

CONSECUENCIAS Y LÍMITES DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE LOS TERRITORIOS FORALES (*)

JAVIER CORCUERA ATIENZA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS FUEROS EN LA TRADICIÓN NACIONALISTA Y EN LA CONSTITUYENTE.—3. LA FORALIDAD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DEL PAÍS VASCO Y EN LA LEY ORGÁNICA DE REFORMA Y AMEJORAMIENTO DEL FUERO DE NAVARRA: 3.1. *Por qué invocar la disposición adicional primera.* 3.2. *Diseño estatutario de las competencias asumidas invocando el título foral:* a) *El Concierto Económico.* b) *Los Territorios Históricos.* c) *Otros: educación y policía autonómica.*—4. LA CONSTRUCCIÓN LEGISLATIVA DE LA FORALIDAD VASCA: 4.1. *Foralidad, Estado y Comunidad Autónoma.* 4.2. *Construcción de la foralidad provincial: Los Territorios Históricos.* 4.3. *Sobre la naturaleza de las Normas Forales.* 4.4. *Foralidad, Comunidad Autónoma y Territorios Históricos.*—5. LA DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—6. LOS LÍMITES DE LA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS.

1. INTRODUCCIÓN

Son muchas y de diversa naturaleza las formas de acercarse al estudio de los Derechos Históricos que la Constitución ampara y respeta en su disposición adicional primera. Se tratará aquí, sin olvidar la Historia ni la Política, de analizar sobre todo los aspectos jurídicos, tema que abordaré desde una perspectiva especialmente atenta a la vertiente histórica, analizando el proceso de construcción de la foralidad constitucional y poniendo de manifiesto los problemas que se han ido planteando a lo largo de él.

En el primer trabajo que publiqué sobre esta materia, en el número 11 de esta Revista, me referí al carácter equívoco que ha tenido el término «fueros», desde mucho tiempo antes de que la foralidad tuviera acogida en la legislación

(*) Trabajo realizado en el marco de la Subvención General a grupos consolidados 9-UPV00114.114-13655-2001.

del Estado constitucional. El término alude a una específica articulación jurídica, y en este sentido expresa algo concreto y definible. Pero su evocación implica, además, la mención a algo mucho más impreciso (la singularidad vasca, el autogobierno histórico, la independencia originaria, lo vasco...) cuya definición o cuyo sentido cambian en función de quien lo utilice. El juego entre los fueros-instituciones concretas y los fueros-significante de la vasquidad permite continuamente redefinir la historia que fue y convertirla en título que da derecho a lo que se requiera en cada caso. «Hay que insistir en el carácter abierto del concepto: no es de ningún modo una esencia abstracta, purificadora; es una condensación informe, inestable, nebulosa, cuya unidad y coherencia dependen sobre todo de su función» (1).

No era fácil sospechar, en noviembre de 1975, que la temática foral hubiera de tener alguna importancia en la España democrática que se avecinaba. Para la generalidad de la población, vasca o no vasca, los Fueros formaban parte del acervo ideológico del régimen nacido tras la Guerra Civil. Los propios nacionalistas vascos que, como veremos, vincularon históricamente sus objetivos con una idea de la foralidad, sólo los evocaban en publicaciones de consumo interno. Por eso cuando el PNV realiza, en marzo de 1977, su primera Asamblea Nacional tras la legalización, acoge su doctrina tradicional y asume la «interpretación soberanista de la foralidad» confirmando el lema histórico *Jaungoikua eta Lagizarra*, Dios y Ley Vieja, como «expresión que conjuga una concepción trascendente de la existencia con la afirmación de la Nación Vasca, cuyo ser político ha de expresarse a partir de la recuperación de la soberanía contenida en el régimen foral» (2). Pero este tipo de afirmaciones no parece prefigurar ninguna intención de utilizar políticamente la reclamación foral: después de las elecciones de junio de 1977, la dirección nacionalista se niega a impulsar una campaña en pro de los fueros porque el «planteamiento y terminología empleados tal vez recuerden un período ya superado, como es el carlismo» (3).

Ello no implicaba renunciar a que la autonomía futura acogiera determinadas instituciones de raíz directa o indirectamente foral: nadie discutía que hubiera una organización provincial basada en una Diputación y, sobre todo, en

(1) ROLAND BARTHES: «Le mythe aujourd'hui», en *Mythologies*, Ed. du Seuil, Paris, 1957, pág. 9. Véase un desarrollo de esta idea en mi artículo «La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y Autonomía», *REDC*, número 11, 1984, págs. 10-14.

(2) EAJ-PNV: *Documentos de la Asamblea Nacional. Jokabidea. Planteamiento*, marzo 1977, Itzaropena, Zarauz, pág. 25.

(3) SANTIAGO DE PABLO, LUDGER MEES y JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ RANZ: *El péndulo patriótico. Historia del Partido Nacionalista Vasco, II: 1936-1979*, Barcelona, Crítica, 2001, pág. 353.

unas Juntas Generales, y los nacionalistas tenían claro que deseaban el Concierto Económico como sistema de financiación. De hecho, el Gobierno central empezó a caminar por esta senda tempranamente, incluso en época no democrática (4). Así pues, todo parecía indicar que la autonomía vasca recogería elementos vinculados con la historia, aunque nadie pensaba en buscar para ella una legitimidad inspirada en la foralidad. De hecho, cuando la Asamblea de Parlamentarios Vascos menciona a «los Derechos Históricos constantemente reclamados por el Pueblo Vasco», en la exposición de motivos del Proyecto de organización autonómica adoptado el 17 de septiembre de 1977, no es para urgir su cumplimiento sino, para señalar que su reconocimiento ya ha tenido lugar (5).

Pero las cosas cambiaron radicalmente pocos meses después, y foralidad y derechos históricos se convirtieron en la columna vertebral de las intervenciones nacionalistas en la constituyente.

2. LOS FUEROS EN LA TRADICIÓN NACIONALISTA Y EN LA CONSTITUYENTE

Por razones en buena medida casuales, los nacionalistas deciden basar su estrategia en el debate constituyente en la afirmación de un derecho vasco a la autonomía anterior a la Constitución, para cuya justificación recurren a un discurso coherente en boca de los fueristas de 1876, pero difícilmente comprensible en

(4) El primer paso es la creación por Decreto 3142/1975, de 7 de noviembre, del Ministerio de la Gobernación, de una Comisión para el estudio de las medidas a adoptar para el restablecimiento de un régimen especial para Vizcaya y Guipúzcoa. Son resultado de sus trabajos sendos Decretos-Leyes, uno de 30 de octubre de 1976 (BOE de 6 de noviembre), que deroga el DL de 23 de junio de 1937 que abolió el régimen económico-administrativo de Guipúzcoa y Vizcaya y otro RDL de 4 de marzo de 1977 (BOE del 17) que instaura las Juntas Generales de estas dos provincias. Sobre esto véase RAMÓN MARTÍN MATEO: «La gestación del régimen administrativo especial para Vizcaya y Guipúzcoa», *RAP*, número 82, 1977, págs. 313-325. Puede verse también el contenido y comentario sobre estas y otras medidas de la época en J. CORCUERA: *Política y Derecho, la construcción de la autonomía vasca*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 95 y sigs.

(5) Puede verse en VIRGINIA y CARLOS TAMAYO SALABERRÍA: *Fuentes documentales y Normativas del Estatuto de Gernika*, Vitoria, pág. 75: «(...) Producida una transformación de sentido democrático en las estructuras del Estado; puesta en marcha la restitución de la soberanía del Pueblo, y reconocidos los Derechos Históricos constantemente reclamados por el Pueblo Vasco, se hace preciso el establecimiento de un sistema transitorio mediante el cual se transfieran a órganos representativos propios determinadas facultades, hasta que se sienten las bases para el establecimiento de un Régimen Autónomo (...)».

1978 (6). Diversas razones explican que pudieran recurrir a tal lenguaje y que los no nacionalistas lo aceptaran. Por lo que a esto último respecta, la posición del PNV como cabeza de familia del *abertzalismo* le convertía en elemento imprescindible a la hora de intentar la reconducción hacia la democracia del nacionalismo radical. La necesidad de incorporarlo al consenso constitucional le atribuía un exceso de representación y una extraordinaria capacidad de presión. Para entender aquel lenguaje nacionalista, no puede olvidarse la tradición política del partido, cuya reclamación de la independencia se justificó siempre en nombre de los Fueros y se enmascaró tempranamente bajo la demanda de la reintegración foral plena.

Sabino de Arana basa su afirmación de la nación vasca y del derecho que tiene a la independencia en una relectura en clave nacionalista de la tradición fuerista. Si, desde el siglo XVI hasta finales del XIX, el fuerismo había argumentado la defensa de la foralidad de los territorios vascos en nombre de su independencia originaria y su voluntaria entrega a Castilla, Arana considera que los fueros eran la independencia, y que ésta se mantuvo hasta que la Ley española de 25 de octubre de 1839 los confirma sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía. A partir de entonces, dejan de expresar la soberanía primitiva, y sobreviven gracias a una concesión española.

La necesidad de aparentar una aspiración compatible con la legalidad lleva tempranamente al PNV a negar como objetivo formal del partido la independencia de Euzkadi. La meta nacionalista será conseguir la vuelta a la situación anterior a la Ley de 25 de octubre, la «reintegración foral plena»: si los territorios vascos fueron independientes hasta aquella Ley, la derogación de ésta supondría recuperar la soberanía.

Recuperar en 1977-1978 el discurso fuerista llevaba a poner en cuestión al sistema constitucional por no reconocer los específicos derechos vascos al autogobierno: como decía uno de los *slogans* utilizados en la campaña del referéndum constitucional, «la Constitución vulnera nuestros Fueros. (...) Defiende los Fueros. Abstente» (7). Una vez conseguido un texto constitucional que permitía al País Vasco acceder inmediatamente a una autonomía plena, garantizada en un Estatuto cuya tramitación es negociada básicamente de forma bilateral, los nacionalistas buscan un argumento para no aprobar la Constitución. Lo encontra-

(6) El que fuera portavoz nacionalista en el Senado durante la Constituyente, Mitzel Unzueta, recordaba en unas jornadas organizadas en San Sebastián sobre los Derechos Históricos cómo, tras decidir la estrategia, estuvieron los parlamentarios nacionalistas leyendo a Sagarní naga, líder del fuerismo intransigente en 1876. (Intervención oral en el coloquio del último día en el primero de los cursos organizados por Ernest Lluch y Miguel Herrero de Miñón en San Sebastián en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco en 1997).

(7) Anuncio del PNV aparecido en *Egin* el 19 de octubre de 1978.

ron en la disposición adicional primera. Como luego afirmó su entonces portavoz en el Congreso de los Diputados, no se quería el arreglo (8), y por eso se insistió en exigir que el reconocimiento de los derechos históricos no estuviera constreñido a su actualización en el marco de la Constitución, rechazando las diversas fórmulas de acuerdo a las que parecía que se había llegado (9).

Al margen de la especial trascendencia de los aspectos político-ideológicos en el debate constitucional de la foralidad, la disposición adicional primera incorporaba, también, cuestiones de aplicabilidad más inmediata. Amparar y respetar los derechos históricos de los territorios forales implicaba reconocer la foralidad existente en Álava y en Navarra: ésta mantenía sin solución de continuidad su régimen foral actualizado en 1841, y la primera conservaba el Concierto Económico. Ambas situaciones parecían así constitucionalmente aseguradas, al tiempo que se confirmaba la posibilidad de que Guipúzcoa y Vizcaya pudieran recuperar el Concierto que tuvieron hasta 1937.

