

LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS HISTORICOS VASCOS

Por MIGUEL HERRERO R. DE MIÑON

SUMARIO

1) Planteamiento de la cuestión.—2) ¿Cuáles son los territorios forales?—3) Paradojas de la jurisprudencia y perplejidad de la doctrina.—4) «El sentido propio de sus palabras».—5) Contexto.—6) Los antecedentes históricos y legislativos.—7) «La realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas».—8) El espíritu y la finalidad de las normas.—9) Conclusiones: la novación subjetiva y cotitularidad.

«Sólo hereda de verdad quien hereda dos veces.»

HEGEL

1. El estudio de los Derechos Históricos, tal como aparecen reconocidos en la disposición adicional 1.^a de la Constitución española, ha sido hasta hoy prácticamente marginado por la jurisprudencia y escasamente atendido por la doctrina (1). Sin embargo, se trata de la más relevante muestra de la «penetración de la historicidad en el Derecho Constitucional español» (2), fenómeno del más alto valor jurídico y de inapreciables consecuencias políticas.

(1) Hace excepción TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Los derechos históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración foral vasca*, Madrid, 1985, primer autor que ha abordado con rigor la generalidad de la cuestión. A él somos deudores cuantos nos ocupamos después de la misma temática, cualquiera que puedan ser nuestras discrepancias con las tesis mantenidas en esta notabilísima monografía. (Cfr. mi nota *Territorios históricos y fragmentos de Estado*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 14, 1985, págs. 345 y sigs.)

(2) Un planteamiento teórico en LUCAS VERDÚ: *Penetración de la historicidad en el Derecho constitucional español. El artículo 149, 1, 8, y la disposición adicional pri-*

Ello exige abordar en toda su amplitud la idea de los Derechos Históricos, analizando la titularidad de los mismos, su contenido, la forma de su actualización y su eficacia. Baste aquí y ahora tratar sólo el primero de estos extremos: la titularidad.

2. ¿Quiénes son los titulares de los Derechos Históricos? O, de acuerdo con los propios términos de la disposición adicional 1.^a de la Constitución, ¿cuáles son los Territorios Forales de los que se predica dicha titularidad?

Las hipótesis a tener en cuenta son, al menos, las siguientes:

— En primer término, los territorios que, en el pasado, hubieran sido *titulares de una foralidad política*.

Se trataría, en este caso, de los reinos de la Corona de Aragón, que perdieron sus instituciones políticas propias con ocasión de los Decretos de nueva Planta de 1713, y también de la peculiar personalidad política de Galicia en el seno de la Corona de Castilla, que perdiera con el establecimiento del sistema constitucional, si bien su desaparición es mucho más pacífica que en los otros casos mencionados (3).

La cuestión estuvo a punto de plantearse en la Constituyente, y si no ocurrió así fue por el miope antihistoricismo tanto de las fuerzas españolistas de cualquier signo como del nacionalismo catalán. Los primeros, especialmente en la derecha, no comprendieron las ventajas de insertar, a través de los derechos y denominaciones históricas, las reivindicaciones de una personalidad como la catalana, eminentemente peculiar e irreductible a cualquier generalización autonómica. Los segundos, porque desecharon la ocasión de garantizar, a través de una fórmula singular —y la vía vasca ha demostrado la eficacia de la misma—, la singularidad de su autonomía (4).

mera de la Constitución, recogido en *Curso de Derecho Político*, IV, Madrid, 1985, págs. 705 y sigs.

(3) Cfr. FERNÁNDEZ VILLAMIL: *Juntas del Reino de Galicia*, Madrid, 1969.

(4) Afirma el presidente Pujol: «Comparemos, por ejemplo, nuestro planteamiento con el del País Vasco. Comparemos concretamente la base intelectual e ideológica de nuestra reivindicación con la del País Vasco. Allí se reivindica de hecho el restablecimiento de los fueros. El nacionalismo vasco tiene un substrato foralista que el nuestro abandonó hace tiempo. Sería más exacto decir que no lo ha tenido nunca. A grandes rasgos, es como si nosotros hubiésemos reivindicado la situación anterior a 1714, una situación posible sólo en una concepción del Estado diferente de la que nosotros mismos hemos aceptado. Puede decirse —y exclúyase todo sentido peyorativo— que los planteamientos vascos eran más anacrónicos y aparentemente menos modernos que los nuestros. No nos engañemos: mucha gente ha ironizado sobre el tono foralista y muy *ancien régime* del nacionalismo vasco. El PNV no se llama realmente PNV, sino que se denomina "Partido que defiende a Dios y a los Fueros". Lo cual queda muy lejos de nuestros planteamientos —de los de todos— y de lo que normalmente se entiende por

La derogatoria 2.^a de la Constitución española, que se limita a las disposiciones abolicionarias de los Fueros de 1839 y 1876, parece eliminar esta hipótesis y reduce a tesis políticas, que no jurídicas, las diversas menciones de los estatutos de autonomía a la identidad histórica, frecuentemente en las regiones que carecen de ella.

Sin embargo, el Estatuto de Autonomía de Aragón (adicional 5.^a) replantea la cuestión en cuanto a una reserva de Derechos Históricos sobre el modelo vasco de 1979 y el navarro del Amejoramiento del Fuero (3). Pero, como ha señalado Bartolomé Clavero (6), la no utilización en todo el Estatuto y en las leyes subsiguientes del principio de salvedad del Derecho Histórico reduce dicha adicional 5.^a, bajo capa de proposición jurídica, a una tesis política más, cuya importancia, por cierto, sería necio subvalorar (7).

— La segunda hipótesis a tener en cuenta es identificar los Territorios Forales con *aquellos donde subsista una foralidad civil*.

En tal sentido se ha pronunciado cierta doctrina, a partir de la equivocación

modernidad. Es algo que causa sorpresa. Pero precisamente porque es tan extemporáneo puede producir un auténtico cambio en las estructuras estatales y en la relación de Euzkadi con el Estado. Cosa mucho más improbable cuando, como en nuestro caso, en términos de cultura política hablamos el mismo lenguaje de Madrid y en general el dominante en la cultura política europea moderna.» A continuación afirma Pujol: «Según todos los negociadores del Estatuto de 1979, nuestro Estatuto, con la lectura que de él se hacía entonces, debía conducir al mismo resultado que el vasco.» Y más adelante afirma: «Merece la pena apuntar que la generalización autonómica que se ha hecho y en la forma como se ha hecho, difícilmente permite a Cataluña tener el tratamiento a que aspira. Entre el "yo soy el 114 presidente de la Generalidad" del presidente Tarradellas y lo que puede salir de unos Estatutos que no son el resultado ni de una tradición histórica, ni de una larga reivindicación política, ni de una realidad lingüística y cultural, sino en buena medida parte de una decisión de carácter general y externo, hay una diferencia insondable» (*Estatuto de Autonomía, pacto de Estado*, Barcelona, 1987, págs. 10, 11 y 29; cfr. ARDANZA, en *Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Autonomías*, sesión informativa del lunes 25 de mayo de 1987, págs. 2 y sigs.).

(5) Curiosamente, los señores Aizpún y Gómez de las Rocas criticaron acerbamente la reserva de derechos históricos en el Estatuto de Guernica (TAMAYO SALABERRÍA: *Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Guernica*, Vitoria, 1981, págs. 622 y 626). La curiosa adicional quinta del Estatuto de Aragón se debe a una enmienda del PAR (núm. 31) aceptada en ponencia (BOCG, núm. 60, I-D, informe de la ponencia de 24 de mayo de 1982, pág. 456/10), lo cual impidió la discusión pública de la misma, que hubiera revestido el máximo interés (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión Constitucional*, núm. 82, sesión de 19 de mayo de 1982, pág. 3714).

