jurídica de corte foral.

Tras lo físico, lo cultural. El Estatuto destaca dos factores identificadores de un pueblo que harían las delicias de Savigny: el derecho civil foral, llamado así, según el Preámbulo de la ley vasca 3/1992, para indicar su condición de derecho «propio» y el euskera como lengua «propia» del pueblo vasco. En uno y otro cabe también señalar tensiones.

En el caso del derecho la tensión se produce entre el derecho foral prestatutario y el derecho civil postestatutario. El primero era, fruto de la hibernación producida por los viejos artículos 12 y 13 del Código Civil antes y después, respectivamente, de la reforma de 1974. Un derecho foral fragmentado por las Compilaciones y configurado como una ley personal determinada por la vecindad civil según los artículos 14 y 16,1 CC. El segundo, sobre la base del art. 10,5 EAPV se determina por la vecindad administrativa que se adquiere por residencia y tiende, por un lado, a potenciar el «realismo» de la ley local al que responde la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974 (dictamen del Consejo de Estado número 38.990, de 4 de abril de 1974); por otro, a la territorialización como factor material de integración. La ley vasca 3/1992 de Derecho Civil Foral, en su art. 10 y su interpretación tanto por el Consejo de Estado (dictamen nº 1537) como por el Tribunal Constitucional (AATC 196/1993 y 355/1993), avala estas interpretaciones a las que, en su día, dediqué algunas páginas.

Pero, además, ese derecho, foral por «propio», se emparenta con el muy elaborado derecho civil navarro recogido en el Fuero Nuevo de 1973 y sus rasgos más característicos, como la autonomía de la voluntad y la defensa de la propiedad familiar, saltan los Pirineos y se revelan en los derechos de Iparralde anteriores a la codificación francesa y aún vivos en residuos consuetudinarios

allí vigentes. No hay que ser filosabiniano de estricta observancia, basta con seguir las huellas de Savigny, para poder repetir con los historiadores Font Rius y Gregorio Monreal, «es evidente que existe a nivel jurídico el hecho étnico».

La lengua vasca no es materia de la vieja foralidad, la antecede, es tan natural como ella y se desarrolla junto con la misma. El mito historográfico del tubalismo reivindica su antigüedad españolista. De lengua legítimamente española la califica el padre Lerramendi en su *Coreografía de Guipúzcoa* (edición Tellechea Idígoras, página 279) y sólo la neoforalidad provincial del siglo XIX y primer tercio del XX tuvo el acierto de fomentar mediante la enseñanza su promoción como factor identitario.

En este caso la tensión asimétrica señalada respecto del territorio es aún más evidente. El euskera, hablado por menos de la tercera parte de la población de Euskadi es allí lengua oficial (art. 6,1 EAPV) y calificada como «lengua del pueblo vasco» que excede el territorio del propio Euskadi (art. 6,5 EACAPV), adquiere cooficialidad en Navarra (art. 9,2 LORAFNA y por ley foral 18/1986, de 15 de diciembre, modificada por la ley foral 2/2010, de 23 de febrero, y ley foral 9/2017, de 27 de junio) y la creciente presencia social en Iparralde al amparo de la normativa del Consejo de Europa sobre las lenguas minoritarias y la nueva normativa que responde a la reforma del artículo 75.1 de la Constitución francesa.

La doctrina distingue en la oficialidad de un idioma cuatro funciones: la forma jurídicamente relevante de los actos, el signo de la pertenencia voluntaria a una comunidad cultural, factor objetivo de reconocimiento de dicha pertenencia, bien cultural a tutelar, y en todas ellas resulta claro que su función identificadora es determinante. Ello es evidente cuando se trata de afirmar la pertenencia a una comunidad o de tutelar uno de sus factores de identificación como es el patrimonio lingüístico. Pero lo es más todavía cuando la reglamentación jurídica de la lengua como forma relevante de los actos jurídicos supone substituir el criterio económico de la mayor utilidad de un idioma por el criterio legal de preferencia por otra lengua. Esa opción legal no responde a criterios de utilidad sino de identidad. La lengua no se oficializa por ser más útil al grupo para su comunicación exterior e interior. Para ello bastaría dejar la opción a la libre competencia interlingüística, sino para la autoidentificación del propio grupo y a ello responde la política lingüística postestatutaria. Es, sin duda, más útil aprender inglés en la escuela local, que euskera, pero éste, como el danés, holandés o noruego en sus respectivos países, sirven para identificarse como miembros del propio pueblo y aquel solo a los pueblos de habla inglesa. El que la lengua minoritaria sea tenida y estimada como propia no es raro. Así fue el caso del hebreo en Israel durante varios años, hoy lo es del gaélico en Irlanda y del luxemburgués en Luxemburgo desde 1984, y, sobre todo, del hindi en la India, la más grande democracia del