En resumen, si la mención a los derechos históricos nació como intento de buscar la incorporación de los nacionalistas vascos al consenso constitucional, fue precisamente la disposición adicional primera de la Constitución el argumento alegado por aquellos para no aceptarla. Pese a todo, pronto empezaría a ser invocada para singularizar el sistema autonómico vasco, e iría aumentando su ámbito de influencia a impulso de las necesidades políticas (no sólo de los nacionalistas) además de, por supuesto, ser instrumento para particularizar la autonomía navarra.

3. LA FORALIDAD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DEL PAÍS VASCO Y EN LA LEY ORGÁNICA DE REFORMA Y AMEJORAMIENTO DEL FUERO DE NAVARRA

3.1. *Por qué invocar la disposición adicional primera*

El proyecto de Estatuto de Autonomía aprobado por la Asamblea de Parlamentarios Vascos refleja la escasa virtualidad que se atribuía a la disposición

(8) X. Arzálluz se refería así a la disposición adicional primera de la Constitución en declaraciones recogidas en *El País* de 4 de marzo de 1985: «Me acuerdo que cuando pusimos aquella disposición adicional en la Constitución, que fuimos Mitzel Unzueta y yo lo que esclarecimos la estrategia de cómo no tener que decir sí a la Constitución, y pusimos esta fórmula, y no la de autodeterminación, porque creíamos que así echábamos encima de ellos la carga de la prueba, y no nos iban a dar, como sucedió, y tendríamos efectivamente un motivo serio y perfectamente explicable de no aceptar la Constitución».

(9) Véase el proceso de aproximaciones y alejamientos sobre esta materia durante el proceso constituyente en mi artículo «La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y Autonomía», *cit.*, págs. 9-38.

adicional primera de la Constitución. En su texto, los Derechos Históricos se mencionan únicamente en una disposición adicional en virtud de la cual «la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los Derechos que, como tal, le pueden corresponder en virtud de su Historia y de su voluntad de autogobierno» (10). La disposición revela, por su contenido y por su carácter de adicional, que el tema de los derechos históricos tenía una significación puramente ideológica con más trascendencia política que jurídica. Sin embargo, pronto manifestó su utilidad en este terreno.

El Estatuto había de definir competencias en materias en que la Constitución llamaba a Ley Orgánica, y la necesidad de prefigurar estatutariamente cuestiones que, luego, habrían de imponerse de hecho al legislador orgánico planteaba no pocos problemas (piénsese en los casos de la Policía Autonómica, Concierto Económico y Territorios Históricos). Para impedir que el caso se replanteara a la hora de aprobarse otros Estatutos, se particularizó la autonomía vasca apelando a la disposición adicional primera de la Constitución en aquellas materias y en la de Educación.

Ello permitió al Estatuto vasco tener una singularidad muy trascendente particularmente en los tres primeros terrenos: en el caso de la policía autonómica, la definición estatutaria de las materias de carácter extracomunitario o supracomunitario parecía garantizar la ulterior creación de una policía autonómica con carácter de policía integral. Más importante era la regulación estatutaria del Concierto Económico, que garantizaba una autonomía económica muy superior a la permitida por el de Álava, y establecía un procedimiento pactado entre los gobiernos central y autonómico para decidir sobre las cuestiones más importantes de su diseño y de su funcionamiento. La definición de la autonomía foral de los ahora llamados Territorios Históricos quedaba abierta, y era susceptible de desarrollos en que la trascendencia de las instituciones autonómicas o de las forales podía ser muy diferente. La nueva foralidad estatutaria implicaba, pues, que la actualización de los Derechos Históricos suponía, no sólo una redefinición competencial e institucional de las Provincias, titulares históricas de los Fueros, sino que permitía también una novación del sujeto titular de Derechos Históricos, que pasaba a ser la Comunidad Autónoma en aquellas materias en que el Estatuto lo establecía.

En el caso de Navarra, la excepcionalidad foral es, en buena medida mayor,

(10) En la Comisión Mixta fue enmendada la redacción de la adicional, suprimiendo el último inciso relativo a la voluntad de autogobierno y modificando la definición de los derechos que al Pueblo Vasco «le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico».

dado que accede a la Autonomía gracias a una interpretación constitucional que vuelve a poner de manifiesto la importancia de la política en el arranque de nuestro sistema autonómico (11). Navarra mantenía una autonomía económico-administrativa derivada de la Ley de 16 de agosto de 1841 que aprueba la modificación de sus Fueros, en aplicación de la Ley de 25 de octubre de 1839. El hecho de que la disposición derogatoria segunda de la Constitución mantuviera para Navarra la vigencia de esta última ley permitió entender que el viejo Reino podía desarrollar su régimen de autogobierno al margen de los procedimientos previstos constitucionalmente para acceder a la autonomía. El párrafo primero de la disposición adicional primera de la Constitución, que señala que ésta ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales, unido a la referida derogatoria, permitió obviar la aplicación del párrafo segundo de la citada adicional, que indicaba que la actualización general del régimen foral había de llevarse a cabo en el marco de la Constitución y *de los Estatutos de Autonomía*.

Al margen de las eventuales dudas sobre la inconstitucionalidad del procedimiento (12), y al margen de la temprana consideración por parte del Tribunal Constitucional de que la autonomía navarra no es de naturaleza distinta a la de las otras dieciséis Comunidades (13), la vía seguida supone admitir que la invocación de los derechos históricos permite poner entre paréntesis a determinados aspectos de la Constitución, lo que facilitó el que se complicara extraordinariamente, luego, el debate sobre el alcance del reconocimiento constitucional de la foralidad. En todo caso, dado que el titular de los derechos históricos navarros es una comunidad dotada de potestad legislativa, se reducen muy notablemente en ella los problemas jurídicos que plantea en el País Vasco la especial posición de los Territorios Históricos. Ello hace que, en lo sucesivo, me centre fundamentalmente en el análisis de esta última Comunidad.

(11) Sobre ello, véase JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA: «Proceso autonómico y observancia de la Constitución», *REDC*, núm. 15, 1985, págs. 32 y sigs.

(12) Valga, por todas, la mención a F. TOMÁS Y VALIENTE, para quien: «Quizá pudiera especulativamente dudarse de la escrupulosa constitucionalidad del peculiar proceso de acceso de Navarra a su actual régimen autonómico (...)». *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988. Se cita aquí en la edición de sus *Obras Completas*, CEPC, Madrid, 1997, vol. III, pág. 1853.

(13) «La Comunidad Foral Navarra se configura, pues, dentro de ese marco constitucional, como una Comunidad Autónoma con denominación y régimen específicos, que no excluyen su sometimiento, como las restantes Comunidades Autónomas, a los preceptos constitucionales que regulan el proceso autonómico» (STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ. 3).

3.2. *Diseño estatutario de las competencias asumidas invocando el título foral*

a) *El Concierto Económico*

La principal especificidad vinculada con la foralidad es el Concierto Económico. Su regulación estatutaria modifica la normativa histórica al definir la aportación de la Comunidad al Estado como pago de las cargas asumidas por éste y no por aquélla. El sistema anterior obligaba a las haciendas provinciales, que recaudaban los impuestos concertados, a pagar un cupo para compensar las cantidades que hubiera ingresado el Estado de haberse encargado de la recaudación. El nuevo procedimiento, que incrementa de manera muy notable la financiación de las haciendas forales, mantiene la componente bilateral que caracterizó históricamente la negociación entre ambas partes, y salva el principio de legalidad al señalar que tanto el Concierto como el cupo se aprobarán por ley.

b) *Los Territorios Históricos*

El Estatuto regula de forma extraordinariamente imprecisa a los Territorios Históricos. El artículo 37 EAPV se limita a decir que sus órganos forales «se regirán por el régimen jurídico privativo de cada uno de ellos», añadiendo que «lo dispuesto en el presente Estatuto no supondrá alteración de la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias de los regímenes privativos de cada Territorio Histórico». No parece que estas expresiones permitan entender cuál es tal naturaleza, sobre todo si tenemos en cuenta que es el Estatuto quien está haciendo nacer dicho régimen privativo. Tampoco es fácil saber algo de las Instituciones forales. El artículo 3 EAPV enfatiza que cada Territorio Histórico podrá «conservar o, en su caso restablecer y actualizar su organización e instituciones privativas de autogobierno», pero en el capítulo que trata «De las Instituciones de los Territorios Históricos» no las cita por su nombre, limitándose a hablar de los criterios exigidos para la elección de «los órganos representativos de los Territorios Históricos» (14). Finalmente, las competen-

(14) Las Juntas Generales sólo son mencionadas en el artículo 10.3, al definir la competencia exclusiva de la CA para aprobar la legislación electoral interior que afecte al Parlamento Vasco, Juntas Generales y Diputaciones Forales, y en el 47, relativo al procedimiento de reforma del Estatuto cuando no afecte a las relaciones CA-TTHH. Además de esa mención en el artículo 10.3, las Diputaciones Forales son mencionadas en los artículos 10-34, que les reconoce competencias en materias de carreteras y caminos, 17.2. 8 (eventuales competencias de las Diputaciones Forales en la policía autonómica) y 41.2.b) relativo al Concierto.

cias de los Territorios se definen con semejante imprecisión, atribuyéndoles el artículo 37.3 EAPV como exclusivas competencias que el propio Estatuto define como propias de la Comunidad Autónoma (15).

En resumen, de la lectura del Estatuto se deduce que se quiso atribuir relevancia a los Territorios Históricos, pero que no se supo, no se pudo o no se quiso definirlos. Pudo haber razones ideológicas y, por supuesto, tampoco faltaron las razones políticas (16), pero, quizá sobre todo, no existía en 1978 suficiente reflexión jurídica sobre el tema, faltaban referencias históricas y la premura con que se abordó la redacción del Estatuto impedía llegar a ningún acuerdo político al respecto.

La contradictoria, imprecisa y enfática afirmación estatutaria de la foralidad tiene como manifestación más rotunda la inclusión de las Instituciones de los Territorios Históricos en el Título II del Estatuto, que trata «de los Poderes del País Vasco». Y la imprecisión de la naturaleza de la foralidad estatutaria se confirma en el capítulo V de ese Título II, «del control de los poderes del País Vasco», que prevé la creación de una comisión arbitral para solucionar los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre las instituciones de la Comunidad Autónoma y las de cada uno de sus Territorios Históricos. La comisión, nuevamente, estaba integrada por representantes designados por los respectivos poderes ejecutivos, autonómico y forales, bajo la presidencia del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, y la interpretación de su naturaleza presentaba no pocos problemas (17).

c) *Otros: educación y policía autonómica*

La atribución a la Comunidad Autónoma de la competencia en materia de

(15) Véase JESÚS LEGUINA VILLA: «Los Territorios Históricos Vascos: poderes normativos y conflictos de competencias», *REDC*, núm. 3, 1981, págs. 82-84.