(6) *El acceso a la autonomía de los territorios históricos: las comunidades forales*, en «Revista de Estudios Políticos», núms. 46-47, 1985, págs. 7 y sigs.

(7) Cfr. GÓMEZ DE LAS ROCES, en *Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón*, núm. 2, sesión plenaria de 20 de julio de 1987, pág. 17-b.

dad de lo foral, en su doble acepción de política y civil, puesto que en este sentido son Territorios Forales aquellos donde subsistan no ya en la acepción restrictiva del viejo artículo 13 del CC, sino del actual artículo 13.2 del CC, instituciones de Derecho privado distinto del común. Sin embargo, el artículo 149.1.8.º CE da un tratamiento propio de la foralidad civil, al reabrir sus fuentes de producción legislativa, cuyo cierre, sobre todo en 1713, había sido utilizado precisamente por las tesis antiforalistas, encomendándolas a las Comunidades Autónomas (8).

«Allí donde existan» los derechos civiles forales o especiales (art. 149.1.8.º CE) no son todas las Comunidades Autónomas, y ni siquiera estos derechos son, en muchos casos, coextensos con la Comunidad ni únicos en la misma (v. g.: el caso vasco, cfr. art. 10.5 EA). Pero su inclusión entre las competencias generales de las Comunidades Autónomas en el artículo 149 CE haría redundante y, en consecuencia, carente de sentido la disposición adicional 1.ª CE. Por ello, el primer intento de exégesis netamente contraria la interpreto para vaciarla de contenido, en el sentido de que «se amparan y respetan los derechos civiles forales vigentes» (9). Pero la recta interpretación jurídica no consiste en dejar sin sentido la norma incómoda o difícil, como sería el caso, y el artículo 3.º del CC requiere que «el sentido literal de las palabras» —Derechos Históricos— se ponga en relación con el contexto, en este caso el más inmediato, la derogatoria 2.ª de la misma Constitución, que se remite a una derogación de disposiciones abolicionistas de foralidad política y no civil.

— La tercera hipótesis consiste en remitir la adicional 1.ª de la Constitución a *aquellos territorios donde, en el pasado, se hubieran plebiscitado Estatutos de Autonomía*, de acuerdo con lo previsto en la transitoria 2.ª de la misma Constitución.

Efectivamente, la legitimidad democrática que supone haber «plebiscitado en el pasado Estatutos de Autonomía (transitoria 2.ª CE) sí constituye, aunque nunca se haya planteado así, un verdadero Derecho Histórico, al menos en la propia sistemática de la Constitución, que al dispensar a tales territorios de determinados requisitos del artículo 151 CE, está «amparando» una situación histórica que le es tan ajena como los Fueros de Navarra. Pero este argumento, que hubiera sido útil en febrero de 1980, carece hoy de relieve, puesto que, como corresponde a su naturaleza, la transitoria 2.ª ya se ha consumido, mientras que la adicional 1.ª tiene vocación de permanencia, más allá incluso que la propia Constitución.

(8) Por todos, ARCE JANÁRIZ: *Constitución y derechos civiles forales*, Madrid, 1987.

(9) TOMÁS Y VALIENTE: *Los derechos históricos de Euskadi*, en «Sistema», núm. 31, 1979, pág. 28.

Una cuarta hipótesis, a mi juicio acertada, identifica los Territorios Forales con aquellos donde subsistía un residuo de la vieja foralidad política y aquellos otros a los que se refería la derogatoria 2.^a Pero, a su vez, ello es susceptible de una triple interpretación, ya se trate de Navarra y las Provincias Forales Vascongadas, de Navarra y la Comunidad Autónoma de Euskadi, o de lo que, con razón, se ha llamado «los otros Territorios Históricos» (10), a saber: junto con las dos Provincias Vascongadas, el Señorío de Vizcaya y Navarra, Ayala, las Encartaciones, el Duranguesado y algunos más.

Dado el proceso de provincialización foral, tan brillantemente descrito por Tomás Ramón Fernández (11), y la reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra de 1983, que convierte en Comunidad Foral a uno de los Territorios cuyo carácter de tal jamás se ha discutido, se excluye toda duda sobre Navarra como titular de Derechos Históricos y también los denominados «otros Territorios». Por ello reduciré mi análisis a los Derechos Históricos Vascos, la sustantividad de cuya problemática ha sido ya destacada por la doctrina.

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aparte de insuficiente, es, en cuanto a los Derechos Históricos se refiere, manifiestamente contradictoria.

La sentencia 11/1984, de 2 de febrero, separa radicalmente «las competencias de los Territorios Históricos» y «las que puedan corresponder a la Comunidad Autónoma Vasca», afirmando taxativamente:

«Las fuentes de las que nacen las competencias de los territorios históricos por un lado y de las Comunidades Autónomas por otro son necesariamente distintas. 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, en virtud de lo dispuesto por la disposición adicional primera de la Constitución; por lo que la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales “Derechos”. Mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas son las que éstas, dentro del marco establecido por la Constitución, hayan asumido mediante sus respectivos Estatutos de Autonomía, habrá que acudir, en consecuencia, a la Constitución, a los Estatutos de Auto-

(10) Cfr. LIZUNDIA: *Sobre los otros territorios históricos*, en *Jornadas de estudio sobre la actualización de los derechos históricos vascos*, Bilbao, 1986, págs. 182 y sigs. (Este volumen se citará a continuación como *Jornadas de estudio*.)

(11) *Op. cit.*, págs. 45 y sigs.

nomía y a otras posibles normas delimitadoras de competencias dictadas en el marco de las anteriores para saber cuáles sean las correspondientes a cada comunidad.»

Sin embargo, el mismo Tribunal, en la sentencia 124/1984, de 18 de diciembre, afirma que:

«La idea de Derechos Históricos de las Comunidades y Territorios Forales, a que alude la disposición 1.^a de la Constitución, no puede considerarse como un título autónomo del que pueden deducirse específicas competencias».

Ante tamañas contradicciones del máximo intérprete de la Constitución, cuyo poco aprecio por los Derechos Históricos es evidente, no es de extrañar la perplejidad de la doctrina, y así, mientras Tomás Ramón Fernández da por supuesto, con un énfasis incluso excesivo, que los únicos titulares de los Derechos Históricos a que se refiere la adicional 1.^a de la Constitución son, además de Navarra, Alava, Guipúzcoa y el Señorío de Vizcaya (12), Javier Corcuera (13) ha llegado a reivindicar los tales Derechos como pura fuente de legitimación política para la propia Comunidad, siendo frecuentes las referencias a los mismos como «verdadero mito» (14), «reino de la incertidumbre y la indeterminación» (15).

La alternativa a la reducción de los Derechos Históricos a pura retórica sólo puede ser la afirmación de su contenido normativo, como, por otra parte, el Tribunal propugna de toda la Constitución, y sólo muy recientemente se ha atrevido a hacer la doctrina con la disposición adicional 1.^a

Ahora bien: una vez afirmado este carácter normativo, la titularidad de los Derechos Históricos por uno u otro sujeto es de alta trascendencia jurídica y política, puesto que de ella depende la organización interna de Euzkadi e incluso su futura articulación con el Estado y el proceso político vasco,

(12) *Ibidem*, págs. 117 y sigs. Cfr. LUCAS VERDÚ: *Los derechos históricos como constitución sustancial del pueblo vasco*, en *Actas del II Congreso Mundial Vasco. Congreso sobre los Derechos Históricos Vascos. Ponencias y colaboraciones invitadas*, Vitoria, 1987, págs. 216 y sig.

(13) *Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales*, en «Revista de Estudios Políticos», núms. 46-47, 1985, pág. 75, y también en *Jornadas de estudio*, pág. 404.

