

TERRITORIOS HISTORICOS Y FRAGMENTOS DE ESTADO

(Sobre el libro de T. R. Fernández)

MIGUEL HERRERO R. DE MIÑON

La reciente obra del profesor Tomás Ramón Fernández sobre *Los Derechos Históricos de los Territorios Forales* (1), investigación ejemplar, con razón merecedora del último premio Adolfo Posada, arroja una luz nueva y esclarecedora sobre las bases constitucionales y estatutarias de la Administración Foral Vasca, según reza el subtítulo de la obra. Pero además, como es propio de toda investigación de amplios vuelos, plantea marginalmente toda una serie de problemas, de mayor calado aún que aquéllos directamente abordados y resueltos.

El ejemplar positivismo metodológico de que hace gala el autor no es óbice, como nunca lo ha sido, antes al contrario, todo positivismo seriamente entendido, a la altura de miras de la empresa: «... la liberación del pensamiento tópico que impide nuestro propio pensamiento y nos mantiene bajo la tiranía de un pensamiento pasado y ajeno» (p. 82), condición indispensable de toda otra liberación. En su virtud, el análisis riguroso de un ingente cúmulo de datos, permite una exégesis de la disposición adicional primera de la Constitución, de su disposición derogatoria, apartado 2, y de diversos artículos del Estatuto de Autonomía de Euzkadi, cuyo rasgo característico es la destrucción de falsos dogmas relativos, tanto al método, como a las propias instituciones analizadas, y la iluminación de éstas, merced a la utilización de las categorías decantadas en la mejor tradición de teoría constitucional.

Para poner ejemplos de todo ello, baste tener presente los siguientes tres extremos. En primer lugar, la utilización permanente del método histórico, tal como lo recomienda el artículo 3 del Código Civil y que, claro está, no sustituye la dogmática por la historia, puesto que de una investigación jurídica y no historiográfica se trata, pero que, frente a la ingenua «dieta rigurosa de historicismo», hace años recomendada con amargos frutos por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (2), reconoce dos presupuestos fundamentales de toda buena dogmática. Por una parte, que los conceptos jurídicos

(1) *Los derechos históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración foral vasca*, Madrid, 1985.

(2) *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Madrid, 1980, p. 16.

se nutren de una materia extrajurídica, ya histórica, ya política, que es preciso tomar en cuenta precisamente para mejor manejar aquéllos y, de otro lado, cómo la recta comprensión de una institución sólo es posible a través de su despliegue temporal.

Es este despliegue temporal histórico lo que permite al autor reconocer la continuidad del tracto foral (pp. 57, 65 y ss.), incluso a través de las llamadas leyes abolicionistas, desde 1839 a 1876, y revelar el carácter acumulativo de los derechos históricos. Así, y ello sirve de ejemplo al segundo de los extremos más atrás enunciados, la provincialización de lo foral, iniciada provisional y azarosamente en 1853, y culminada en nuestros mismos días (pp. 46, 61 y ss.).

Como tercer ejemplo, baste pensar en la utilización de la categoría schmittiana de la «garantía institucional», ya ampliamente utilizada en nuestra doctrina por Parejo, para explicar la función de la disposición adicional primera de la Constitución respecto de los derechos históricos (pp. 87 y ss.).

Frente a una pretendida desmitologización política de los mencionados derechos y de su relieve constitucional, como la recientemente intentada por Corcuera (3), el autor intenta y, a mi juicio consigue, una nitida conceptualización jurídica del régimen foral, como un sistema decantado por aquéllos y diferente del marco autonómico en el que desde 1979 se insertan, sistema plasmado en lo que el autor denomina «imagen de la foralidad» (p. 95), constitucionalmente garantizada.

Sin embargo, la obra del profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ provoca en el lector atento, junto con tan amplios gestos de asentimiento y justificada felicitación, un ligero mohín de disgusto, y no tanto por la disconformidad parcial con alguna de sus tesis, como por rehuir algún paso más por la vía, tan valientemente emprendida, de ruptura con los viejos tópicos que han impedido en el derecho, como en otros tantos campos, comprender el problema vasco. Pero, probablemente, nada mejor puede hacerse, en homenaje a un investigador que, al hilo de su pensamiento y sus conclusiones, continuar lo en ellas incoado y concluir lo que parece inconcluso. A ello nos invita expresamente la obra comentada (p. 20) y en ello consiste la estructura dialogal de toda ciencia.