mundo. Pero no debe olvidarse que el énfasis excesivo en una lengua minoritaria aun considerada como propia e identificadora de la comunidad plurilingüe puede provocar reacciones adversas que erosionen esa misma condición identificadora de la lengua propia.

El futuro de ambos factores de identificación y posible integración tampoco es evidente. Si el euskera se ha normalizado y expandido y considerado «lengua propia» incluso por quien no lo habla, es minoritario en toda Euskal Herría, y respecto al derecho privado siguen vigentes las reiteradas admoniciones de un gran conocedor de la materia, Adrián Celaya, respecto al déficit de su práctica y análisis doctrinal.

Pero la mayor amenaza que hoy sufre el derecho civil foral y no solo en Euskadi es la extensión de las normas mercantiles, exclusiva competencia del Estado según el artículo 149.1.6º de la Constitución a lo que tradicionalmente han sido relaciones civiles. Tal fue el tenor del proyecto de Código Mercantil elaborado por la Comisión General de Codificación que no prosperó gracias al dictamen contundente del Consejo de Estado (837/2014 aprobado el 29 de enero de 2015).

3. El examen, por somero que sea, de estos factores de identificación e integración arrojan un balance ambivalente lleno de «evidencias e incertidumbres» como reza el subtítulo del importante libro del profesor Castells sobre *El hecho diferencial de Vasconia*.

El territorio es indispensable e indiscutible, pero aparece fraccionado y siempre incompleto; la lengua propia es, a la vez, minoritaria; el derecho aun en vías de recuperación, transformación y asentamiento Y, pese a tamaña fragilidad todos ellos aparecen nimbados de un plus de significado, de un superávit de sentido. El territorio supera su fraccionamiento, *irurak bat*; la lengua se hace «propia» entre quienes la desconocen; y el derecho civil se territorializa.

Más allá de su materialidad, territorio, derecho civil foral y lengua, se caracterizan por su singularidad –de ahí el calificativo de «propio»–, su mutabilidad –en función de las diferentes circunstancias temporales– y la pasión afectiva que suscitan en el imaginario colectivo. Como señaló Castells en la obra antes citada, se enraízan en el indispensable sustrato foral. Y es en esa foralidad, aun trascendiéndola como el árbol trasciende a la raíz, donde tienen su origen los Derechos Históricos mediante una doble novación. Novación tanto objetiva porque cambia su contenido, como subjetiva porque cambian sus titulares.

Primero la 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 denominaré su versión existencial: la expresión jurídica de la personalidad política de un pueblo. No se trata ya de donde se ponen las aduanas o como se eligen las Diputaciones ni de la extensión de las competencias sanitarias por importante que hoy ello sea sino de una identidad diferenciada. 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 desciende genealógicamente; la autonomista, porque se articula como subsidiaria de aquella desde la propuesta de las Diputaciones en 1918 y se plantea como forma de actualización de estos; 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.

Segundo la novación subjetiva. 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 ha descrito el proceso de provincialización de la foralidad a lo largo del siglo XIX y primer tercio del siglo XX. Son las instituciones de las tres provincias vascas «cuerpos de provincia» junto con el Reino de Navarra lo que, al final del Antiguo Régimen, constituyen 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 Guipúzcoa y no Andoain 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 profesor Aguirreazkuenaga 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 que 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 Guipúzcoa. Tesis que yo defendí en 1987, sobre la base del propia Estatuto (v.gr. arts. 16, 17, 22.1.a/) y fue reconocida por el Tribunal Constitucional al año siguiente (STC 76/1988).

Los territorios forales que en el Código Civil, incluso tras la reforma de 1974, eran «espacio» de vigencia de una normas, se sustentan 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, el ilustrado por excelencia.