(14) CORCUERA: *La constitucionalización de los derechos históricos: fueros y autonomía*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 11, 1984, págs. 10 y siguientes, siguiendo a CLAVERO: *El Código y el Fuero*, Madrid, 1982, pág. 73.

(15) MONREAL, en *Jornadas de estudio*, pág. 51; cfr. pág. 118.

el de hoy y el de mañana, impide eludir indefinidamente la opción. Una opción que el jurista debe hacer atendiendo a los criterios interpretativos sentados en el artículo 3.º del CC, esto es, los literales, sistemáticos e históricos, orientados todos ellos por la doble ruptura hacia la realidad social y la finalidad de las normas.

Sin embargo, ¿sobre qué debe versar tal interpretación? Es aquí donde me parece sumamente útil la noción de grupo normativo, entendiendo por tal el conjunto de normas jerárquicamente articuladas que contemplan, implícita o explícitamente, un mismo supuesto de hecho bajo una misma *ratio*, *ratio* que, obviamente, no viene dada de manera espontánea por la literalidad de las normas, sino que ha de ser, primero, supuesta como toda hipótesis; después, descubierta mediante la correspondiente investigación interpretativa.

Es a este conjunto, verdadero contexto en el que concurren no sólo la adicional 1.ª de la Constitución, sino otras normas constitucionales, estatutarias y legales, que, a través de diversas instituciones, contemplan los Derechos Históricos —grupo horizontal—, al que han de referirse los criterios del artículo 3.º del CC (16).

4. La *literalidad* de la disposición adicional 1.ª, esto es, el «sentido propio de sus palabras», no resuelve nada en verdad, porque si atribuye la titularidad de los Derechos Históricos a los Territorios Forales, la cuestión estriba en saber qué se considera como tales.

En efecto, cuando se redactó la adicional 1.ª, Euskadi no existía, y en lo que después ha sido su ámbito, los Territorios calificables como Forales no eran otros que los tres Territorios Históricos de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya. Pero es claro que no basta la conexión meramente temporal para fijar una interpretación, y precisamente cuando una relación jurídica se trasmuta o modifica es cuando aquella conexión temporal se supera necesariamente. Tal es, por otra parte, un carácter consustancial a la propia foralidad: su transformación sin ruptura alguna del tracto (17).

Pero, además, en el mismo grupo normativo horizontal, esto es, en diversas normas que cabría calificar de «isomórficas», abundan las expresiones literales en pro de una titularidad distinta de los Derechos Históricos.

Tal es el caso, aun sin entrar en la disposición adicional del Estatuto, a analizar más adelante, de los artículos 16 («en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional 1.ª de la Constitución, es de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la enseñanza...»), 17 («mediante el pro-

(16) Cfr. VILLAR PALASÍ: *Derecho administrativo, introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, págs. 433 y sigs.

(17) TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *op. cit.*, págs. 45 y sigs.

ceso de actualización del régimen Foral previsto en la disposición adicional 1.^a de la Constitución, corresponderá a las instituciones del País Vasco...»), 41 («las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vendrán reguladas mediante el sistema Foral tradicional...») y siguientes del Estatuto, y en otras disposiciones sectoriales, v. gr., la Ley de Sanidad, la referencia a los Derechos Históricos reconocida en la disposición adicional 1.^a de la Constitución es causa de atribución de competencias a la Comunidad Autónoma de Euskadi (Ley 14/1986, de 25 de abril, disposición adicional 1.^a).

Es preciso subrayar también la curiosa expresión del artículo 22.2 del Estatuto, según el cual, «la Comunidad Autónoma podrá celebrar convenios con otro Territorio Histórico Foral». Porque, intencionalidades políticas aparte, el principio lógico de reversibilidad lleva a calificar de Territorio Histórico Foral a la propia Comunidad Autónoma de Euskadi.

5. Si de la literalidad pasamos al *contexto*, concebido con toda la amplitud que el canon hermenéutico de totalidad exige, es decir, el grupo normativo en su plenitud, es claro que la titularidad de los Derechos Históricos no puede determinarse al margen del Estatuto, aunque la adicional 1.^a de la Constitución sea anterior al mismo, ni aun reconociendo la *praeter-constitucionalidad* de dichos Derechos Históricos. Desvincular la adicional 1.^a de la Constitución de la adicional del Estatuto es quebrar el canon de totalidad, porque ambas se están refiriendo al mismo supuesto, los Derechos Históricos, y sabido es que «incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita indicare vel responde» (Celso, D. 1, 3, 24; cfr. D. 32, 79 y 50, 16, 93). Y aunque indudablemente los Derechos Históricos preceden tanto al Estatuto como a la Constitución, según se deduce de la propia literalidad de la adicional 1.^a (sólo se reconoce lo que ya existe) y de su colocación sistemática, la teoría general del Derecho conoce la sustitución del titular de una relación jurídica por otro: se llama *novación* (18).

Ello es así porque la «actualización en el marco de la Constitución y del Estatuto», a que hace referencia al párrafo 2.º de la adicional 1.^a, se refiere no a poner al día desde una perspectiva cronológica, sino a pasar de la potencia al acto, según un criterio ontológico. Nadie, en efecto, pretendió modernizar una situación arcaica, porque la evolución histórica de las instituciones forales fue rota por el proceso iniciado en 1839 y también por los cambios drásticos de la sociedad vascongada (19), sino pasar a acto un prin-

(18) Metódicamente sigo a BETTI: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. española, Madrid, 1975, págs. 23 y sigs.

(19) Con razón dice Azaola: «Es inútil perderse en divagaciones sobre saber quién ha traicionado los Fueros. Los Fueros los ha traicionado el tiempo, que no deja

cipio de autogobierno cuya imprescriptibilidad, afirmada por los foralistas y nacionalistas, reconoce la Constitución, pero que la legislación abolicionista de casi un siglo y las situaciones subsiguientes reducían a mera potencia. De ahí las diversas indeterminaciones de los Derechos Históricos antes de su actualización (incluso la pre y praeter-constitucional, v. gr.: RDL 18/1977, de 4 de marzo, y decretos subsiguientes, o el RDL 1/1978, de 4 de enero), y de ahí que sólo en virtud de este proceso de actualización pueden no considerarse como titulares de Derechos Históricos los otros Territorios Forales (v. gr.: el Duranguesado o las Encartaciones, a las que antes se ha hecho referencia). Tal es el criterio del mismo Tribunal Constitucional cuando recuerda que «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» (sentencia 123/1984, de 18 de diciembre).

Ahora bien: una vez remitidos al Estatuto de Autonomía, el problema consiste en precisar el alcance de esta remisión y, más concretamente, el sentido que se da al «marco» estatutario.

Si «marco» estatutario quiere decir actualización en el Estatuto, sólo en el Estatuto, y plenamente en el Estatuto, y a ello parece apuntar la jurisprudencia en el caso navarro (STC 16/1984, de 6 de febrero), es difícil negar que dicha actualización no suponga un cambio en el titular de los Derechos Históricos, al menos por los siguientes argumentos:

Por una parte, la asunción, en el propio Estatuto, de competencias por las instituciones comunes de Euskadi, sobre la base de la adicional 1.^a, es decir, la titularidad de los Derechos Históricos, en los ya mencionados artículos 16, 17 y 41 del Estatuto. Por otra, la competencia de las instituciones comunes de Euskadi, entendiéndose por tal al propio pueblo vasco, pronunciándose a través de referéndum (art. 46.1 del EA) sobre las competencias que a los propios Territorios Históricos reconoce el mencionado Estatuto como forales (art. 37 del EA). Y es claro que, sin llegar a este caso límite, la cuestión ya se ha planteado con ocasión de la distribución de competencias realizada por la Ley de Territorios Históricos y, más recientemente, con ocasión de la Ley de 27 de marzo de 1987, dado el juego de los artículos 10.3 y 37.3.a) del Estatuto de Autonomía.