Dos son, en efecto, los extremos en los que la ejemplar obra del profesor Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ parece renunciar a sus propias posibilidades: por una parte, la naturaleza de las instituciones forales; por otra, la relación de los derechos históricos, tan vigorosamente reivindicados en sus páginas, con el ordenamiento constitucional. Y a mi juicio, si en ambas cuestiones el autor no llega allí donde podría, se debe al imperio de dos nociones recibidas, lastre de ese pensamiento «ajeno y pasado» cuya costra el autor trata y, en tantos extremos, consigue disolver. Por una parte, el carácter de entidad local de las provincias forales y de sus diputaciones y, de otra, el decisionismo que subyace a la visión meramente normativa de la Constitución.

En cuanto a lo primero, el autor nos guía con tino. Primero, en virtud de un proceso ya aludido, iniciado en 1853 y ultimado a través del sistema de conciertos, la provincia y sus instituciones son el centro de gravedad del sistema foral; estas entidades provinciales se encuentran constitucionalmente garantizadas en la titularidad de unos derechos inmunes, por de pronto, al legislador ordinario, estatal y autonómico; sus órganos ejercen potestades tanto administrativas como, sobre todo, fiscales, de

(3) *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 11, 1984, pp. 9 y ss.

naturaleza estatal; más aún, precisamente para hacer plenamente efectiva ante el Tribunal Constitucional la garantía institucional mencionada, el autor propone una interpretación extensiva del artículo 162.1 de la Constitución, a fin de que las instituciones forales, Juntas y Diputaciones, queden legitimadas a efectos de recurrir ante el Tribunal Constitucional como si de instituciones de naturaleza estatal se tratara.

Sin embargo, a la vez que se reconoce una y otra vez que las provincias forales y sus instituciones no son como las demás provincias, tanto en el escenario constitucional como en el estatutario (p. 106), que son irreductibles a las pautas generales de la Ley de Régimen Local (p. 110) y gozan de una plena competencia de autoorganización (p. 159), se retrocede a la hora de caracterizar sus normas negándolas todo carácter legislativo sobre la base de su naturaleza local, revestida con argumentos más literales e históricos -la decantación del artículo 37,3 del Est.- que sistemáticos (p. 142). Y el tema es importante porque, más allá de una cuestión puramente nominal, a la que ha dado eufémica solución el artículo 8 de la Ley de Territorios Históricos, lo que está en juego es la calificación última de los territorios históricos, sea como *córpore política*, sea como entidades locales, aunque de régimen excepcional se trate y, en consecuencia, la propia naturaleza y articulación interna de la Comunidad Autónoma Vasca, cuyo relieve político el autor no deja de subrayar a través de un esclarecedor esquema de su devenir estatutario.

En efecto, la reivindicación nacionalista en pro de la autonomía era de índole «confederal», de manera que Euskadi se articulaba sobre la base de un consejo de representaciones paritarias de los territorios históricos titulares de amplias competencias y, en todo caso, de los poderes residuales, y así quedó claro en el Estatuto de Estella y en las primeras proposiciones autonómicas de 1979 (pp. 122 y ss.). Es fácilmente comprensible que si algún freno seguro hay a la tentación separatista es precisamente esta versión interprovincial de la autonomía. Pero fueron los partidos de izquierda -PSOE y Euzkadiko Esquerra- y la incomprensible ceguera de los gobernantes de UCD quienes forzaron una opción, constitucional primero y estatutaria después, sobre el modelo catalán, en cuya virtud Euskadi pasaba de una articulación confederal a una articulación unitaria cuya compatibilidad con la foralidad de los territorios históricos sigue siendo un problema en el propio seno del nacionalismo vasco.

A mi juicio, la situación actual exige, tanto jurídica como políticamente, encontrar la categoría adecuada para explicar que determinadas entidades histórico-políticas, constitucionalmente garantizadas como inderogables (pp. 87 y 151), reproducen a escala la organización política del Gobierno y de la Administración (p. 163), ejercen potestades estatales y autonómicas (pp. 191 y ss.), cualesquiera que sea la denominación que se dé a sus actos y cuyos órganos, como instituciones estatales, han de considerarse legitimados ante el Tribunal Constitucional (pp. 225 y ss.).

No importa discutir aquí el relieve político de la vecindad foral ni la índole del territorio de cada una de las tres provincias cuya denominación de Territorios Históricos no deja de ser significativa (4). Baste señalar que, sin una población propia, existen, en unos territorios cualificados, unos órganos que ejercen por sí -no por delegación- algunas, esto es, no todas, pero sí relevantes competencias de índole estatal.

(4) Cf. mi trabajo «El territorio nacional como espacio mítico», *Libro homenaje a García Pelayo*, Caracas, 1979, pp. 629-649.

Esto es lo propio de Fragmento de Estado, tal como JELLINEK lo caracterizara a fines del pasado siglo (5).