Los derechos históricos no se identifican claro está con las instituciones y las normas de los viejos Fueros, pero surgen de su historicidad. Esa categoría decantada, como antes dije, en la Ilustración y cuyos rasgos característicos son la singularidad de lo fáctico, su capacidad de mutación temporal y la afectividad ¿No es acaso su infungibilidad, su adaptación a las más diferentes circunstancias, algo en lo que más adelante insistiré y la pasión que ha suscitado y aun suscitan en el imaginario colectivo, lo que caracterizó la foralidad madura?

4. El resultado de todo ello es que el Pueblo Vasco se identifica, es decir se autodefine por su secular titularidad de unos derechos históricos. De nación foral le ha calificado recientemente el Lehendakari Urkullu. Unos derechos históricos de contenido en permanente evolución, pero con tres rasgos constantes, la identidad, la originariedad y su carácter paccionado.

Primero, la identidad propia y diferenciada del cuerpo político. Una identidad propia que no significa superioridad ni extrañeza, pero sí heterogeneidad e infungibilidad. La identidad es, en este como en otros casos, constituyente. No es sin duda inmutable. La identidad de una comunidad política evoluciona orgánicamente, pero no acepta la subitaneidad del tránsito ni es disponible. La identidad ni se inventa ni se improvisa ni se puede renunciar porque ello eliminaría la propia subjetividad de quien lo hiciera. Un cuerpo político no puede saltar al margen de su sombra sin perder sombra al amparo de la que cobijarse. ¿Imagínense ustedes al Parlamento Vasco sustituyendo el euskera como lengua propia por cualquier otra lengua europea?

Segundo, el carácter originario de la foralidad, esto es, mitos historiográficos aparte, su espontaneidad, como espontánea es la vida de un pueblo, diría Savigny. Y de ahí viene la originariedad que hoy se predica, incluso en el vigente bloque de constitucionalidad, de los derechos históricos. La disposición adicional primera de la Constitución «reconoce y ampara» los derechos históricos como ya preexistentes. No los crea, como crea al Tribunal Constitucional, entre otras tantas instituciones. La expresión paralela del artículo 10 de la Constitución Española, relativa a «derechos y libertades» que la Constitución «recono-

ce» pero evidentemente no crea, permite acuñar una nueva categoría a insertar en el bloque de constitucionalidad.

El ilustre y malogrado Ignacio de Otto señaló en su día que existían en dicho bloque «normas interpuestas» que condicionaban la creación de otras del mismo rango, primaban sobre ellas y servían de parámetro de constitucionalidad. Tal era el caso de los Estatutos de autonomía, aprobados por leyes orgánicas y que, sin embargo, priman sobre otras leyes orgánicas. Gran parte de la doctrina ha considerado que esta tesis ha sido rechazada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 26 de junio, relativa al recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña por la LO 6/2006, de 19 de julio. Sin embargo, a mi juicio dicha interpretación compartida por tirios y troyanos no es exacta. La citada sentencia puede interpretarse en otro sentido porque literalmente dice:

«Los Estatutos de Autonomía se integran en el ordenamiento bajo la forma de un específico tipo de ley estatal: la ley orgánica... La ley orgánica es en definitiva jerárquicamente inferior a la Constitución y superior a las normas infralegales dictadas en el ámbito de su competencia propia y es condición de la invalidez causada desde la Constitución respecto de aquellas normas que desconociendo la reserva de ley orgánica infringen mediatamente la distribución competencial ordenada desde la norma jerárquicamente suprema... Así las cosas, la posición relativa de los Estatutos respecto de otras leyes orgánicas es cuestión que depende del contenido constitucionalmente necesario y, en su caso, eventualmente posible de los primeros».

Esto es, la Sentencia no aplica mecánicamente la relación entre leyes orgánicas atendiendo a que la posterior deroga la anterior sino que se remite al principio de competencia tal como se establece o pudiera establecerse por el Estatuto de Autonomía respectivo en virtud de la «distribución competencial basada en la Constitución siempre jerárquicamente superior» (FJ 3). Y la misma Sentencia recuerda que como ya estableció la 247/2007, de 12 de diciembre, el Estatuto puede tener un contenido adicional a lo que resulta expresamente de un mandato constitucional o de una autorización explícita del constituyente (FJ 4).