Sin duda se planteará la incidencia que en este proceso de modificación de las competencias «Forales» de los Territorios Históricos por las Institu-

cosa sana» (*Vasconia en su destino*, II/1, Madrid, 1976, pág. 384). Cfr. Fusi: *El País Vasco. Pluralismo y nacionalidad*, Madrid, 1984, págs. 161 y sigs. y la bibliografía allí citada.

ciones Comunes Vascas tendrá el párrafo 1.º de la adicional 1.ª de la Constitución, concebido, según ha propugnado muy acreditada doctrina, como «garantía institucional» (20). Pero, aparte de las reservas dogmáticas que tal categoría ha merecido, de su inoperancia frente a una pluralidad simultánea o sucesiva de medidas de vaciamiento, de las que no es mala prueba la modificación del artículo 7.º de la Ley de Territorios Históricos, por la ya mencionada Ley de 27 de marzo de 1987 (21), y de su extraña y sospechosa utilización jurisprudencial (22), baste pensar en la imposibilidad de esgrimirla, tanto por su falta de cauce procesal oportuno, al carecer lamentablemente los mencionados Territorios Históricos de legitimación ante el Tribunal Constitucional, como si el resultado del referéndum previsto en el artículo 46.1.d) del Estatuto fuera el aval de un cambio de la «realidad social típica» (23), a que se refiere el siempre mutable contenido o núcleo esencial que la garantía institucional se supone protege. ¿Qué «imagen específica de la foralidad» podría considerarse socialmente vigente frente a los resultados de un referéndum?

Sin embargo, donde el cambio de titular de los Derechos Históricos aparece más claro es en la disposición adicional del Estatuto Vasco, que hace reserva en favor «del pueblo vasco» de «los Derechos que, como tal, le hubieran podido corresponder en virtud de su historia», expresión donde política y jurídicamente se ha visto la afirmación de una instancia unitaria frente a los Territorios Históricos, cuestión esta en la que insistiré después.

Si, por el contrario, «marco» quiere decir «de acuerdo con» (24), una serie de principios fundamentales que encuadran la propia realidad estatutaria, es claro que, dentro del mismo, pueden mantener su titularidad de Derechos Históricos los antiguos Territorios Forales, sin perjuicio de los que, en

(20) Cfr. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Los derechos históricos*, págs. 87 y sigs., sobre la base de PAREJO ALFONSO: *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, 1981.

(21) PAREJO: *loc. cit.*, págs. 25 y sigs.

(22) Cfr. URIARTE, en *Jornadas de estudio de los derechos históricos vascos*, pág. 625.

(23) Cfr. HÄBERLE: *Die wesensgehaltgarantie des Arts 19 Abs 2 Grundgesetz*, Karlsruhe, 1962, pág. 124, cuya tesis influye en TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Los derechos históricos*, pág. 93.

(24) Cfr. BARTOLOMÉ CLAVERO: *El principio de salvedad constitucional del derecho histórico vasco*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 37, 1984, págs. 7 y sigs., en especial págs. 11 y 16. Esta tesis no ha dejado de encontrar seguidores (por ejemplo, LOPERENA ROTA: *Unidad constitucional y actualizaciones generales y posiciones de los derechos históricos*, en *Jornadas de estudio*, págs. 310 y sigs.). En contra, toda la escuela encabezada por García de Enterría; por todos, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, 1985, págs. 88 y sigs.

virtud de los ya mencionados artículos 16, 17 y 41 o de otras normas, como la citada Ley de Sanidad, puedan corresponder a Euskadi. En tal caso, los antiguos Territorios Históricos se encuentran protegidos por lo que, con razón, podría denominarse «cláusulas forales de identificación» del Estatuto de 1979, puesto que los artículos 2.º, 3.º y 37 formarían parte integrante de ese «marco» o, en otros términos, Constitución sustancial (25).

Literalmente, «marco» parece exigir esta segunda interpretación, puesto que lo que delimita el paisaje o la pintura y, en cuanto a tal, da acceso a la misma y permite conocerla, puede condicionarla, pero no sustituirla. Pero también, en este caso, el contexto determina, optando y excluyendo, el sentido de la literalidad.

En efecto, el «marco» mencionado en el párrafo 2.º de la adicional 1.ª es tanto el Estatuto como la Constitución, y la versión que se dé de uno ha de servir para el otro. Ahora bien: el «marco» constitucional ha sido interpretado en dos sentidos muy diferentes, ya sea como fundamentos del propio sistema, es decir, una serie de valores sustanciales que enmarcan la propia Constitución o simplemente «de acuerdo con la Constitución», con todas y cada una de las prescripciones del título VIII, lo que dejaría sin sentido a la propia disposición adicional 1.ª Así lo hace el Tribunal Constitucional en la citada sentencia de 18 de diciembre de 1984 («la idea de Derechos Históricos... no puede considerarse como un título autónomo del que pueden deducirse específicas competencias... por donde el problema retorna... al artículo 149.1.29 de la Constitución»). Pero, sin embargo, el propio Tribunal, aunque insiste en el valor normativo de toda la Constitución, no deja de reconocer que, siendo ésta «la norma suprema del Estado como totalidad...», sus *principios* obligan por igual a todas las organizaciones que forman parte de esa totalidad» (sentencia de 28 de julio de 1981). Que los principios no pueden identificarse con todos y cada uno de los preceptos del título VIII de la Constitución parece evidente.

Como certeramente se ha señalado (26), la dualidad de interpretaciones tiene precedentes muy ilustrativos en la «unidad constitucional de la monarquía», proclamada en el artículo 1.º de la Ley de 28 de octubre de 1839, y que podría significar ya la comunidad institucional, según propusiera en prin-

(25) Noción introducida en la doctrina española, a partir de la italiana, por Pablo Lucas Verdú en diversos trabajos (por todos, *El pluralismo político y social dentro de la Constitución de 1978 y la constitución sustancial*, Madrid, 1982), y aplicado al caso vasco, en el trabajo citado en nota 12.

(26) CORCUERA, en «Revista de Estudios Políticos», núms. 46-47, 1985, pág. 63. Cfr. UNZUETA, en *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 41, sesión plenaria de 5 de octubre de 1978, págs. 3338 y sigs.

cipio el propio Gobierno y, durante todo el pasado siglo, los fueristas vascos (27), ya, como se hizo a partir del RD de 29 de octubre de 1841, «proclamar la unidad administrativa» (28). Pero esta dualidad supone hoy, como supuso ayer, optar entre la singularidad de la autonomía, basada en la disposición adicional 1.^a de la Constitución y las bases forales de la autonomía estatutaria, o en la homogeneidad basada en el artículo 2.^o de la Constitución. Lo primero amplía el «marco» constitucional y obliga a hacer otro tanto con el estatutario; la inversa puede constreñir el estatutario, pero obliga a otro tanto con el constitucional. En otras palabras: si se niega todo relieve jurídico-político a los Derechos Históricos, como hace un sector del nacionalismo vasco y el propio Tribunal Constitucional, la suerte de los Territorios Forales está echada, pero con ello se agostan las raíces de la peculiaridad autonómica vasca. Si, por el contrario, se pretenden mantener vivas estas raíces y articular, como a ellas corresponde, la relación de Euskadi con el resto del Estado, es preciso reconocer, más allá de una distribución cuantitativa de competencias, que la personalidad de los Territorios Históricos forma parte de la constitución sustancial de Euskadi, es decir, que las cláusulas forales de identificación del Estatuto de 1979 forman parte del «marco» de actualización de los Derechos Históricos.