(16) La posibilidad, entonces alcanzable, de incorporar a Navarra al sistema autonómico vasco obligaba a definir una estructura autonómica que permitieran disfrutar de una amplia autonomía a los territorios de la Comunidad. La posición de Álava, donde históricamente habían sido mayores las reticencias hacia la autonomía vasca, y el Concierto permitía una notable autonomía provincial que muchos alaveses querían mantener, obligaba también a dejar abierta la definición del sistema de articulación Comunidad-Territorios.

(17) Supuesta la prohibición constitucional de establecer jurisdicciones especiales, parecía difícil considerarla un órgano jurisdiccional, que resolviera los problemas que se le plantearan cerrando el paso a los tribunales contenciosos ordinarios o, en su caso, introduciendo un nuevo sistema de control de las leyes, pese al monopolio que en la materia tiene el Tribunal Constitucional. Si fuera un órgano administrativo, se arriesgaba a nacer como un órgano inútil, precisamente porque la composición que pudiera intentar sería susceptible de recurso. Mencionaremos luego cómo se resolvieron estas cuestiones.

«la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados» se realiza «en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Constitución» (artículo 16 EAPV). Esta invocación a los Derechos Históricos expresa la importancia que daban a esta materia tanto los representantes de la Comunidad que se estaba constituyendo como los del Estado. Sin embargo, la competencia se atribuye «sin perjuicio del artículo 27 CE y Leyes Orgánicas que lo desarrollen» y de las facultades que el artículo 149.1-30 CE atribuye al Estado. Ello hace que, aquí, la adicional primera CE no tenga más virtualidad que la de enfatizar la importancia que la competencia de educación tiene para el País Vasco, pero no prefigura más capacidad de intervención de la Comunidad que la que habría de tener, por ejemplo, Cataluña, cuyo Estatuto asume competencias en esta materia en los mismos términos (salvo, obviamente, la mención a la referida adicional).

Mayor importancia tiene la regulación estatutaria de la Policía Autónoma, asumida en el artículo 17 EAPV «mediante el proceso de actualización del régimen foral previsto en la Disposición Adicional Primera de la Constitución». En esta materia, como hemos dicho, la invocación de los derechos históricos permite a la regulación estatutaria concretar determinadas cuestiones que habrían de condicionar, así, el contenido de la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (18).

4. LA CONSTRUCCIÓN LEGISLATIVA DE LA FORALIDAD VASCA

Sobre el relativamente impreciso diseño estatutario, será el legislador, central o autonómico, quien configure la foralidad. Ello afectará a las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma (además de a las existentes entre el primero y los Territorios Históricos) y a las que se establecieron entre la Comunidad y los Territorios Históricos.

(18) La enumeración que el 17.1 realiza de los servicios policiales de carácter supracomunitario o extracomunitario es susceptible de ser entendida como formulada a modo de ejemplo, aunque era previsible que, como así sucedió, implicara la definición de las únicas materias de las que quedaría excluida la intervención de la futura Ertzaintza. El Estatuto define, por otra parte, una Junta de Seguridad formada por igual número de representantes del Estado y de la Comunidad, y deja en manos de ésta la posibilidad de refundir en un solo Cuerpo a las policías forales de los tres territorios (preexistentes en el caso alavés, y creadas por el propio Estatuto en Guipúzcoa y Vizcaya).

4.1. *Foralidad: Estado y Comunidad Autónoma*

Como hemos dicho, el principal aspecto que, justificado en nombre de la foralidad, caracteriza a las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco, es el Concierto Económico. El desarrollo legislativo en esta materia (19) ha concretado la regulación estatutaria subrayando extraordinariamente lo que va a constituir uno de los elementos básicos de la novísima foralidad estatutaria: la trascendencia de la bilateralidad y la reducción del papel de los legislativos. Los negociadores del Concierto de 1981 dedujeron de la regulación estatutaria («el Concierto se aprobará por ley») que existen dos actos diferentes: el acuerdo o concierto negociado entre representantes de las administraciones estatal, autonómica y forales, y la aprobación parlamentaria como ley de un acuerdo alcanzado fuera de las Cortes y que, por ello, se tramita como ley de artículo único. Igual lógica se aplica para aprobar la ley del cupo. Ello implica, permítaseme reiterarlo, que los respectivos parlamentos no tienen por qué estar informados de la negociación, que las Cortes sólo pueden rechazar en bloque el acuerdo, lo que plantearía un problema político muy notable, y que el Parlamento Vasco no tendría más vía para expresar su desacuerdo que exigir la responsabilidad política al Gobierno de la Comunidad (sería, igualmente, lo único que podrían hacer las Juntas Generales con respecto a su Diputación Foral).

La intervención de los Territorios en materia fiscal, que el Estatuto subordina a «la estructura general impositiva del Estado» y «a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto», ha ido progresivamente ampliándose. El nuevo Concierto establece básicamente, como límites (además de los principios generales y la exigencia de determinadas formas de colaboración), la exigencia de mantener una presión fiscal efectiva global equivalente a la existente en el resto del Estado, y la prohibición de adoptar medidas que puedan producir efectos discriminatorios, menoscabo de las posibilidades de competencia empresarial o distorsión en la asignación de recursos. Ello convierte en extraordinariamente amplia la capacidad reguladora de los Territorios Históricos, particularmente en los tributos concertados de normativa autónoma, que son los más importantes (Sociedades, Patrimonio, Sucesiones y Donaciones, y parcialmente en Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, o en Juego). Tal ampliación plantea problemas, que luego analizaremos,

(19) Comienza con la Ley 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con el País Vasco. El concierto se aprobaba por un período de 20 años, y experimentó varias reformas hasta ser sustituido por el nuevo, aprobado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo.

pues el principio de legalidad tributaria exige que la definición de los elementos básicos del impuesto sean realizados por ley, pero la normativa fiscal emana de las Juntas Generales, que carecen de potestad legislativa. Por otra parte, aunque se mantenga el control de legalidad que sobre la normativa foral pueden ejercer los Tribunales, lo genérico de los límites definidos en la legislación consolida la referida autonomía de los Territorios Históricos sobre esta materia.

La particularidad vasca en este campo se perfiló igualmente mediante disposiciones adicionales incluidas en leyes estatales, que exceptúan o garantizan las peculiaridades vascas al margen de lo regulado con carácter general en la norma estatal de que se trate (20). También se recurrió a una disposición adicional al definir la posición de los Territorios Históricos ante el Estado, otro de los ámbitos en que es más significativa la particularidad vasca vinculada con la foralidad. La disposición adicional segunda de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, exige a las Diputaciones vascas de la aplicación de la ley en materia de organización provincial, y consagra su doble carácter como Diputaciones Provinciales ordinarias y como Instituciones Forales. Cuando actúen de acuerdo con su régimen foral específico, sólo les serán de aplicación las normas de la ley que regulan las relaciones de las Diputaciones Provinciales con la Administración del Estado o, en su caso, con la autonómica, cuando desarrollen o apliquen la legislación básica del Estado o invadan las competencias de éste. Invocando expresamente la adicional primera de la Constitución, se les reconocen determinadas prerrogativas en materia de concursos y nombramiento de determinados funcionarios locales.

4.2. *Construcción de la foralidad provincial: Los Territorios Históricos*

El Parlamento autonómico reguló la posición de los Territorios Históricos a través de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de «Relaciones entre las Instituciones Comunes de la comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos», llamada Ley de Territorios Históricos (en adelante, LTH). La Ley emprende un importante proceso de descentralización, establece

(20) Así se hace en la LOFCA, en el RD 1999/1981, que aprueba el reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, DA 18.^a de la Ley 39/1988 reguladora de las Haciendas Locales, e incluso en la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (DA 1.^a).

el sistema de fuentes de los Territorios Históricos, y regula las relaciones financieras entre éstos y la Comunidad Autónoma.

La definición de las competencias de los TTHH incurre en ocasiones en lo que el Profesor García de Enterría denominó la «mitología de las competencias exclusivas» (como cuando se atribuye a éstos competencia exclusiva sobre «normas electorales», materia reservada a Ley) pero, en todo caso, les permite una amplia autonomía, que ha llevado en ocasiones a equiparlos con Comunidades Autónomas uniprovinciales.

Entre las competencias exclusivas, está la de organización, régimen y funcionamiento de sus órganos forales. En su virtud los Territorios Históricos han aprobado sendas Normas Forales de Organización que han dado lugar a tres estructuras básicamente iguales, basadas en un órgano representativo, las Juntas Generales, elegidas a través del procedimiento establecido en sendas Leyes electorales aprobadas por el Parlamento. Ellas eligen al Presidente del Ejecutivo foral, el Diputado General, quien, a su vez, nombra al resto de los Diputados Forales. Uno y otros responden, individual y colegiadamente ante la Cámara. Las Juntas ejercen, igualmente, una función normativa, y aprueban los presupuestos del Territorio Histórico. La relación entre Juntas Generales y Diputación Foral sigue un modelo formalmente parlamentario (corregido por la imposibilidad de disolución previa de las Juntas), pero extraordinariamente descompensado hacia el ejecutivo foral, que dirige la acción de una Cámara carente de la menor trascendencia política.

El legislador estatuyente excluyó expresamente que las Juntas Generales tuvieran capacidad legislativa. Se trata de un órgano de carácter administrativo cuyas normas tienen, en consecuencia, carácter reglamentario, y serían susceptibles de control de legalidad por parte de los Tribunales Contencioso-administrativos ordinarios. Sin embargo, ha sido continuo el intento de limitar este tipo de controles, intentos frecuentemente coronados con el éxito.

4.3. *Sobre la naturaleza de las Normas Forales*

El artículo 8 de la LTH establece que, en las materias que sean de la competencia exclusiva de los Territorios Históricos, las normas emanadas de sus Órganos Forales se aplicarán con preferencia a cualesquiera otras. Esto parece querer afirmar que las Normas Forales aprobadas por las Juntas Generales no estarían subordinadas a la Ley (o, dicho de otro modo, implicaría afirmar que el legislador no podría regular materias en que los TTHH dispusieran de competencia exclusiva). Tal pretensión, incompatible con la lógica de nuestro sis-

tema constitucional de fuentes (21), ha dispuesto de apoyos doctrinales a los que luego nos referiremos y, sobre todo, contó con respaldo político para conseguir reformas legislativas que, parcialmente, la han hecho posible. Nuevamente se ha recurrido a disposiciones adicionales para singularizar la posición de los territorios forales: la disposición adicional primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incluye a las Juntas Generales entre las Administraciones Públicas controlables por la jurisdicción contenciosa sólo cuando adopten «actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público», con lo que las equipara así, aparentemente, a las cámaras legislativas. La misma norma excluye a las decisiones o resoluciones dictadas por la Comisión Arbitral del control contencioso-administrativo. Por su parte, la Ley 4/1999 introdujo una disposición adicional decimosexta en la Ley 30/1992, que excluye de la consideración de Administraciones Públicas, a los efectos de esta Ley, a las Diputaciones Forales y las Administraciones institucionales de ellas dependientes, así como las Juntas Generales de los Territorios Históricos, salvo cuando dicten actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público.