Sobre esta pauta, yo propuse años ha, la categoría de «normas superpuestas», ajenas a la Constitución, a las que la Constitución se remite pero que ni el propio constituyente puede derogar, porque tampoco las creó. Tal sería el caso de la foralidad reconocida en la Disposición Adicional primera. Y el profesor Clavero señala el paralelo canadiense que reconoce este tipo de normas en los tratados con las naciones aborígenes.

Tercero, su condición paccionada se da en su autodisposición interna y externa, mediante pacto interior y exterior. Prueba de lo primero es la génesis del Consejo General Vasco en 1979 y los artículos 2.1 y 3 del mismo Estatuto, que

muestran lo que un gran comparatista italiano, Antonio Lapergola, denominaría «huellas de pactismo en un texto unitario». Y prueba de lo segundo la misma relación con el Estado, como queda claro en el carácter paccionado de la ley de 1841 de Navarra, el otro territorio foral, carácter mucho tiempo discutido y formalmente reconocido en el vigente Amejoramiento del Fuero de 1983 y en la decantación del Concierto Económico vasco, resto de la foralidad en tiempos abolicionistas y, con razón, calificado ya por la doctrina de «nuevo derecho histórico. Expresamente reconocido en el Amejoramiento navarro está implícito respecto del Estatuto vasco en lo dispuesto en el artículo 152 de la Constitución.

En cuanto a su actualización y desarrollo, son un a priori formal que exige pactar su contenido. Exigen el pacto, y su contenido es lo pactado, afirmó García de Enterría a la hora de reconocer como vigentes categorías tales como las de derechos históricos y leyes paccionadas, concepto este último cada vez más difundido en el Derecho público.

El principio pacticio exige, primero, negociar y acordar lo que hay que decidir; segundo, lealtad a lo pactado de acuerdo al principio de buena fe; y, tercero, que la interpretación, y más aún la modificación de lo pactado, no puede quedar, directa o indirectamente, al arbitrio de una de las partes, sino ser, a su vez negociada y acordada.

Ahora bien ¿El pactismo, esencia del derecho privado, es compatible con el derecho público del Estado constitucional construido sobre el principio de legalidad? La pregunta resulta ociosa ante la evolución del derecho público de nuestros días, en gran medida supradeterminado por un derecho internacional cuya institución fundamental, incluida su versión comunitaria es el pacto. Y las principales ramas del derecho del Estado optan en extremos capitales por las técnicas negociales y las soluciones pactadas. Así en el derecho procesal, desde finales del siglo XIX la práctica y la doctrina conocen los denominados contratos procesales; la administración tributaria negocia con los grandes contribuyentes para asegurar una más eficiente recaudación; por influencia norteamericana el derecho penal y la penología admiten y fomentan los acuerdos entre la acusación pública y los procesados y aun condenados arrepentidos y colaboradores con la justicia; y la administración concertada está a la orden del día en la planificación del espacio y en la prestación de servicios. Incluso el derecho de la regulación que supone una retirada de los poderes públicos de campos antes sometidos a su mayor intervención, adoptan técnicas negociales. ¿Ante semejante panorama como rechazar las virtualidades del pactismo en el derecho constitucional donde ya se reconoce formalmente en relación con Navarra, la existencia de leyes paccionadas y la jurisprudencia lo ha reconocido en relación con el Concierto Económico Vasco?

5. ¿Y cuál es la incidencia de todo ello en el derecho a decidir ¿Qué es en realidad éste? La autoidentificación, autodelimitación y, sobre todo la autodecisión sobre la forma del propio vivir colectivo. Es decir la decisión soberana que hoy se define como la competencia de la competencia. Esto es, la capacidad de decidir sobre qué competencias se tienen, cuáles se delegan, cuáles se comparten, cuáles se recuperan. Y este es el concepto más acorde con la realidad política y jurídica de nuestros días; un concepto que requiere dos matizaciones, relativas tanto a su finalidad como a sus ejercicio.

En cuanto a lo primero, la competencia, toda competencia supone una atribución de potestad, esto es, una capacidad de hacer –lo que Duguit calificaba de «energía»–, y es claro que todo hacer es intencional, esto es, responde a una causa final. El actuar es teleológico. A mi juicio, que comparto con el padre del realismo americano Hans Morgenthau, hoy la soberanía tiene como principal objetivo la defensa de la propia identidad, valor en alza en el constitucionalismo comparado.