6. ¿Qué otros resultados arrojan los *antecedentes históricos y legislativos* cuya toma en consideración, como criterios interpretativos, también exige el artículo 3.^o del CC?

Respecto de los primeros, «es un hecho indiscutible e indiscutido el carácter estrictamente provincial de los Fueros Vascos» (29), acentuado a través del proceso de provincialización postabolitorio. Sin embargo, este rasgo, que pervive en el primer nacionalismo vasco y es clave en las fórmulas reivindicatorias de 1917, quiebra con las pretensiones estatutarias iniciadas en 1923 y culminadas en la efímera pero efectiva vigencia del Estatuto de 1936 (30). Surge así una tradición estatutaria, escasamente autóctona, que, al ser asumida por la izquierda con preferencia a la reivindicación de los De-

(27) Véase en declaraciones de Arazaga, Caramolino y Ezpeleta en el Congreso de los Diputados en octubre de 1839. Sobre el fuerismo ulterior, cfr. CORCUERA: *Orígenes, ideología y organización del nacionalismo vasco*, Madrid, 1979, págs. 81 y sigs.

(28) «El Gobierno... proclama la unidad administrativa y la dependencia efectiva de sus agentes en todo lo que concierne a las funciones que la Constitución le confiere» (*Exposición de motivos*, párrafo 2.^o, en TAMAYO SALABERRÍA: *Fuentes*, pág. 9).

(29) TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pág. 117.

(30) Sobre 1917, cfr. FUSI: *op. cit.*, págs. 167 y sigs. y las referencias allí contenidas. Para los antecedentes de 1903, cfr. CASTELLS ARTECHE: *Fueros y conciertos económicos*, San Sebastián, 1980.

rechos Históricos, pesa extraordinariamente en el proceso político de la transición (31), a la vez que, como ya había ocurrido durante la II República, los planteamientos antiautonomistas de la derecha centralista se revisten de foralismo provincial (32). Entre ambas posiciones, la reivindicación de los Derechos Históricos, a la vez que no puede desconocer quiénes han sido los seculares depositarios de éstos, no puede dejar de trascenderlos en cuanto a su titular se refiere. Se produce así, a través de la reelaboración nacionalista de la reivindicación foral, una novación de los Derechos Históricos (33) que no sólo afecta a su contenido objetivo, sino, en alguna manera, a su elemento subjetivo. Por estas razones, los antecedentes legislativos del grupo normativo a tener en cuenta por el intérprete resultan sumamente ambiguos, pero la novación es su hilo rojo.

En cuanto a las bases constitucionales de la autonomía, cuya historia, al menos formal, ha sido tantas veces contada, es preciso destacar los siguientes extremos. El *proceso preautonómico es claramente territorial*, y las instituciones comunes se conciben y configuran con carácter eminentemente interprovincial, «confederal» será el término utilizado (34). A ello contribuyen situaciones coyunturales como la entonces pendiente situación navarra y las reticencias alavesas, pero también los propios planteamientos nacionalistas y las tan certeras como tímidas medidas de reintegración foral adoptadas por el Gobierno, y que, cualquiera que fuese su alcance, y mayor lo hubiera podido ser, fortalecían el hecho territorial (35).

(31) Compromiso autonómico de 1967, artículo 4 (cfr. TAMAYO SALABERRÍA: *Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Guernica*, Vitoria, 1981, pág. 74).

(32) Enmiendas presentadas por FE y de las JONS, AP y Unión Nacional Española a la ponencia redactora del anteproyecto del Estatuto de Autonomía (TAMAYO SALABERRÍA: *Fuentes*, págs. 450 y sigs., 458 y sigs. y 1503 y sigs.) y el discurso negativo de Fraga en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, sesión plenaria, núm. 49, págs. 3166-3167 («Es imposible intentar basar el Estatuto en la tradición foral, de la cual se separa radicalmente»), así como la abstención de Alfonso Osorio a la hora de votar este Estatuto de Autonomía (*ibidem*). Sobre antecedentes de estas posiciones, cfr. FUSI: *op. cit.*, págs. 171 y sigs.

(33) Véase la declaración del lehendakari Ardanza, en *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Autonomías, sesión informativa de 25 de mayo de 1987, pág. 16.

(34) Proyecto de decreto-ley de régimen preautonómico para el País Vasco aprobado por la Asamblea de Parlamentarios Vascos de 17 de septiembre de 1977, art. 1 (TAMAYO: *Fuentes*, pág. 75).

(35) Véanse Real Decreto-Ley 18/1977, de 4 de marzo; Real Decreto 1611/1977, de 2 de junio; Real Decreto-Ley 1/1978, de 4 de enero, art. 1; Real Decreto-Ley 8/1979, de 18 de mayo, y Reales Decretos 122/1979, 123/1979 y 124/1979, de 26 de enero, así como las respectivas decisiones de incorporación de los territorios históricos al Consejo General Vasco.

Más aún, como no ha dejado de señalarse por la doctrina, el acceso a la autonomía de Euskadi se configura sobre una base confederal de la que pueden rastrearse huellas en el propio Estatuto de 1979 (36). Sin embargo, la transitoria 2.^a de la CE, al remitirse al artículo 152, en cuanto a la estructura de las futuras Comunidades Autónomas, *prefiguró una opción distinta*.

En todo caso, los planteamientos territoriales se encuentran en la base de la disposición adicional 1.^a de la Constitución, especialmente en cuanto a la titularidad de los Derechos Históricos se refiere. Los trabajos de la Constituyente, en consecuencia, dejan a todas luces claro que son Navarra y cada una de las tres Provincias Vascongadas, los Territorios Forales a quienes se atribuye titularidad de Derechos Históricos. Si, además, dicha titularidad no plasma en una participación directa de acceso a la autonomía, se debió a la ambigüedad de la fórmula final (37).

Sin embargo, no es menos cierto que la disposición adicional 1.^a de la Constitución, resultado de la famosa enmienda 689 del Partido Nacionalista Vasco, formulada en el Congreso, y de sus reelaboraciones posteriores, tiene una finalidad fundamental, la ruptura del techo competencial establecido en el título VIII de la Constitución (38). Y si la voluntad del legislador es, en este caso, ambigua por las diversas razones expuestas en torno al texto resultante, lo cierto es que la inmediata utilización de dicha adicional 1.^a en la elaboración del Estatuto de 1979 demuestra su sentido práctico, la mejor crítica de cualquier teoría.

Porque si los senadores vascos rechazaron la mención del «marco» como equivalente a la interpretación uniformista de la Constitución y los partidos mayoritarios (UCD y PSOE) impusieron la fórmula vigente, precisamente para esclarecer toda duda sobre la primacía constitucional, entendiéndolo por tal no la Constitución sustancial, sino las leyes de la Constitución (39), no faltó quien votó el texto de la adicional como base de una foralidad preconstitu-

(36) Cfr. CLAVERO: *El acceso a la autonomía de los territorios históricos: las comunidades forales*, en «Revista de Estudios Políticos», núms. 46-47, 1985, págs. 91 y sigs., en especial págs. 97 y sigs.

(37) Enmienda 689 del Grupo Nacionalista Vasco al anteproyecto de Constitución en el Congreso de los Diputados. Cfr. ARZALLUS, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión Constitucional, sesión de 5 de mayo de 1978, núm. 59, página 2065, y Pleno, sesión de 21 de julio de 1978, núm. 116, pág. 4572 (enmienda *in voce*), y *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión, sesión de 14 de septiembre de 1978, núm. 55, enmienda 979 y pág. 2748 (enmienda *in voce*).

(38) Cfr. *El Partido Nacionalista Vasco y la Constitución. Historia y alcance de unas negociaciones*, Zarauz, 1978, pág. 42.