Estas disposiciones no han logrado excluir a las Normas Forales del control contencioso. Ello hubiera requerido reformar la LOTC para someterlas únicamente al control de constitucionalidad, pero tal reforma no culminó, pese a ser intentada durante la tramitación de la LO 9/1999, de modificación de la citada LOTC. No llegó a aprobarse la enmienda nacionalista que pretendía que las Normas Forales estuvieran únicamente sometidas al control de constitucionalidad, y que el Tribunal Constitucional fuera el competente para resolver, como conflictos de competencia, los que se plantearan entre la Administración del Estado y la de cualquiera de los Territorios Históricos, «quedando en dicho caso excluida la jurisdicción contencioso-administrativa del enjuiciamiento de las citadas disposiciones, resoluciones y actos». La nueva disposición adicional cuarta introducida por la LO 9/1999 confirma a las Comisiones Arbitrales como encargadas de resolver los conflictos de competencia que se susciten entre las instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco y las de cada uno de sus Territorios Históricos, excluyendo de su conocimiento al Tribunal Constitucional (22).

(21) Sobre el tema, sigue teniendo pleno vigor el temprano trabajo de JUAN LUIS IBARRA ROBLES: «La eficacia externa de las normas forales», en *Jornadas de estudios sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986, págs. 592 y sigs.

(22) Además, la referida disposición adicional cuarta legitima a las Juntas Generales y las Diputaciones Forales de cada Territorio Histórico para interponer conflicto en defensa de la auto-

El carácter de las Normas Forales como disposiciones materialmente legislativas, nuevamente invocado por los senadores vascos en aquella ocasión (23), pretende incrementar la autonomía de los órganos forales reduciendo los controles jurisdiccionales ordinarios, y reitera una argumentación utilizada desde la puesta en marcha de la novísima foralidad.

La primera explicación de la peculiaridad de las normas forales las considera reglamentos autónomos, derivados directamente del Estatuto de Autonomía: el artículo 37.3 EAPV, que define las competencias exclusivas de los Territorios Históricos, establecería una reserva reglamentaria a favor de éstos, tesis confirmada por el hecho de que el artículo 25.1 EAPV define la potestad legislativa del Parlamento Vasco sin perjuicio de las competencias de las Instituciones de aquellos Territorios. Ello no sería obstáculo para que las Normas Forales fueran susceptibles de control por los Tribunales Contencioso-Administrativos, dado que carecen de fuerza de ley. En virtud de la disposición adicional primera de la Constitución, las Normas Forales de los Territorios Históricos podrían, pese a su carácter reglamentario, excluir la aplicación de las leyes, autonómicas o estatales. El principio de competencia, por lo tanto, garantiza la foralidad, haciendo inatacables a las normas forales dictadas en el ámbito de las competencias exclusivas de los TTHH, al margen del principio de jerarquía (24).

Esta tesis plantea no pocos problemas. La aceptación de los reglamentos autónomos supone contradecir los principios básicos del sistema de fuentes establecido en la Constitución y fue explícitamente rechazada por el constituyente la posibilidad de incorporarlos a nuestro ordenamiento (25). El Tribunal Constitucional confirmó tempranamente su incompatibilidad con los principios de nuestro ordenamiento (26). Por su lado, la jurisprudencia ordinaria, al

nomía local cuando el ámbito de aplicación de la ley afecte directamente a la Comunidad Autónoma del País Vasco.

(23) En la justificación de su enmienda, los senadores nacionalistas reiteraban, que «las Normas Forales "son disposiciones normativas con fuerza de Ley y no se diferencian en nada de las Leyes del Parlamento Vasco", innovan el ordenamiento jurídico dentro de un marco competencial establecido y su control se fundamenta en el respeto a dicho marco, es decir, se basa en criterios de competencia y no de jerarquía». *BO de las Cortes Generales. Senado*, VI Legislatura, Serie II: 19 de febrero de 1999, núm. 123 (c) Proyectos de Ley. (Cong. Diputados, Serie A, núm. 133). Enmienda número. 2 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV).

(24) T. R. FERNÁNDEZ: *Los Derechos Históricos de los Territorios Forales*, Civitas-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 145.

(25) Traté el tema en «Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales», *REP*, número 46-47, 1985, págs. 82-87.

(26) En la STC 5/1981, de 13 de febrero, ya puso de manifiesto que «lo que en la Constitución no existe es lo que podríamos llamar reserva reglamentaria, esto es, la imposición de que de-

analizar el ejercicio de la potestad reglamentaria foral, ha tenido ocasión de afirmar la eficacia del principio de legalidad en las relaciones entre el ordenamiento foral y el estatal: la subordinación de las Normas Forales a la Ley ha sido recordada en numerosas ocasiones por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y por el Tribunal Supremo que han declarado, en consecuencia, la nulidad de aquéllas cuando ignoraban o contradecían la ley (27).

El rechazo jurisprudencial de la tesis de los reglamentos autónomos ha llevado a nuevos intentos de justificar aquél carácter de las Normas Forales como leyes en sentido material. El carácter democrático del ordenamiento foral, basado en unas Juntas Generales que actúan, de hecho, como Parlamentos, permite afirmar la posibilidad de que los Territorios Históricos creen un ordenamiento foral cerrado en sí mismo y que pudiera prescindir de las categorías de otros ordenamientos, que son considerados ajenos (28), tesis igualmente incompatible con nuestro sistema de fuentes, como ha tenido ocasión de afirmar el Tribunal Supremo (29).

terminadas cuestiones hayan de ser reguladas por normas reglamentarias y no por otras con rango de Ley», y la tesis se reitera posteriormente en numerosas ocasiones. En la STC 18/1982, de 4 de mayo, el Tribunal sienta la doctrina que sostendrá posteriormente sobre los criterios de relación ley-reglamento («... En todo caso, resulta cierto que la materia cuya ordenación jurídica el legislador encomienda al reglamento puede en cualquier momento ser regulada por aquél, pues en nuestro ordenamiento no se reconoce el principio de reserva reglamentaria», FJ. 3.º). La ausencia de reserva reglamentaria se reitera posteriormente en las SSTC 73/2000, de 14 de marzo (FJ. 15.º), 104/2000, de 13 de abril (FJ. 9.º), y 248/2000 de 19 de octubre (FJ. 5.º).

(27) Véanse algunos ejemplos en J. CORCUERA ATIENZA y M. A. GARCÍA HERRERA: *La constitucionalización de los Derechos Históricos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 59-63 y, más específicamente, en JUAN LUIS IBARRA ROBLES: «Incidencia del Derecho Público Foral en la determinación de la autonomía local en la Comunidad Autónoma del País Vasco», *Anuario del Gobierno Local 1997*, Diputació de Barcelona, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 507-543.

(28) La más elaborada exposición en este sentido es la de RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO: «El sistema de fuentes del Derecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco como “ordenamiento asimétrico”», *RVAP*, 47 (II), 1997. Considera Jiménez Asensio que el problema que se plantea cuando las Normas Forales regulen ámbitos material o formalmente reservados a ley no es si se respeta el principio de legalidad, sino si el ordenamiento foral dispone de competencia para cubrir ese espacio: «*formalmente la Ley es una categoría normativa ajena al ordenamiento foral como ordenamiento propio*», por lo que las Normas Forales dictadas en el ámbito de la competencia foral disponen de una fuerza activa que es equivalente a la de la ley y, en consecuencia, deberían de estar sometidas únicamente al control de constitucionalidad (entrecomillado), subrayado por *RJA*, citado en pág. 165. Sobre el tema, véanse págs. 154-171.

(29) En su Sentencia de 26 de abril de 2002, que anulaba la vizcaína Norma Foral 2/1991, de 26 de marzo, Presupuestaria de las Entidades Locales, afirma el TS que «la tesis sostenida por los recurrentes en casación, se asienta sobre una forzada interpretación de los preceptos que se invocan infringidos por la Sentencia impugnada como si fueran normas completamente aisladas

El ordenamiento foral presenta características propias que le singularizan, pero no es necesario recurrir a categorías ajenas a nuestro sistema de fuentes para comprenderlo. Es cierto que la definición de la naturaleza de las Normas Forales plantea problemas: no son leyes, tampoco son reglamentos ejecutivos ni, dada su capacidad para regular materias tributarias, pueden considerarse reglamentos independientes. Pero de ello no puede derivarse, como ha llegado a defenderse, que carezcan de naturaleza reglamentaria y hayan de ser entendidas como leyes en sentido material, pues «*disponen de una fuerza activa que es equivalente a la de la ley*» (30).

La propia normativa foral reconoce la subordinación de dichas Normas Forales a la Ley: al definir la capacidad normativa en materia tributaria, la Norma Foral General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia, dispone que «las Juntas Generales mantendrán y establecerán y regularán, dentro del Territorio Histórico de Bizkaia, el régimen tributario de acuerdo con los principios y bases contenidos en el Estatuto de Autonomía para el País Vasco y en la Ley de Concierto Económico» (31). La Ley del Concierto define los principios en los que ha de enmarcarse el ejercicio de la potestad tributaria de los Territorios Históricos, y establece límites que éstos han de respetar, en general y en cada uno de los tributos concertados. La subordinación de las Normas Forales a la Ley se mantiene, aunque los límites definidos en ésta sean en ocasiones extraordinariamente amplios e impliquen, de hecho, una deslegalización en materia tributaria. Como hemos visto, ello ha sido posible gracias a la invocación de la disposición adicional primera de la Constitución, tanto en esta como en otras materias. En consecuencia, la disposición adicional primera de la Constitución permite que el Estatuto de Autonomía actualice los Derechos Históricos, y la ley estatal habilita a los titulares de las competencias atribuidas en virtud de aquel título foral para disponer, en cada caso, de una especial capacidad normativa excepcional con respecto al régimen general.

Así pues, la capacidad normativa de los Territorios Históricos se ejerce en el marco de los límites establecidos por la ley estatal, y su producción normativa está sometida a los controles de legalidad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esta subordinación permite afirmar que las Normas Forales

únicamente relacionadas entre sí, ignorando su inserción en el ordenamiento jurídico y sobre todo su subordinación a la Constitución».

(30) R. JIMÉNEZ ASENSIO: «El sistema de fuentes...», *cit.*, pág. 165. Sigue «... o, si se prefiere, tienen tal fuerza normativa que pueden desplazar en el ámbito territorial respectivo a la ley» (subrayado de RJA).

(31) Norma Foral 3/1986, de 26 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia, artículo 2.1.

tienen carácter reglamentario, aunque la invocación de la disposición adicional primera de la Constitución haya permitido que los límites en que puede moverse el autor de la norma foral sean tan extraordinariamente amplios que la deslegalización realizada a su favor exceda, en ocasiones, las garantías definidas en la materia por el Tribunal Constitucional. Volveremos posteriormente sobre este tema.

4.4. *Foralidad: Comunidad Autónoma y Territorios Históricos*

La novísima foralidad descansa en un sistema en que tienen un especial protagonismo los órganos ejecutivos, tanto en la resolución de conflictos como en la adopción de decisiones en que normalmente hubiera podido preverse la intervención de las cámaras representativas. Me he referido ya a ello como uno de los elementos que caracterizaba las relaciones entre la Comunidad Autónoma y el Estado, y lo analizaré ahora en la esfera de las relaciones entre aquella y los Territorios Históricos. Para ello me centraré en la previsión de la resolución de los conflictos entre ambos (Comisión Arbitral) y en el sistema establecido para definir la financiación de la Comunidad Autónoma por los Territorios Históricos.