En otras ocasiones he ponderado la utilidad de esta categoría jurídica para interpretar los fenómenos autonómicos derivados de la existencia de *corpora política* singulares y, sin duda, tal es la situación de territorios forales investidos de derechos históricos. Pero es preciso señalar ahora la importancia que calificar como «fragmentos de Estado» a los territorios históricos del País Vasco puede tener a la hora de desarrollar plenamente el artículo 37.4 del Estatuto y de interpretar éste, la Ley de Territorios Históricos y normativa complementaria.

A mi juicio, el futuro autonómico español pasa por transformar en fragmento de Estado las grandes entidades histórico-políticas de la periferia española y disolver en mancomunidades de poderosas provincias la mayor parte del territorio, no cargada de hechos diferenciales. La Constitución, inteligentemente interpretada, da pie a ello. Pero simultáneamente el Fragmento de Estado me parece que puede servir para explicar y garantizar la posición de los territorios históricos como pieza clave de Euskadi, Fragmento de Estado a su vez. El resultado sería un fragmento de fragmentos, de los que la experiencia comparada ofrece ejemplos (6).

El segundo de los extremos, más atrás enunciados, es la articulación de los derechos históricos y la Constitución, que el autor considera caracterizados por el principio de estricta jerarquía (pp. 83-85), aunque esto no se compadezca excesivamente ni con la literalidad constitucional —lo que se «reconoce y ampara» precede— ni con el principio de competencia que tantas veces se ha opuesto al de jerarquía a la hora de interpretar la articulación de los diversos ordenamientos autonómicos, entre sí y con el estatal (p. 143).

A mi juicio, lo que ha pesado excesivamente en este caso es una concepción normativista de la Constitución, cuya recta afirmación por la jurisprudencia no ha sido siempre debidamente interpretada por la doctrina cuando ingenuamente olvida lo que detrás de la norma y a su alrededor se encuentra.

Sin duda, una primera muestra de este normativismo excesivamente simple se halla en la escasa comprensión que el autor muestra hacia la justificación política que, en la Constituyente, se hizo de la derogatoria 2 de la norma fundamental (pp. 34 y ss.), justificación estrictamente ajustada a los términos del artículo 2 del Código Civil y a la pretensión depuradora que el propio autor exige (p. 83), pero que, además, utilizaba los instrumentos de análisis lógico que el jurista no puede desconocer. Critica el autor la referencia al «halo emotivo que las palabras, incluso las palabras de la Ley, son capaces de crear... la dimensión afectiva de las normas» (p. 41), oponiéndolas a una estricta dimensión normativa (p. 19), pero no parece dudoso que gran parte de las normas que han incidido sobre el problema vasco son incomprensibles sin tener en cuenta ese «aura inmediata de sentimiento que se cierne en torno a la palabra» y que los analistas del lenguaje normativo no han cesado de subrayar (7).

Si no fuera así, ¿por qué el «Pacto» es una categoría que, aun acotada en la mera

(5) *Über Staatsfragmente*, Heidelberg, 1896. Yo he traducido y comentado ampliamente esta obra, Madrid, Civitas, 1978.

(6) *Ib.*, pp. 70 y ss. y 84.

(7) La expresión es de STEVENSON en «El significado emotivo de los términos éticos», recogido en *AYER, El positivismo lógico*, traducción española, México, 1965, p. 269. Los diferentes tipos de lenguaje están debidamente

palabra, al decir del autor (p. 36), suscita tan encontradas pasiones? ¿Cómo, sin ese aura emotiva, el «concierto» ha podido transformarse de significar uniformidad fiscal heterómana a sugerir especialidad convenida (p. 190)?

Ahora bien, donde más clara e importante es la quiebra de la concepción normativista de la Constitución es en sus fundamentos decisionistas, según los cuales detrás de la normatividad constitucional está la decisión de un poder constituyente soberano, a cuya concesión deben relieve constitucional los derechos históricos. En realidad, «allende y detrás» de la Constitución, para usar los términos de JELLINEK, lo que existe es una realidad policrática cuyos múltiples centros de poder mantienen una permanente dinámica de equilibrio y tensión, y de cuyo compromiso nace, como diagonal emergente de las fuerzas en lucha, la opción constitucional: desde la estructura gentilicia de la Ciudad Antigua a las más recientes experiencias constituyentes de consenso entre múltiples fuerzas políticas y sociales, como fue el caso español de 1977-1978.

Por ello, aun cuando no exista una pluralidad formal de *sujetos* del poder constituyente, como en el caso de los pactos federales, es preciso disolver la «decisión unilateral del sujeto del poder constituyente» propugnada por SCHMITT (8) en el convenio entre una pluralidad de *actores* constituyentes, esto es, de protagonistas constituyentes a los que sólo una extrema ceguera puede negarles relieve jurídico (9). Si hay mucha impureza en los supuestos pactos federales porque el «pueblo de los Estados Unidos» o «el pueblo alemán...», aun separado en diferentes «*länder*», es una instancia unitaria, tampoco es puro un proceso constituyente supuestamente unitario. Y, al menos en el caso español, abundan los agentes político-constitucionales que, políticamente es sabido, consensuaron la Constitución, esto es, la pactaron y que, incluso jurídicamente, se insertan en la Constitución desde fuera de la propia formal decisión constituyente. Tal es el caso de la Corona, según se deduce de su situación histórica respecto del proceso constituyente, de su inserción en la Constitución (art. 56 y de su relación con ella). Análoga es la inserción de los derechos históricos.