(39) Por todos, ABRIL MARTORELL, en *Diario de Sesiones del Senado* citado, páginas 3339 y sigs. y 3345 y sigs.

cional pactada (40), ni protestas vascas de acatamiento a la Constitución sustancial, ni una inmediata utilización de la adicional 1.^a de la Constitución, frente al título VIII de la misma, al elaborar el Estatuto de Autonomía.

En cuanto a las disposiciones «forales» del Estatuto de Autonomía, es preciso distinguir tres supuestos:

— Por una parte, la remisión a la adicional 1.^a de la Constitución española de los artículos 16 y 17 del EA surge en el texto de la ponencia conjunta, sin que en los debates quede constancia alguna al respecto, pero a todas luces como fórmula para romper el techo competencial marcado por el título VIII de la Constitución, en favor, en ambos casos, de las instituciones comunes de Euskadi.

— La calificación de «foral» en el artículo 37.1 del Estatuto surge como sustitutiva de «legislativos y ejecutivos» en el segundo anteproyecto de Estatuto como resultado de la oposición de izquierdas a que las instituciones de los Territorios Históricos tuvieran formalmente potestades políticas del mayor nivel, esto es, legislativas y de gobierno (41). Sin embargo, la distribución competencial que el artículo 37.3 del Estatuto de Autonomía hace se justifica sobre la base de la titularidad territorial de los Derechos Históricos (42).

— Por último, en cuanto a la trascendental disposición adicional del Estatuto de Autonomía, se trata, se dirá en el Senado, de la «devolución de los Derechos Históricos a la Comunidad Vasca» (43) y, más claramente aún, en el Congreso: «supone también una autonomía abierta, sin renuncia a los derechos que un pueblo posee, no sólo por su tradición, por su evolución histórica, sino por el hecho de ser tal pueblo» (44).

(40) Véase DEL BURGO TAJADURA, en *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, sesión núm. 17, del 14 de septiembre, págs. 2741 y sigs., y sesión plenaria núm. 41, págs. 3332 y sigs. Sobre lo que sigue en el texto, cfr. ARZALLUS, en *Diario de Sesiones del Congreso*, Pleno, sesión de 21 de julio de 1978, núm. 43, pág. 2576.

(41) TAMAYO SALABERRÍA: *Fuentes*, pág. 497 (enmienda del Euskadiko Socialistak Elkartzete Indarra) y pág. 511 (enmienda del PSP-PSOE) al anteproyecto del Estatuto de Guernica.

(42) UNZUETA: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión Constitucional, sesión del 21 de julio de 1979, pág. 57: «El reconocimiento de la realidad de los Territorios Históricos... que si bien empieza en el pasado está anclada en el sentimiento de muchas personas, está anclada en el presente. Y va a tener, posiblemente, larga proyección en el futuro... Entiendo que ante todo debe primar el respeto a lo que es el Derecho histórico para salvar esa arquitectura de difícil integración.»

(43) UNZUETA: *Diario de Sesiones del Senado*, sesión plenaria, núm. 34, del 12 de diciembre de 1979, pág. 1403.

(44) ARZALLUS: *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión Constitucional, sesión del 21 de julio de 1979, pág. 89.

7. Corresponde ahora al intérprete trascender al propio grupo normativo y su génesis, para atender, por imperativos del artículo 3.º del CC, a la «*realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*».

Existe en Euskadi una dualidad de tradiciones autonomistas, además de la del propio Concierto económico: la foralista y la estatutaria, a las que responden una dualidad de instituciones territoriales y comunes (45). Pero esta constatación histórica es, hoy, polémica política.

Motejar las instituciones territoriales de arcaizantes y las instituciones comunes de modernas es introducir un juicio de valor ciertamente inexplicable sobre criterios técnicos, precisamente por quienes han abundado en la utilidad técnica del ámbito provincial como área de gestión y prestación de servicios y de control democrático de los mismos (46). No lo sería menos negar la realidad del pueblo vasco en su conjunto, como un cuerpo político y la expresión institucional de su nacionalidad (art. 1.º del EA).

Lo cierto es que son motivaciones netamente políticas las que explican el énfasis en el fortalecimiento de las instituciones comunes frente a los Territorios Históricos, y no hay que descartar que ocurra a la inversa cuando partidos distintos gobiernen, y ya ocurre, las instituciones comunes y las diferentes instituciones forales.

Se trata, por un lado, de las preocupaciones electoralistas del Partido Socialista, que vio en el viejo municipalismo del PNV, y su reflejo en las Juntas Generales, una barrera electoral difícilmente franqueable, y a ello se debió, sin duda, la reciente Ley de 27 de marzo de 1987 (47). De otra parte, es preciso subrayar la emergencia de un nacionalismo que abandona los «marcos» históricos para pasar a planteamientos de tipo «pan». El ingrediente historicista del nacionalismo no quiere decir arcaísmo ni se opone a modernidad, sino que pretende identificar a la comunidad nacional a través de un desarro-

(45) Cfr. MONREAL Y CASTELLS: «Fundamentos histórico-institucionales y proyectos autonómicos de Euskadi», en TRUJILLO: *Federalismo y regionalismo*, Madrid, 1979, págs. 488 y sigs. (subponencia de Monreal).

(46) MARTÍN MATEO: «Funciones», en *Primeras Jornadas de estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, 1983, págs. 1347 y sigs. Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías*, Madrid, 1981. «La tendencia contemporánea hacia el planteamiento regional de la vida local... imagina la región como un espacio mucho más amplio que el de nuestra provincia... pero yo no creo que pueda argüirse válidamente este hecho contra la validez... de una fuerte Administración provincial... Está, finalmente... la cercanía de la instancia provincial al mundo real de los intereses de la vida, argumento decisivo en el orden del Régimen local, cuya más profunda entraña está, sin duda, en su viejo nervio democrático» (GARCÍA DE ENTERRÍA: *Problemas actuales de Régimen Local*, Sevilla, 1958, págs. 38-39).

(47) Cfr. FUSI, caps. 3, 4 y 8. Sobre los conceptos que siguen, espero publicar en breve un trabajo, *Idea de nacionalismo*.

llo orgánico donde el sujeto de la reivindicación popular se determina en unos cuadros históricos donde la sociedad civil domina y penetra las instituciones políticas. Por el contrario, cuando se cortan estas raíces, el sujeto y objeto de la reivindicación pueden ser indeterminados, y su gestor político, incondicionado. La experiencia histórica muestra la proclividad carismática de los movimientos nacionalistas en los pueblos sin historia, y los avatares del nacionalismo vasco en los últimos tiempos parecen confirmar tales supuestos.

La realidad social es, en consecuencia, ambigua de suyo. Tomarla en consideración exige interpretarla, y ello supone una opción que, a su vez, contribuye a configurar la realidad social. De ahí la precariedad de las «imágenes» socialmente arraigadas, una vez que el legislador e incluso el intérprete y la opción axiológica que late detrás, puede señalarse, expresamente incluso, como objetivo, arraigar una imagen que considera mejor.

La invitación que el artículo 3.º del CC hace al intérprete de tomar en consideración la realidad social, le induce a juzgarla, a ponderar los intereses que en ella laten y a declarar la preferencia de unos sobre otros, excluyéndolos, jerarquizándolos o aunándolos.