Como hemos visto, el diseño estatutario de las Comisiones Arbitrales despierta multitud de perplejidades, y no sólo por incluir en un capítulo dedicado al control de los poderes del País Vasco a este atípico instrumento de resolución de conflictos de competencia entre las instituciones de la Comunidad Autónoma y las de uno de sus Territorios. Las muchas interrogantes que despertaba la redacción del artículo 39 del Estatuto de Autonomía se han contestado parcialmente en la Ley 13/1994, de 30 de junio, por la que se regula la Comisión Arbitral. Aunque confirma que los miembros de la Comisión serán libremente designados por los ejecutivos correspondientes (tres por el Gobierno Vasco y uno por cada Diputación Foral) «previa consulta informativa al Parlamento y a las Juntas Generales respectivas», la Ley intenta garantizar la independencia de los designados y un funcionamiento de la Comisión inspirado por criterios jurídicos y no políticos. Sus miembros han de ser designados entre licenciados en Derecho que tengan «acreditada experiencia como juristas» y, para garantizar su objetividad e independencia, la Comisión ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional, y los designados sólo pueden ser separados o suspendidos por las causas definidas en la Ley.

La Comisión Arbitral nació para intentar solucionar los conflictos interinstitucionales de competencias al margen de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pero, dado que la vulneración competencial de los Territorios Histó-

ricos podía provenir de una Ley del Parlamento Vasco, se planteaba el problema de paralizar una norma que, en principio sólo es susceptible de control por el Tribunal Constitucional. El procedimiento seguido para conseguirlo se inspira en el control previo del *Conseil Constitutionnel* francés, y permite a la Comisión Arbitral detener la actividad del Parlamento Vasco si entiende que un proyecto de ley que esté tramitando es contrario a las competencias forales de los Territorios Históricos. Como hemos señalado, tanto en el caso de conflictos suscitados contra un proyecto o proposición de Ley o de Norma Foral (que da lugar a una cuestión de competencia), como cuando se plantean entre normas emanadas de las administraciones autonómica y foral, las resoluciones se declaran no impugnables ante la jurisdicción contenciosa, extremos que han merecido razonadas críticas (32).

Un segundo ámbito en que destaca la subordinación de Parlamento y Juntas a los respectivos ejecutivos es, nuevamente, el financiero. Como se ha señalado, la particularidad del sistema de financiación de la Comunidad Autónoma del País Vasco descansa, por un lado, en el hecho de que son las instituciones de éste quienes mantienen, establecen y regulan, dentro de su territorio, el régimen tributario, y realizan la exacción, gestión, liquidación, recaudación e inspección de prácticamente todos los impuestos. Tras ello, se aporta al Estado un cupo cuya cuantía nada tiene que ver con lo recaudado, sino con el pago de las competencias no asumidas por la Comunidad Autónoma. Este sistema es extraordinariamente original, si no inédito, entre las fórmulas de retribución propias de cualquier sistema de federalismo fiscal, normalmente caracterizados por la primacía de una Hacienda federal con capacidad de incidencia y control sobre los impuestos más importantes. A esa situación de desequilibrio vertical en la relación Comunidad-Estado, se añade un nuevo desequilibrio en la relación Comunidad-Territorios Históricos, dado que las funciones que arriba hemos definido en materia hacendística corresponden a éstos. En consecuencia, el dinero está en los Territorios Históricos, y de ellos ha de salir la cantidad que se paga al Estado como cupo, y la que se paga a la Comunidad Autónoma para su financiación. Si en el primer caso el cupo es negociado en una comisión mixta integrada por representantes nombrados por los

(32) Véase un resumen de los problemas vinculados con la Comisión Arbitral en CARLOS COELLO MARTÍN: *La disposición Adicional Primera y la organización autonómica vasca*, Universidad de La Rioja, Logroño, 1997, págs. 114-135, o el excelente trabajo de M. A. GARCÍA HERRERA y A. LÓPEZ BASAGUREN: «Problemas en torno a los efectos de las decisiones de la Comisión Arbitral», *RVAP*, 41, 1995. Para conocer la actividad de la Comisión, puede consultarse el reciente libro de AGUSTÍN GARCÍA URETA: *La Comisión Arbitral del País Vasco. Régimen jurídico y resoluciones (1999-2002)*, IVAP, Oñati, 2003.

respectivos ejecutivos nacional, autonómico y forales, y luego ratificado por las Cortes, en el segundo, las aportaciones de los Territorios a la Comunidad son aprobados a través de un procedimiento negociado entre representantes de los ejecutivos autonómico y forales con una intervención aún menor por parte del Parlamento Vasco.

En el debate de la LTH se huyó de la fijación legal de criterios objetivos para determinar las aportaciones de los Territorios a la Comunidad, y se prefirió dejar abierto a la negociación el sistema, en una suerte de «concierto económico interior» (que, en todo caso, ha de realizarse en base a los principios que recoge el artículo 22 de la ley). Para definir aquellas aportaciones, se crea un «Consejo Vasco de Finanzas Públicas», integrado por tres representantes del Gobierno Vasco y uno de cada Diputación Foral, y que adopta sus decisiones por mayoría absoluta (al menos cuatro de sus miembros). El acuerdo adoptado se somete a votación de totalidad en el Parlamento que, en el caso de rechazarlo, devuelve el proyecto al Gobierno manifestando los motivos de discrepancia. A la vista de éstos, el Consejo elabora en el plazo de quince días «un segundo y definitivo Proyecto de Ley que se remitirá al Parlamento para su aprobación» (artículo 29.1 LTH). El legislativo autonómico carece de la posibilidad de rechazar por segunda vez el proyecto, y sólo puede asumir una actuación más activa en el caso en que el Consejo no llegara a un acuerdo (y únicamente en las materias en las que se hubiera producido la discrepancia en su seno). Volvemos a encontrarnos con un órgano integrado por representantes de los ejecutivos que, como en el caso de la Comisión Arbitral (cuyos miembros también son designados por aquéllos) puede imponerse al Parlamento.

Esta regulación deja abierta la posibilidad de que la determinación de los recursos anuales de la Comunidad Autónoma pueda quedar en manos de un Gobierno minoritario en el Parlamento, siempre que dispusiera del apoyo de una Diputación Foral (que, igualmente, podría carecer del apoyo mayoritario de sus Juntas Generales) (33). Con independencia de que el buen sentido y la existencia del imprescindible instinto de supervivencia institucional hayan evitado los problemas mayores, el diseño del mecanismo de distribución de recursos es extraordinariamente atípico e ilógico desde la perspectiva del federalismo fiscal. Como señalaron tempranamente Carmen e Inmaculada Gallastegui (34), la LTH está demasiado condicionada por lo político, olvidando lo

(33) He estudiado los problemas que este sistema plantea en «Las leyes vascas de artículo único. una reflexión sobre su (problemática) constitucionalidad», *RVAP*, núm. 41 (en Memoria de Pedro M.^a Larumbe Biurrun), enero-abril 1995, págs. 61-95.

(34) M.^a CARMEN e INMACULADA GALLASTEGUI ZULAICA: *Un análisis económico de la Ley de Territorios Históricos*, Sociedad de Estudios Vascos, Cuadernos de Sección, Ciencias Sociales

económico. Eso explica que el reparto de recursos que la ley establece no responda al *principio de equilibrio fiscal vertical* (hay un nivel de gobierno –que, por otra parte, es el que tiene más competencias– que no dispone de fuentes de recursos propios e independientes para hacer frente a sus necesidades presupuestarias). Tampoco se respeta el *principio de no rivalidad*, desde el momento en que el sistema de la LTH deja márgenes para que se produzca competencia fiscal entre los territorios, ni el de *equilibrio fiscal horizontal*, dado que el sistema de cálculo de las aportaciones de cada Territorio favorece los comportamientos estratégicos frente a los cooperativos: las Diputaciones se ven beneficiadas si infravaloran su capacidad para generar ingresos impositivos, y pueden intentar quedarse con el máximo de sus recursos. No existe un marco legal que facilite forzar comportamientos cooperativos, y el modelo permite que cada agente tenga incentivos para romper los acuerdos de cooperación, buscando conseguir beneficios a corto plazo (35).

5. LA DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Las primeras interpretaciones de la disposición adicional de la Constitución subrayaron su carácter de principio que enfatiza la singularidad de la autonomía del País Vasco y de Navarra, y, eventualmente, la que pudieran tener, en el seno de aquél, sus Territorios Históricos. De tal planteamiento se deducía que la actualización del régimen foral tendría los contenidos que el legislador decidiera, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. En la primera doctrina (36) son mayoría quienes, como Tomás y Valiente, consideraron que «la legitimidad histórica vale más como título para justificar la existencia del hecho diferencial que para determinar su contenido» (37). En el

y Económicas, número 1, San Sebastián, 1986, págs. 76 y sigs. Puede verse un más detallado análisis económico de las insuficiencias de la LTH, que corrobora las tesis citadas, en VÍCTOR MANUEL SERNA DE LOS MOZOS: *Atribución de competencias y asignación de recursos en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, San Sebastián, 1994.

(35) Sobre el tema, ver JAVIER CORCUERA: *Política y Derecho. La construcción de la autonomía vasca*, CEC, Madrid, 1991, págs. 252-262.

(36) Véanse algunos ejemplos en mi libro *Política y Derecho. La construcción de la autonomía vasca*, cit. págs. 278-282 y, con mayor detalle, en mi artículo «Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales», cit.

(37) *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, se cita aquí en la edición de sus *Obras Completas*, cit., pág. 1845. En el mismo lugar reitera que «promulgada

mismo sentido, Bartolomé Clavero señalaba que la adicional primera de la Constitución no pretendía «alguna restauración histórica, sino la acuñación de una fórmula que habilite un margen especial o alguna ulterior apertura de posibilidades en el complejo problema de la autonomía vasca» (38). Esta vinculación entre derechos históricos y «problema vasco» subraya la importancia de los elementos políticos que, desde el principio, han acompañado al debate de la foralidad, tanto a la hora de definir las relaciones entre la Comunidad y sus Territorios, como al plantearse los límites de la excepcionalidad de la autonomía vasca con respecto al Estado.

La temprana politización de la invocación de los Derechos Históricos, intentando justificar transferencias a la Comunidad o a los Territorios, o defender a éstos frente a aquélla o frente al Estado, o argumentar el ejercicio de competencias cuya titularidad se considera atribuida por la Historia, o justificar la atribución de otras al margen de lo señalado por la Constitución, obligaron a las Salas de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco o del Tribunal Supremo, así como al Tribunal Constitucional, a entrar relativamente pronto en el análisis de qué eran los derechos históricos y cuál la virtualidad de la adicional primera de la Constitución. Me limitaré ahora a resumir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia (39).

El reconocimiento de los Derechos Históricos no puede suponer afirmación de potestades que se impongan a la Constitución: «La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones “históricas” anteriores» (40). La historia evocada por la adicional habla de unos territorios que mantuvieron sus especificidades jurídicas de origen foral en época constitucional y, en el caso de Navarra y Álava, hasta el mismo momento constituyente de 1978. La diversidad existente entre cada territorio, y la que se produce a lo largo del tiempo, además de la incompatibilidad con la vigente Constitución de buena parte de

la Constitución, cualquier tipo de legitimismo historicista queda sustituida por la forma de legitimidad admisible en un Estado democrático de Derecho, esto es, la derivada del propio texto constitucional» (*ibid.*, pág. 1855).