Volviendo a los términos y las categorías ante expuestos resulta que la autodecisión garantiza la autoidentificación que en el caso vasco pende de los Derechos Históricos. Y los Derechos Históricos se actualizan mediante pacto, esto es codecisión. Una palabra peligrosamente erizada de pico y garras cuya peligrosidad la esteriliza. El principio pacticio es capaz de hacer del derecho a decidir una pacífica y fecunda expresión «de tiro», útil al cultivo de la propia identidad en el seno de la convivencia.

¿Así entendidos que es lo que los Derechos Históricos del Pueblo Vasco pueden aportar a la profundización de su autogobierno, objeto último de este Seminario? A mi juicio cinco importantes elementos a desarrollar en la futura actualización del régimen autonómico de Euskadi.

Primero, el reconocimiento, en el bloque de constitucionalidad del Estado de la identidad del Pueblo Vasco, una identidad singular, diferenciada, constituida, esto es determinada y configurada, por la titularidad de tales derechos. Los Derechos Históricos servirían así –y no fue otra la intención de los redactores de la Adicional Primera de la Constitución– de engranaje entre el sustrato foral y el constitucionalismo del Estado moderno.

Segundo, mediante su completa actualización los derechos históricos dejarían de ser un impreciso horizonte reivindicativo para la definitiva legitimación del autogobierno vasco.

Tercero, la bilateralidad de la relación con el Estado.

Cuarto, el carácter pacticio de tal relación. Esto es su inderogabilidad e inalterabilidad unilateral de lo pactado, tanto por parte del Estado como por parte

de las instituciones vascas. De ahí que la actualización prevista en la Adicional única debería hacerse, previa cuidadosa y prudente preparación política, doctrinal y jurisprudencial, por la vía prevista en el artículo 152 de la Constitución.

Quinto, se trata de un pacto de Estado que inserta a las partes en un nuevo orden de vida. El Estado y el Pueblo Vasco, institucionalizado en Euskadi, asumen la existencia de un cuerpo político, Euskadi, inescindible del Estado español concurrente y participe en sus instituciones que son comunes, pero nunca disuelto en el mismo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRREAZKUENAGA, Joseba, *La articulación político-institucional de Basconia. Actas de Las conferencias firmadas por los representantes de Álava, Vizcaya, Guipúzcoa y, eventualmente, de Navarra (1875-1936)*, Bilbao, 1995, especialmente el denso Estudio preliminar pp. 1-87.

BRUNNER, Otto, *Land und Herrschaft*, Viena, 1965, 5ª ed.

CASTELLS, José Manuel, *El hecho diferencial de Vasconia*, San Sebastián, 2007.

CLAVERO, Bartolomé, *El Código y el Fuero*, Madrid, 1983.

-Reconocimiento de la Constitución Vasca interforal en la Constitución Española. En VVAA, *La cuestión foral ayer y hoy, (Jornada celebrada en Vitoria-Gasteiz el 26 de enero del 2016)* Vitoria-Gasteiz: Parlamento Vasco, 2016.

DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Prólogo a Del Burgo, Jaime Ignacio, *Introducción al estudio del Amejoramiento del Fuero (Los Derechos Históricos de Navarra)*, Pamplona, 1987.

HERRERO, Miguel, *Idea de los Derechos Históricos*, Madrid: Austral, 1991.

-*Derechos Históricos y Constitución*, Madrid: Taurus, 1998.

-Los derechos Históricos y el Principio Pacticio, *Ius Fugit. Revista de Estudios histórico-jurídicos de la Corona de Aragón*, 15 (2009).

LAPORTA, Francisco Javier, Los Derechos Históricos en la Constitución. Algunos problemas teóricos. En Laporta y Saiz, Francisco Javier, *Los Derechos Históricos en la Constitución*, Madrid, 2006.

LARRAMENDI, Manuel de, *Sobre los Fueros de Guipúzcoa*, ed. Tellechea Idígoras, San Sebastián: Real Sociedad Vascongada de Amigos del País, 1983.

-*Coreografía de Guipúzcoa*, San Sebastián, 1979.

MONREAL, Gregorio, Fueros en los territorios vascos y unidad constitucional española. En Arbaiza (ed.), *La cuestión vasca. Una mirada desde la historia*, Bilbao, 2000.

MORGENTHAU, Hans, Another 'Great Debate' The National Interest of the United States, *The American Political Science Review* XLVII, 4 (1952), pp. 961 ss.

SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich, 1928.