Pero para evitar la politización del derecho y, en el caso de la norma constitucional, su conversión en el mero epifonema semántico de una determinada situación de poder, es preciso que ese juicio de valor se haga desde la norma. Como sigue diciendo el artículo 3.º del CC, desde su «espíritu y finalidad». Si la norma ha de tener algún sentido, su aplicación en cada momento concreto no puede suponer adaptarse a la realidad social del mismo, sino hacer efectiva en dicho momento, en «el tiempo en que han de ser aplicadas», la finalidad última y el espíritu de la propia norma. El «fin» del viejo Ihering, lo que Shapp denominaba «elemento fundamental de la naturaleza teleológico-axiológica del derecho», no puede ser puesto en cuestión por resultar dispar con las circunstancias del momento en que la norma ha de ser aplicada. Si dicha norma está vigente, es su *ratio* el parámetro para juzgar la realidad cuya conflictividad y ambigüedad exige juicio y la única alternativa lógica es la derogación expresa o tácita de la norma. En otras palabras: una realidad pacífica y unívoca no exige interpretación; si ésta es necesaria es porque existe un conflicto de intereses, y la norma ha de ser el parámetro para resolverlo. No se trata de adaptarla al presente, sino de realizarla en el presente.

8. Ahora bien: ¿cuál es el espíritu y la finalidad del grupo normativo que venimos considerando a la hora de determinar la titularidad de los Derechos Históricos vascos?

Para abordar tal problema es preciso alguna puntualización metodológica en torno a la jerarquía interna al ordenamiento constitucional, frente a la burda interpretación doctrinal del carácter normativo que de toda Constitución ha afirmado, con razón, la jurisprudencia (48).

El grupo normativo actúa como un todo orgánico, en cuanto que no es el resultado de una mera adición de normas dispersas, sino que resulta del concurso de todas en la regulación de un supuesto común. Esto es, se compone de miembros más bien que de partes, y la totalidad es la que condiciona el comportamiento de cada uno de éstos, de tal manera que sólo en el conjunto se obtiene la explicación de lo individual. Pero es claro que, como en cualquier totalidad organizada, los componentes del grupo se sitúan en el mismo de acuerdo con un principio de jerarquía, no tanto formal, en el sentido de que una norma de rango inferior ejecute la de rango superior *more kelseniano*, sino material, en el sentido de que todas las normas obtienen su significado, que, o bien está expreso en una de ellas, convertida así en integral de todo el grupo, o bien se encuentra implícito a través del mismo, debiendo ser reconstruido por el intérprete y adquiriendo, en todo caso, la misma función. Tales son las cabeceras del grupo, que, a mi juicio, se identifican con la propia jerarquía conceptual, propia de la construcción jurídica, y en virtud de lo cual lo concreto y específico es una función de lo general.

A mi juicio, la cabecera del grupo normativo es la disposición adicional 1.ª de la Constitución, en su párrafo 1.º, y el concepto clave del mismo es el Derecho Histórico, que, por reconocido y amparado, aparece como previo a la Constitución. De este principio preconstitucional, desinhibido en virtud de la derogatoria 2.ª de la Constitución, deriva la posibilidad de actualizar unos regímenes forales (párrafo 2.º de la disposición adicional 1.ª), y ello tiene lugar en el Estatuto de Autonomía y en otras normas sectoriales, cuya proliferación demuestra, además, aunque esto no sea objeto del presente trabajo, que la actualización estatutaria no es exhaustiva.

En función de esta jerarquía es preciso alcanzar el espíritu y la finalidad de las normas, que, claro está, se oculta si, so pretexto —nunca explicado— de la preeminencia de los artículos de la Constitución sobre su disposición adicional, se da menor relieve a ésta que al artículo 149, a pesar de los artículos 16 y 17 del EA, o se confunden los artículos 2.3 y 37 de éste con el 141 de la Constitución. Considerarlo así es no comprender nada y, en consecuencia, no poder resolver nada. Cualquiera que sea la utilización técnica del título VIII como parámetro normativo, el Estatuto de 1979 se basa en

(48) Cfr. EHMKE: *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, Tubinga, 1963.

la disposición adicional 1.^a Tal es su espíritu, a tenor de los redactores (49), pero es, además, el espíritu de la letra. Esta letra, a la que se remite la adicional 1.^a de la Constitución, reconoce a Euskadi como titular de Derechos Históricos, al menos en sus artículos 16, 17, 41 y siguientes y disposición adicional, y el legislador ordinario, en disposiciones ulteriores ya mencionadas, ha insistido en ello. Pero, además, en el mismo Estatuto, y de forma no menos concluyente, se reconoce a Alava, Vizcaya y Guipúzcoa la titularidad de Derechos Históricos. Baste pensar en el artículo 37, y cualquiera que sea el juicio que por otras razones merezca; en el mismo sentido ha abundado tanto el legislador estatal, v. gr., en la Ley de Transportes (5/1987, de 30 de julio), como el legislador autonómico, v. gr., en la Ley de Territorios Históricos.

Esta doble titularidad también resulta de la disposición adicional del Estatuto.

En efecto, tal norma aparece por primera vez en el proyecto elaborado por la Asamblea de Parlamentarios Vascos de diciembre de 1978, merced a tres enmiendas formuladas al segundo anteproyecto por el sindicato ELA, por Euskadiko Ezkerra y por el PNV (50).

En la primera se hace referencia a la reintegración foral en los términos convencionales de tinte claramente territorial. En el de EE, la connotación es aún más clara, puesto que expresamente se afirma que la autonomía «no implica en ningún caso renuncia de los Derechos Históricos de los Territorios Vascos». En la del PNV, por el contrario, el sujeto de la reserva es ya el Pueblo Vasco como un conjunto, si bien en su justificación se declara no tratarse de pretensión nueva, sino ligada a la historia de la reivindicación foral, alguno de cuyos hitos, expresamente mencionados como precedentes, hacen literal reserva de los Derechos Históricos de Alava, Vizcaya y Guipúzcoa, v. gr.: la Memoria de 1923, el Estatuto de Estella o el mismo proyecto de las Gestoras de 1932 (51). El nuevo sujeto de la reserva de Derechos, el Pueblo Vasco, aparece así como el sucesor de los anteriores titulares, aunque sin llegar a excluirlos.

La redacción final de la disposición adicional, elaborada por la ponencia conjunta, que no es objeto de ulterior discusión, introduce a su vez dos modificaciones fundamentales (52):

(49) UNZUETA: *Diario de Sesiones del Senado*, sesión plenaria núm. 45, del 5 de octubre de 1978, pág. 3342.

(50) Cfr. TAMAYO SALABERRÍA: *Fuentes*, págs. 447, 475 y 493.

(51) Cfr. ARZALLUS: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, sesión plenaria núm. 49, del 29 de noviembre de 1979, págs. 3160-3161.

(52) Cfr. TAMAYO SALABERRÍA: *Fuentes*, págs. 954-955.

Por un lado, el «pueden corresponder» de la versión inicial se sustituye por un pluscuamperfecto de subjuntivo, «le hubieran podido», que, debilita o no la expresión, la remite al pasado, un pasado que, en el caso vasco, se vincula necesariamente a los Territorios Históricos.

De otra parte, se elimina el título causal de «su voluntad de autogobierno» y se mantiene tan sólo el título histórico, a la vez que desaparece el artículo 1.2 del proyecto, según el cual «los poderes del País Vasco emanan del pueblo».

La crítica al proyecto de Guernica centró su atención en esta expresión por considerarla fragmentaria de la mítica noción de soberanía unitaria (53), pero es claro que al eliminarla se fortaleció la base foral del Estatuto, en la medida en que el artículo 2 del mismo, y lo que de él depende lógicamente, el 3 y el 37, cobra mayor fuerza al eliminar el 1.2 del proyecto.

9. De todo lo expuesto se concluye, a mi juicio, que más allá de la polémica política y las pseudointerpretaciones, que sólo pretenden servir posiciones preconcebidas, la Constitución y el Estatuto pueden ofrecer al intérprete fórmulas capaces de convertir «el desnudo conflicto político en un problema técnico-jurídico» (54).

En efecto, los criterios literales, sistemáticos, históricos y teleológicos aplicados, la letra y su espíritu, permiten concluir *la novación de los Derechos Históricos Vascos*.