(38) BARTOLOMÉ CLAVERO SALVADOR: *Fueros vascos. Historia en tiempo de Constitución*, Ariel, Barcelona, 1985, pág. 123. La riqueza de los planteamientos de Clavero en esta materia aconseja la lectura de su numerosa obra sobre los Derechos Históricos.

(39) Resumo aquí lo expuesto en J. CORCUERA y M. A. GARCÍA HERRERA: *La constitucionalización de los Derechos Históricos*, cit., págs. 66 y sigs.

(40) STC 76/1988, de 26 de abril, FJ. 3.º En términos semejantes se pronuncia la STS de 27 de marzo de 1996 (Aranzadi, 1996/2711).

las potestades ejercidas históricamente explican que el reconocimiento constitucional de los regímenes forales no pueda implicar la recuperación de cualquier competencia histórica, pues «es obvio que estos regímenes fiscales surgieron o cobraron vigencia en contextos muy distintos del que representa la actual Constitución, los principios que proclama, y la organización territorial que introduce» (STC 76/1988, FJ. 2.º).

En la Sentencia 76/1988, de 26 de abril, en que rechaza el recurso presentado por el Grupo Popular en el Senado contra la LTH (41), el Tribunal Constitucional considera que la foralidad es una institución garantizada por la Constitución. La tesis de la garantía institucional de la foralidad, inicialmente formulada por J. L. Ibarra Robles y A. Zurita Laguna (42), y posteriormente desarrollada por T. R. Fernández (43), supone que lo que la Constitución garantiza es la existencia de un régimen foral, y no unas competencias disfrutadas en el pasado. Afirmar y garantizar el régimen foral como institución supone afirmar y garantizar la existencia de un régimen que dispone de una imagen social determinada, que incorpora un núcleo competencial básico y una organización característica. La adicional primera «no puede estimarse como una garantía de toda competencia que pueda legítimamente calificarse de histórica» (44). La garantía institucional, «esa garantía —referida a los Territorios Forales—, si bien no especifica exhaustivamente las competencias históricas que protege (...) sí alcanza, como mínimo irreductible, a proteger un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos» (FJ. 4.º). Éstos «continuarán, en virtud de la garantía institucional de la disposición adicional de la Constitu-

(41) El texto del recurso fue publicado por Interparlamentaria Popular, *El recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Territorios Históricos*, Madrid, 1984. Su autor, MANUEL M.º DE URIARTE Y ZULUETA expuso una síntesis de sus planteamientos en la materia en «La violación de los Derechos Históricos como motivo de inconstitucionalidad de la Ley de Territorios Históricos», en *Jornadas de Estudios sobre la actualización de los Derechos Históricos*, cit., págs. 627 y sigs.

(42) J. L. IBARRA y A. ZURITA: «Organización foral», en *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*, III, Oñati, 1983, pág. 1317.

(43) TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Los Derechos históricos de los Territorios Forales*, cit., págs. 92 y sigs.

(44) El Tribunal ya había afirmado lo mismo en su STC 123/1984, de 18 de diciembre, FJ. 3: «la idea de derechos históricos de las comunidades y territorios forales, a que alude la disposición adicional primera de la Constitución, no puede considerarse como un título autónomo, del que puedan deducirse específicas competencias, pues la propia disposición adicional manifiesta con toda claridad que la actualización general de dicho régimen foral se ha de llevar a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, por donde el problema retorna a su anterior planteamiento en torno al artículo 149.1.29 de la Constitución».

ción española, conservando un régimen de autogobierno en una Comunidad Autónoma interiormente descentralizada». Los derechos históricos, en consecuencia, pasan a ejercerse en dos niveles, uno común, por la Comunidad Autónoma, y otro por los Territorios, y la actualización llevada a cabo por el Estatuto «se lleva a cabo por dos vías: por un lado, reconociendo de forma genérica la existencia de los regímenes forales; por otro, concretando y especificando su contenido mínimo» (FJ. 5.º).

La garantía genérica, presente en la disposición adicional primera de la Constitución Española, y en los artículos 3 y 37.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco no implica congelación del régimen foral histórico. La afirmación estatutaria de que «lo dispuesto en el presente Estatuto no supondrá alteración de la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias de los regímenes privativos de cada Territorio Histórico» no puede llevar a creer «que el Estatuto no implica ninguna limitación del régimen foral históricamente definido y del correspondiente e indeterminado elenco de derechos históricos». En caso contrario ni sería posible ninguna actualización de aquellos derechos, ni podría entenderse la regulación estatutaria de determinadas materias —como el régimen fiscal—, tan diferente a la histórica. El artículo 37.2 EAPV ha de considerarse, pues, como «una regla de garantía e interpretación, que coloca en lugar preferente, en cuanto a su respeto y protección, a los regímenes forales en su definición estatutaria, tanto frente a las instituciones comunes del País Vasco como a los poderes centrales del Estado».

Por otra parte, el Estatuto señala (artículo 37, apartados 3 y 4), el contenido esencial de los regímenes forales, precisando dos tipos de competencias que corresponden a los Territorios Históricos: unas exclusivas, que derivan directamente del Estatuto, donde están especificadas nominalmente, y otras que habrán de precisarse a través de la actuación concreta de los poderes de la Comunidad (competencias exclusivas «que les sean transferidas», y las que señale el Parlamento Vasco como de desarrollo normativo y ejecución). La referida diferencia permite distinguir un «núcleo intangible, por prescripción estatutaria, del contenido del régimen foral y que resulta por tanto ser el mínimo sin el que desaparecería la misma imagen de la foralidad», de un «ámbito de expansión de ese régimen», que se hace depender de la actuación de otros órganos (mecanismos previstos en el Estatuto o los procedentes de los artículos 150.1 y 2 CE) (FJ. 6.º).

La identificación que realiza el Tribunal entre el núcleo intangible de la foralidad (equiparado a la imagen de la foralidad), y las competencias que el Estatuto define como exclusivas de los Territorios Históricos, plantea algunos problemas. La afirmación de que las competencias citadas «son inafectables por el legislador vasco» (FJ. 7.º) no soluciona las dificultades existentes para

considerar exclusivas de los Territorios Históricos competencias en materias en que el propio Estatuto atribuye a la Comunidad Autónoma capacidad de intervención (45) y, de hecho, los órganos de los Territorios Históricos han tenido claro que las materias definidas en el 37.3 EAPV son, en virtud del propio Estatuto, compartidas, y su actuación normativa se ha realizado en el marco de la autonomía conferida por las leyes, estatales o autonómicas. Ha sido, por otra parte, tal marco legislativo el que ha servido a los jueces como parámetro de enjuiciamiento.

La técnica de la garantía institucional aplicada a la foralidad fue el intento de concretar el confuso mundo de imágenes, instituciones, contenidos y reclamaciones vinculado con aquélla, que quedó así identificada con lo definido en el Estatuto. Desde entonces, la foralidad ha sido construida por una práctica legislativa y administrativa que ha edificado un sistema extraordinariamente original, difícilmente imaginable en su detalle al aprobarse el Estatuto. La actualización de los derechos históricos realizada por la ley se ha practicado en todo caso, como impone la Constitución, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

La Historia, como decía Clavero, no se invoca pretendiendo una imposible restauración, sino como título que posibilita una diferencia de trato. Otra cosa es definir hasta qué punto los concretos poderes y competencias que se poseen han de definirse desde su realidad histórica. Como hemos señalado, el Tribunal Constitucional excluye, en principio, que los derechos históricos sean por sí mismos un título autónomo del que se deduzcan competencias específicas (STC 123/1984, FJ. 3.º; STC 88/1993, FJ. 1.º). Hacer depender de la Historia el contenido de las competencias poseídas por los Territorios forales hubiera incorporado una indeterminación incompatible con una Constitución normativa y, por otra parte, no puede olvidarse que la actualización de los Derechos Históricos se realiza básicamente a través del Estatuto de Autonomía, que es «el elemento más decisivo de actualización en lo que a los regímenes forales de los tres territorios históricos integrados en la Comunidad Autónoma del País Vasco se refiere» (STC 76/1988, FJ. 5.º).

Si el régimen foral se vinculaba con su imagen y ésta era perfilada por la

(45) No es fácil delimitar las fronteras entre «organización, régimen y funcionamiento de sus propias instituciones» por los Territorios Históricos y la competencia de Régimen Local atribuida a la Comunidad, o los límites en que puede moverse el Parlamento a la hora de regular las aportaciones de los Territorios a la Comunidad [artículo 42.a) en relación con el 37.3.b)], así como la compatibilidad entre el apartado c) del a) 37.3 con el 10.1 del Estatuto, del d) con los artículos 10.4, 10.8, 10.31 ó 43.3 y, de forma muy especial, del apartado e) que atribuye a la competencia exclusiva el Régimen electoral municipal, con los apartados 3 y 4 del artículo 10 EAPV.

actualización legal, no hay necesidad de indagar en la historia, porque lo referente a la foralidad está recogido en la legislación que la actualiza: la recuperación foral no se realiza deduciendo directamente de la historia una atribución de competencias, sino que se actualiza a través de los mandatos estatutarios o legales, en el marco de la Constitución y a través del Estatuto y de sus previsiones. Para reconocer un derecho como histórico, el Tribunal Constitucional ha señalado que ha de haber sido ejercido de forma continuada por la Institución Foral, y de haber sido reconocido por el Estado (STC 140/1990, FJ. 4.º).

Si la Historia no constituye un título competencial, sí puede ayudar a determinar el contenido de la competencia ya actualizada. La STC 11/1984 pareció admitir la investigación histórica como vía para la precisión de las competencias de los Territorios Históricos (46), afirmaciones aparentemente rechazadas por la STC 76/1988. Sin embargo, la STC 159/1993 se basaba en aquella para dar algún valor a la investigación de las competencias en el pasado. El Tribunal Constitucional ha aceptado la argumentación histórica cuando ha sido alegada por las partes, y no ha tenido inconveniente en revisar los textos jurídicos de los siglos XIX y XX anteriores a la Constitución vigente (47). Ello no implica afirmar que el Tribunal considere que la competencia tenga un origen histórico sino que admite, una vez actualizada por las vías legales, que se acuda a los antecedentes históricos para precisar su contenido. Como señaló S. Muñoz Machado, la historia no puede ser «un título interpretativo autónomo que se superponga a la Constitución» (48) pero la experiencia histórica es un argumento más para precisar el contenido de la competencia (49). Así pues, la actualiza-

(46) STC de 2 de febrero de 1984. FJ. 4.º: «Los territorios forales son titulares de “Derechos Históricos” respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía (...) por lo que la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales derechos».

(47) Así, cuando se debatía acerca de la competencia del Estado para autorizar la emisión de deuda pública, se analizaba el contenido del Real Decreto de 13 de diciembre de 1906 y se concluía que no aportaba base jurídica para reconocer facultades de las Diputaciones Forales sobre aquella materia. Y el mismo empeño se veía en la STC 159/1993 en la que se revisaba la constitucionalidad de la Ley de Policía Vasca y su respeto a los cuerpos de policía foral.

(48) S. MUÑOZ MACHADO: «La disposición adicional primera de la Constitución», en S. MARTÍN RETORTILLO: *Derecho Público Foral de Navarra. El mejoramiento del Fuero*, Gobierno de Navarra-Civitas, Madrid, 1992, pág. 325.