Una novación subjetiva consistente en introducir, junto a Vizcaya, Alava y Guipúzcoa, un nuevo titular de Derechos Históricos, Euskadi. Todos los elementos a revalorizar en una teoría general de la novación, a la altura de nuestro tiempo, se dan en este caso. Desde el *animus novandi*, patente en los *facta concludentia*, valorados desde la escuela de Papiniano, y que permiten reconocer el carácter tácito de la novación, hasta su eficacia modificativa y no meramente extintiva, introducida a partir de Justiniano, oscurecida en las modernas codificaciones y aún hoy discutida, pasando por la misma noción de novación recogida por Ulpiano, como «prioris debitis in aliis obligationis transfusio atque translatio» (D. 46, 2, 1 pr.) (55).

Es claro cuán fecunda puede ser esta categoría a la hora de analizar el ser actual de los Derechos Históricos, puesto que su actualización no puede ser sino precisamente ésa: «transfusio atque translatio» a la que se refería

(53) Véase «Motivos de desacuerdo» de Coalición Democrática y UCD, en TAMAYO SALABERRÍA: *Fuentes*, págs. 610 y 628.

(54) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Estudios sobre autonomías territoriales*, pág. 467.

(55) Cfr. ANDREOLI: *La novacione tacita*, Milán, 1929.

Sabino, pero ahora interesa sólo destacar los aspectos subjetivos de la novación.

En efecto, los Derechos Históricos, reconocidos como preexistentes en la adicional 1.^a de la Constitución, son actualizados por el Estatuto y otras normas posteriores, y en ellas, a la vez que se reconocen como actualización de dichos Derechos competencias a Alava, Vizcaya y Guipúzcoa, se erige a Euskadi en nuevo Territorio Foral (art. 22.1.a), titular de Derechos Históricos propios (v. gr.: artículos 16 y 17 del EA), en cuyo favor, en consecuencia, pueden actualizarse nuevos derechos (Ley de Sanidad), como se ha hecho en otras normas con los propios Territorios de Alava, Vizcaya y Guipúzcoa (Ley de Régimen Local).

Dos son los problemas a tratar aquí: el problema de la pluralidad de sujetos a que la novación descrita da lugar, y la forma de dicha novación, dejando para otro lugar la incidencia de la misma en el contenido objetivo de los Derechos Históricos.

Respecto del primero, no cabe duda de que los Derechos Históricos así novados tienen una titularidad plural que, con la vieja pero precisa terminología de los pandectistas, cabe calificar de «conjuntiva» y no «disyuntiva». No se trata de saber si es Euskadi o sus Territorios los titulares de los Derechos, porque más bien es Euskadi y los Territorios, los Territorios y Euskadi, quienes han sido erigidos por la novación como titulares conjuntos de unos mismos Derechos. Más aún: si hasta el Estatuto de 1979 los Derechos Históricos de Alava, Vizcaya y Guipúzcoa eran entre sí tan distintos como lo son con los de Navarra e incluso los residuos postabolitorios, como el sistema de Concierto y determinadas peculiaridades administrativas, nada tenían que ver en un caso con otro. Hoy parece imprescindible concluir que la actualización estatutaria ha fusionado en uno solo los diversos títulos de cada Territorio, si bien cada uno, en ejercicio de las competencias de ellos derivadas, podría hacer un uso distinto de la competencia, de conservar, reestablecer o actualizar su organización, como reconoce el artículo 2 del Estatuto. Pero es precisamente el argumento de la homogeneidad el que sirve para explicar la actualización de Derechos Históricos en la reciente Ley de Transportes por Carretera (disposición adicional 3.^a de la Ley 5/1987, de 30 de julio).

Ahora bien: si se trata de una obligación conjuntiva, ¿de qué clase puede ser ésta? No creo que pueda hablarse de una solidaridad activa en titularidad de los Derechos Históricos, puesto que no se trata de la pluralidad de titulares de una sola relación jurídica, aunque las previsiones del artículo 41.2.d) del Estatuto, al prever «que la aportación del País Vasco al Estado consistirá en un cupo global», pudiera inducir a creerlo. Los Derechos Históricos son varios en cuanto a su contenido, y unas veces Euskadi, otras Ala-

va, Vizcaya y Guipúzcoa, cada una por sí, son acreedores o deudores de determinadas prestaciones, ya de hacer, ya de dar. Se trata, en consecuencia, de una cotitularidad mancomunada que en un solo caso, en cuanto al Concierto económico se refiere, por ser indivisible por definición «un cupo global» [art. 41.2.d) del EA], funciona como obligación mancomunada «en mano común».

La precisión en cuanto a la calificación de esta cotitularidad no es baladí, dada la diversa evolución que una pluralidad mancomunada de sujetos puede tener frente a una cotitularidad solidaria.

En cuanto a la segunda cuestión, la génesis de la novación tiene lugar, como es propio de esta figura, mediante una *delegatio* de los viejos titulares en favor de la nueva cotitularidad. Pero esta *delegatio* tiene lugar mediante un *concurso de voluntades* que históricamente tiene su hito más relevante en la adhesión de los Territorios Históricos al Consejo General Vasco, haciendo verdad lo que preveía el RDL de 4 de enero de 1978: «La delimitación de los Territorios del País Vasco será un efecto de la voluntad de las Provincias que se incorporen al mismo, y no de la voluntad del legislador.» El artículo 2 del Estatuto de 1979 es la expresión sistemática de esta realidad histórica.

Ahora bien: este concurso de voluntades, como es propio de todo pacto, no puede quedar al arbitrio de ninguna de las partes. Ni los de Territorios Históricos podrían hacer secesión de Euskadi ni las instituciones comunes del País Vasco abolir los Territorios Históricos. En este equilibrio consiste lo que, con razón, se ha denominado Constitución sustancial, de la cual son parte integrante las cláusulas de identificación foral del Estatuto, sin las cuales tampoco tiene sentido hablar de Derechos Históricos de Euskadi.

En consecuencia, yo no creo que mecánicamente pueda impedirse la supresión de los Territorios Históricos mediante la puesta en juego de las previsiones del título IV del Estatuto o, lo que es lo mismo, su vaciamiento competencial. La inexistencia de cauces procesales para que Alava, Vizcaya y Guipúzcoa hagan efectivos sus derechos deja sin contenido cualquier supuesta garantía institucional al respecto. Pero la consecuencia de ello sería la caducidad de los Derechos Históricos del propio Euskadi, es decir, la peculiaridad foral de su autonomía; lo que hoy sirve de cauce a una transferencia singular de competencias; la que jurídicamente explica el pacto político que subyace al Estatuto, en cuanto a las relaciones de Euskadi con el Estado se refiere, y que es el mismo pacto político que internamente articula al País Vasco.

¿Cuál puede ser la consecuencia práctica de estas disquisiciones que se pretenden doctas y eruditas? A mi juicio, el sistema autonómico español tiene la virtud de disgustar a todos, y la generalización homologadora realizada

a partir de los Pactos Autonómicos de 1981 no puede considerarse, pese a las altas autoridades doctrinales que los han respaldado, un elemento intangible de nuestra Constitución viva. Por ello, me parece del máximo interés abrir los cauces para un tratamiento singular de los hechos diferenciales realmente existentes. Uno de ellos, sin género de dudas, el hecho vasco, para la satisfacción de cuya reivindicación, en cuanto a la identidad, a las competencias y a la articulación definitiva con el resto de la Monarquía Española me parece clave la noción de los Derechos Históricos, tal como se reconoce en la Constitución, se actualiza en el Estatuto y puede desarrollarse en el futuro. De aquí la utilidad de establecer quiénes son los titulares de tales Derechos.