(49) A este respecto, es paradigmática la STC 140/1990, que recuerda que las competencias reconocidas en los Estatutos pueden haber sido ejercidas en el pasado y, en consecuencia, ser una actualización en el marco de la Constitución y del Estatuto: «una competencia supone en ocasiones el reconocimiento y actualización de un derecho histórico» (FJ. 3.º; y STC 94/1985, FJ. 6.º). Lo novedoso de la sentencia es que recurre a la revisión histórica para concretar el alcance de la competencia. El tema de discusión era si se podía incluir en el derecho histórico de la competen-

ción se realiza por el Estatuto y demás reglas, pero la determinación del contenido de la competencia puede ser avalada por el argumento histórico aportado, siempre que se den el ejercicio efectivo de la competencia y el reconocimiento del Estado: la mera referencia al derecho histórico no permite llenarle de un contenido que no tiene soporte normativo, ni ha sido ejercido o reconocido (50).

6. LOS LÍMITES DE LA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS

Como señaló Bartolomé Clavero, al margen de lo que en un primer momento se pensara sobre la inutilidad o los peligros de la adicional primera de la Constitución, esta norma ha posibilitado «un desenvolvimiento que no ha saltado enteramente por encima del régimen constitucional de autonomías, aunque ciertamente ha debido forzar su marco para dar entrada a elementos que el propio ordenamiento presume históricos y, como tales, reclamados por dicha disposición» (51).

cia en materia de organización de la función pública el régimen de representación colectiva de los funcionarios regulado por una ley básica del Estado, lo que, obviamente, no existía en tiempos pretéritos. La ausencia de este elemento en el pasado no es obstáculo para que sea vinculado con el derecho histórico, porque lo decisivo no es el aspecto concreto sino el ejercicio histórico de la competencia sobre una materia globalmente concretada. Reconocido el carácter histórico de la competencia, ésta se enriquece con los cambios que se produzcan en la adaptación a las nuevas circunstancias: «la apelación al régimen estatutario de los funcionarios en el artículo 49.1.b) LO-RAFNA constituye, pues, una titularidad competencial derivada de un derecho histórico, pero cuya actualización supone la inclusión dentro de la competencia foral de lo que en cada momento haya de entenderse como incluido en el régimen estatutario de los funcionarios» (FJ. 4.^o).

(50) Por ello, el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones ha rechazado el recurso a los derechos históricos ante la debilidad de la prueba aportada. Así lo hace en la STC 11/1984 FJ. 4.^o («Ante tan escasos y dudosos resultados de la prueba practicada y de la argumentación efectuada sobre las competencias de los territorios históricos en materia de deuda pública, carecería de sentido intentar inferir de ellos una doctrina sobre las competencias de la Comunidad Autónoma vasca en tal materia») o en la STS de 22-IV-1978 «no resultan claros de los antecedenentes históricos-consuetudinarios, ni (que) la finalidad perseguida por los actos de impugnación exija como solución exclusiva la planteada por tales actos, ni ella viene impuesta por realidad social alguna de carácter no controvertible, ni por último, existe una norma indubitada cuya realidad permita su aplicación analógica, todo lo cual determina la pertinencia de la desestimación de este motivo de impugnación, sin perjuicio, naturalmente, de que si investigaciones posteriores de la realidad histórico-jurídica vasca acreditasen lo hasta la fecha improbadado, se pudiera adoptar una resolución distinta en casos ulteriores».

(51) B. CLAVERO: *Fueros Vascos. Historia en tiempos de Constitución*, cit., pág. 125.

El impulso que ha permitido tal desenvolvimiento ha tenido mucho que ver, como es notorio, con la política. Si no ha habido reparos para forzar el marco constitucional, ha sido por creer que así, se ayudaba a solucionar el llamado «problema vasco», que es dificultad motivada por la existencia de ETA. Es verdad que el interlocutor que ha planteado las sucesivas demandas que apelaban a la foralidad ha sido el nacionalismo considerado «moderado», y verdad que éste, que viene gobernando ininterrumpidamente el País Vasco desde la puesta en marcha de la autonomía, ha sido el principal beneficiario de aquellas invocaciones. En todo caso, dado que su concurso siempre ha sido considerado imprescindible para acabar con el terrorismo, se ha creído que se trataba de un instrumento idóneo para la resolución de aquel problema.

La expansión de la foralidad no ha sido el desarrollo previsible de algo que estuviera *in nuce* en la Historia o en la Constitución, sino la progresiva construcción de un sistema a impulso de propuestas orientadas a un objetivo no siempre nítido. Ello expresa la naturaleza política de demandas y presiones y explica la singularidad de alguna de las tesis que interpretan la naturaleza de los Derechos Históricos. La búsqueda de antecedentes en situaciones que nada tienen que ver con nuestro Derecho, la pretensión de aplicar categorías jurídicas ajenas a los principios de nuestro Ordenamiento, o la extravagancia de las consecuencias atribuidas a la disposición adicional primera de la Constitución han sido notables y han contaminado el debate de la foralidad. Valgan algunos ejemplos, que mencionaré apenas sin comentario (52).

Con independencia de la erudición o brillantez de tesis que recuperan análisis de instituciones u opiniones de juristas formuladas en el Imperio Austro-húngaro desde los años centrales del siglo XIX, se trata en casi todos los casos de construcciones que, ni sirvieron en el siglo XIX para fundamentar la foralidad vasca (53), ni ayudan a interpretarla en la actualidad. La propia categoría

(52) Realizaré en los párrafos que siguen una glosa de alguna de las tesis recogidas por Santiago Larrazábal Basáñez en su completísima obra *Contribución a una Teoría de los Derechos Históricos Vascos*, IVAP, Bilbao, 1997, págs. 448 y sigs. Véase, igualmente, desde una perspectiva más crítica que la precedente, un amplio, autorizado y documentado resumen de todas las cuestiones vinculadas con el debate de la foralidad en FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «Disposición adicional primera. Los derechos Históricos de los Territorios forales», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo XII (dirigidos por O. Alzaga Villaamil), Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999.

(53) La más significativa referencia hecha por fueristas vascos a Hungría en el siglo XIX nada tiene de intento de incorporación de una lógica jurídica propia de la *Sacra Corona Hungariae*. Véase FERMÍN LIZANA DE LA HORMAZA: *Cartas irlandesas y húngaras*, Viuda de Delmas, Bilbao, 1881, así como la «Carta vascongada» escrita por Antonio de Trueba, que aparece como prólogo del opúsculo.

de «fragmentos de Estado» recuperada por Herrero de Miñón en su prólogo a la obra de Jellinek (54) supone, a mi entender, un forzado, aunque original, intento de trasplantar las complejas situaciones citadas por éste a realidades, sean la vasca del siglo XIX o la vasca actual, que nada tiene que ver con aquéllas. Lo mismo podría decirse de la reasunción de alguno de los argumentos pactistas utilizados por los fueristas navarros para fortalecer, en época preconstitucional, la especificidad del viejo Reino a lo largo de un proceso que convierte la Ley de Modificación de los Fueros de Navarra de 1841 en Ley Paccionada y, luego, en Pacto-Ley (55). En el fondo, nos encontramos con planteamientos que repiten esquemas iusnaturalistas que les permiten afirmar que los Derechos Históricos, al ser previos a la Constitución y al Estatuto no derivan de la una ni del otro y, por lo tanto, no pueden verse afectados por la revisión constitucional (56). Es Herrero de Miñón quien, en la extensa obra que ha dedicado a esta materia, ha llegado más lejos en este terreno (57).

(54) GEORG JELLINEK: *Fragmentos de Estado*, Civitas, Madrid, 1981. Con posterioridad, Herrero ha desarrollado en numerosos trabajos la consideración de los territorios forales como fragmentos de Estado, tema que inaugura en «Los Territorios Históricos como fragmentos de Estado», en *Los Derechos Históricos Vascos*, IVAP, Oñati, 1988, págs. 265 y sigs.

(55) Véase en LARRAZÁBAL: *Op. cit.*, págs. 472-475, las que denomina «teorías pactistas», entre las que incluye «el pacto de *status*», el «pacto interpotestades» o «La unión de voluntades (*Vereinbarung*)». En los tres casos se trata de teorías elaboradas por juristas navarros preconstitucionales que, a veces forzosamente, se inspiran en elaboraciones doctrinales pensadas para situaciones diferentes.

(56) HERRERO DE MIÑÓN: *Idea de los Derechos Históricos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, págs. 80-81. También LUCAS VERDÚ define como límite sustancial a la reforma de la Constitución el reconocimiento de la «sustantividad e identidad histórico-cultural», así como de las «peculiaridades jurídicas de larga tradición» de las «nacionalidades históricas», lo que habría de afectar a los Derechos Históricos (*Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 746) y señala, con más radicalidad en su trabajo «Los Derechos Históricos como Constitución sustancial del Pueblo Vasco» (en *Los Derechos Históricos Vascos*, II Congreso Mundial Vasco, IVAP, Oñati, 1988, pág. 312) que «*Las dos Disposiciones Adicionales Constitucional y Estatutaria son cláusulas intangibles para la reforma estatutaria*» (subrayado de P.L.V.) entre otras cosas «por su carácter originario y preexistente al propio Estatuto, como ocurre a la Constitución respecto a su disposición adicional primera». Basado en una lectura de IGNACIO M.^º DE LOJENDIO («La disposición adicional primera y los derechos históricos», en *Jornadas de estudios sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos*, cit., pág. 427). Juan Porres Azkona, cuya interpretación de Lojendio no comparto, considera que la supresión de la adicional primera obligaría a un procedimiento agravado de reforma del artículo 168 CE, por afectar a la autonomía garantizada en el artículo 2 CE (*Política y Derecho*, IVAP, Oñati, 1992, pág. 132).

(57) Me limito a citar aquí sus libros dedicados a esta materia: *Idea de los Derechos Históricos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, y *Derechos Históricos y Constitución*, Taurus, 1998. Aunque se trata de un libro de memorias, es útil a estos efectos la lectura de sus *Memorias de estío*, Temas de Hoy, Madrid, 1993.

Para Herrero, los Territorios titulares de Derechos Históricos son anteriores a la Constitución. Ésta, a su entender, reconoce junto a ella «cuerpos políticos nacionales, dotados de derechos originarios que son su propia Constitución histórica» (58). Para que el reconocimiento de los Derechos Históricos no tenga un carácter ficticio, será necesario considerar que la mención del párrafo 2.º de la DA 1.ª CE al «marco de la Constitución», en cuyo ámbito ha de realizarse la actualización del régimen foral, «debe interpretarse como remisión a una Constitución sustancial o principal, y no a la totalidad de los diez títulos de la norma fundamental, lo cual haría reiterativa y vacía a la propia Disposición Adicional Primera». Parece, pues, que habría que vaciar de sentido a la Constitución para dar sentido (y no ciertamente el único posible) a uno de sus preceptos.

Los Derechos Históricos son originarios y actualizables por vía de pacto. Lo originario «no depende de la Constitución y, por lo tanto, es inmune, no ya al legislador ordinario (...) sino al mismo poder de revisión de la Constitución». Por ser pactados, su interpretación exige un procedimiento para acordar y revisar lo acordado que «no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes, ni siquiera de los órganos jurisdiccionales exclusivos de una de ellas». En consecuencia, la soberanía no reside sólo en el Estado, pues «si (...) soberanía es la competencia de la propia competencia, quien no tiene la plenitud de ésta no es soberano y quien co-decide sobre la propia competencia de manera que, sin su intervención, no cabe establecer ni alterar ésta, es cosoberano». Por ello, «la interpretación plurinacional de la Constitución española (...) obliga (...) a una noción paccionada de la soberanía» (59). Es verdad, objeta el propio Herrero, que eso parece chocar con algunos preceptos constitucionales, particularmente con el 1.2 CE que afirma la unidad de la soberanía nacional, pero existen formas de salvar tales escollos. Para que la adicional primera tenga «verdadero sentido», propone convertirla «en una plena exención de la Constitución, de manera que, al margen de la norma fundamental aunque conectada con ella, la actualización de los Derechos Históricos supusiera una Constitución propia de los titulares, cuerpos políticos al margen de la Nación española respecto de los cuales no se predicase la unidad de la soberanía del artículo 1.2». En consecuencia, «la Nación española, cuerpo político enterizo, sin mengua de su articulación en nacionalidades y regiones (art. 2 CE), se da una Constitución en ejercicio de su indisoluble e indivisible soberanía (...) y, en una Adicional a

(58) M. HERRERO DE MIÑÓN: «Cosoberanía y Derechos Históricos (Artículo 1)», trabajo de 2000 recogido como capítulo 6 de su libro *El valor de la Constitución*, Crítica, Barcelona, 2003, pág. 71.

(59) «Cosoberanía y Derechos Históricos (Artículo 1)», *cit.*, pág. 77.

esa misma Constitución (...) reconoce la existencia de otros cuerpos políticos, titulares de sus respectivos derechos y dotados de una propia Constitución histórica» (60).

Los planteamientos teóricos de Herrero responden a esquemas vinculados con la Escuela Histórica y con la idea de una Constitución sustancial, lo que es difícilmente compatible con la consideración normativa de la Constitución, generalmente aceptada hoy. Sus planteamientos permiten la subordinación del Derecho a la política, y la disolución de aquél en ésta. La Constitución en sentido positivo se reduce a un pacto sobre el status de la Monarquía, las libertades y las nacionalidades históricas («las tres realidades que, a mi juicio, preexisten a la Constitución y se insertan en ella; sin derivar su existencia de la Constitución, sino que antes bien son su fundamento o raíces vitales») (61). Tal pacto es inderogable unilateralmente, ni siquiera a través del procedimiento de reforma de la Constitución, pero cuando existe acuerdo de las partes, «se puede, no sólo revisar la Constitución, sino incluso mutarla sin alterar su texto»: «(...) cuando la finalidad de paz inherente y esencial al Estado, pudiera ser mejor servida, reinterpretando e incluso forzando el sentido de los textos constitucionales, la reactivación del pacto constituyente sería la vía idónea para conseguirlo» (62).

En resumidas cuentas, Euskadi, Navarra, Cataluña y Galicia (63), son *corpora politica* separados, «fragmentos de Estado», «personalidades que, sin perjuicio de su vinculación con el Estado, no se disuelven en el Estado sino que se le yuxtaponen». Por eso son co-soberanos. De todo ello se deduce que la resolución de los problemas que puedan plantear los nacionalistas gobernantes en las nacionalidades históricas se sitúa en un terreno radicalmente nuevo, pues la actualización de sus derechos históricos les permite renegociar indefi-

(60) «Cosoberanía y Derechos Históricos (Artículo 1)», *cit.*, pág. 72.

(61) «La Constitución como pacto», artículo de 1992 publicado como capítulo 3 de su libro *El valor de la Constitución*, *cit.*, pág. 38.

(62) Si los Pactos Autonómicos de 1981, que no fue pacto de todos, dieron lugar a convenciones constitucionales, de otro pacto más amplio podrían derivarse otras convenciones constitucionales en sentido diferente: «si las primeras generalizaron el régimen autonómico y lo homogeneizaron, las segundas podrían servir para reconocer la exorbitancia, respecto del Título VIII, de determinados hechos diferenciales. Basta para ello reinterpretar, y no falta base jurídica al efecto, el “marco” de la Constitución que, con moderna versión de la “unidad constitucional de la Monarquía” establece la Disposición Adicional Primera», *ibid.*, pág. 44.

(63) Véanse las razones que le llevan a considerar titulares de Derechos Históricos reconocidos en la adicional primera a Cataluña y Galicia en «Génesis, desarrollo y perspectivas del Estado de las Autonomías (Título VIII)» trabajo suyo de 1998 recogido como artículo 19 en su citado libro *El valor de la Constitución*, *cit.*, págs. 306 y sigs.

nidamente su posición en el Estado, siendo el único límite de la negociación el del núcleo esencial de la Constitución (que nadie ha aventurado definir). Obviamente, la excepcionalidad de esta posición corresponde a las nacionalidades históricas: «si se pretendiese general a todas las CC.AA., no sólo sería inviable, sino que carecería de eficacia política al perder su carácter de reconocimiento de la singularidad vasca» (64).

La implícita trascendencia de la política se hace explícita sin ambages: sus tesis se vinculan, ya desde sus *Memorias de estío* (65), con el intento de ayudar a solucionar el llamado problema vasco. La plena actualización de los derechos históricos sería «la vía para integrar satisfactoriamente el pueblo vasco como cuerpo político singular y distinto con el Estado constitucional» (66). «Eso es lo que llamo constitucionalismo útil. Un derecho constitucional al servicio de una meta política valiosa. En este caso, la paz y la integración» (67). Vista la experiencia de los últimos veinticinco años no parece que el intento sea alcanzable por esa vía, y es más que probable que su construcción teórica, además de inconstitucional, sea inútil para el fin propuesto. En cualquier caso, no parece útil, ni conveniente, olvidar las reglas de juego para conseguir una integración política democrática.

Las citadas tesis de Herrero de Miñón se han convertido, quizá *malgré lui*, en la justificación teórica de propuestas que, en nombre de la actualización de los Derechos Históricos, pretenden alcanzar algo tan alejado de la Constitución como convertir al País Vasco en una «Comunidad Libre Asociada» con España a través de un procedimiento que ignora el de reforma del Estatuto, y parece dar por supuesto que la reforma constitucional no sería necesaria dada la referida flexibilidad que introduce en ella el reconocimiento de los Derechos Históricos vascos (68).

(64) M. HERRERO DE MIÑÓN: «Qué son y para qué sirven los Derechos Históricos (Adicional Primera CE)», *RIEV*, 1999, recogido como capítulo 23 de *El valor de la Constitución*, cit., págs. 377-380.

(65) Véase en *Memorias de estío*, cit., pág. 162 la explicación de la enmienda que, junto con el portavoz del PNV en el Congreso, Xavier Arzálluz, redactó sobre la incorporación de la foralidad a la Constitución: conseguir «nada menos que la integración voluntaria de los vascos en la Monarquía española y la consiguiente aceptación de su Constitución, con la eliminación del problema de la autodeterminación. ¡El “arreglo foral” buscado desde 1839!».

(66) M. HERRERO DE MIÑÓN: «Qué son y para qué sirven los Derechos Históricos...», cit., pág. 368.

(67) «Qué son y para qué sirven los Derechos Históricos...», cit., pág. 369.

(68) Tras elaborarse este trabajo, el Gobierno Vasco presentó al Parlamento, el 25 de octubre de 2003, el texto articulado de una «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi», caracterizada en el artículo 1 como «Comunidad Vasca libremente asociada al Estado español bajo la denominación de Comunidad de Euskadi».

No es ésta la ocasión de señalar la inconstitucionalidad y problemas de la propuesta del Lehendakari (69), quizá sobre todo, porque como muy bien ha señalado Francisco Rubio Llorente «tampoco es necesario (...) un largo estudio para dilucidar su verdadero sentido y formar un juicio serio acerca de su compatibilidad o incompatibilidad con nuestra Constitución», sencillamente porque «son ideas ajenas por entero a las que animan la Constitución y estructuran en consecuencia un proyecto que es incompatible con ésta» (70). Lo son sobre todo, al margen de otras razones, porque «el hecho mismo de plantearlo como negociación entre dos entes soberanos basta para invalidarlo constitucionalmente; para hacerlo incompatible con la Constitución. (...) Haya o no cláusulas expresas de intangibilidad, no todo en una Constitución es reformable. Hay reformas que son imposibles por contradictorias con la Constitución, o simplemente con la lógica» (71).

El ejemplo que acabo de citar sirve para demostrar que referencia a los Derechos Históricos no vale para todo, y me permite acabar subrayando lo que he querido poner de manifiesto a lo largo de estas páginas: la constitucionalización de los Derechos Históricos habilitó al legislador estatutario vasco y al navarro para, en nombre de aquéllos, organizarse y asumir competencias que singularizaron a ambas Comunidades frente a las demás. En base a ella, y a impulso de demandas de naturaleza más política que jurídica, el legislador ha ido construyendo la foralidad, atípico edificio jurídico que los tribunales han interpretado en el marco de la Constitución, esto es, en el respeto a su texto y a los principios del ordenamiento constitucional. El proceso ha sido complejo, porque no han cesado los intentos que, desde la política, han pretendido (y han solido conseguir) seguir sacando nuevas cosas de la citada disposición adicional, novedades que han seguido y han de seguir siendo interpretadas conforme a las categorías de nuestro ordenamiento.

(69) Aparte de un sinnúmero de escritos en lugares varios, han aparecido dos obras colectivas sobre el plan del Lehendakari, realizados a partir de su declaración de septiembre de 2002, que no difiere en exceso de la más reciente de septiembre de 2003. Se trata de VV.AA.: *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP, Oñati, 2003, y del número 28 (2003) de la revista *Cuadernos de Alzate. Revista vasca de la cultura y las ideas*, dedicada al tema «El plan de Ibarretxe a examen». Desde una perspectiva constitucional, véanse, particularmente el trabajo de J. J. SOLOZÁBAL: «La viabilidad jurídico política del plan de Ibarretxe» (págs. 381 y sigs. del primer libro citado), o el de F. RUBIO LLORENTE: «El plan de Ibarretxe: más allá del pacto constitucional», págs. 137 y sigs. del segundo.

(70) F. RUBIO LLORENTE: «El plan de Ibarretxe: más allá del pacto constitucional», *Cuadernos de Alzate*, 28 (2003), pág. 138. No puedo menos que recomendar muy encarecidamente la lectura de todo el artículo.

(71) *Ibid.*, págs. 144-145.

Carlos Coello, en un libro de jurista lleno de sugerencias, ha puesto de manifiesto que de la disposición adicional primera de la Constitución se han derivado consecuencias muy lejanas a lo pretendido por el constituyente. Comparto su afirmación de que «el Saturno foral acaba devorando a sus padres» (72), no sólo porque —como él señala— ha construido una autonomía que margina al Parlamento Vasco y a las instituciones comunes a favor de un minifundismo territorial inicialmente no previsto, sino porque no ha dejado de alimentar la idea de liberarse de la Constitución. Pero es la Constitución quien ha dado vida a los Derechos Históricos, y quien ha definido una foralidad que no puede tener vida al margen de esa Norma Suprema.

(72) CARLOS COELLO: *La disposición adicional primera y la organización autonómica vasca*, cit., pág. 18.

NOTAS