La insuficiencia del decisionismo schmittiano y de su correlato, el normativismo monista debe llevar, mediante una destrucción metodológica de raíz heideggeriana, a buscar cuanto hay bajo ellas, tanto bajo la decisión como bajo la norma.

Históricamente sabemos, y buena prueba de ello dan las investigaciones de McILWAIN, que detrás de la ley se encuentra el compromiso, según la célebre fórmula romana «*Lex est communis reipublicae sponsio*», difundida por BRACON en la Inglaterra medieval y contemporáneamente en toda Europa. No hay ley sin consentimiento de indole contractual, y el consentimiento necesario se obtiene por vía de representación, desde la *Lex Regia* al mandato parlamentario (10).

Porque, y éste es el envés de la otra faz, bajo la decisión se cobija la representación de una pluralidad ayer interestamental, siempre intrapolicrático: «*quod omnis tangit ab*

ilustrados desde HARE (*The languages of moral*, 1952) hasta HIERRO (*Problemas del análisis del lenguaje moral*, 1970), pasando por BOBBIO o, entre nosotros, CAPELLA.

Cf. mi trabajo «En torno a la aplicación de la Constitución», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, p. 1233.

(8) *Teoría de la Constitución* (traducción española), Madrid, 1934, p. 50.

(9) Cf. GARCÍA PELAYO: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pp. 108 y ss.

(10) *Constitutionalism ancient and modern*, New York, 1947.

omnibus aprobetur» (11). En el reconocimiento de esta realidad es donde radica la modernidad constitucional.

Como resultado de lo dicho, parece claro que el pacto constitucional, es decir, aquel «que da origen al nacimiento de una constitución», «aquel que requiere al menos dos sujetos existentes y subsistentes», no puede reducirse, como pretendía SCHMITT (12), al solo pacto federal, con exclusión de todo pacto dentro de la unidad política, sino que la Constitución debe entenderse como un pacto o, al menos, reconocerse en ella elementos paccionados.

En efecto, a juicio de SCHMITT (13), «Cuando en el seno de una unidad política existente surge la Constitución mediante acuerdo o pacto, un semejante pacto carece de fuerza vinculante frente al sujeto del Poder constituyente en caso de conflicto. Una pluralidad de sujetos del Poder constituyente anularía y destrozaría la unidad política. Allí donde se inicia el proceso de disolución, surgen con eso tales “pactos de Estado” dentro del Estado. Si una organización estamental o de otra clase logra dar el carácter de leyes constitucionales a pactos intraestatales, habrá alcanzado el grado sumo de vinculación del Estado que es posible conseguir sin suprimir la unidad política. Pero si el “pacto de Estado” tiene el sentido, no ya de introducir el procedimiento especial de reforma de la ley constitucional, sino de limitar y abolir el Poder constituyente, la unidad política se destroza y se coloca el Estado en una situación por completo anómala.» Y de esta tesis participan cuantas doctrinas pretenden una supremacía ilimitada de la Constitución y, en consecuencia, de los poderes que la Constitución habilita, entre otros, el de reforma de la Constitución. Frente a ello, es preciso afirmar, sin ambages, que una Constitución consensuada es una Constitución pactada, porque precisamente la moderna noción de consenso se reclama actualización de la vieja noción de pacto (14), y es claro que este pacto o consenso entre partidos políticos, fuerzas sociales, instituciones históricas, etc., no puede excluir los diversos *córpore política* de nuestra sociedad diferencial.

Ahora bien, un pacto tiene como nota esencial que su validez y cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, como sería el caso si, cuando surja el conflicto, careciera de fuerza vinculante o, lo que es lo mismo, si sólo supusiera una mayor rigidez en el procedimiento de reforma unilateral de la Constitución. Las cláusulas paccionadas de la Constitución son pactos de Estado dentro del Estado, y si desde el dramatismo schmittiano, que tanto seguidor encuentra en latitudes jurídicas aparentemente más serenas, ello desgarrar y disuelve la unidad política, la experiencia demuestra, por el contrario, que es la mejor técnica de integración en ella y de ella, de la misma manera que no hay más apretado vínculo que el contrato libremente asumido y mantenido.

En el pacto constitucional, claro está, que las partes no persiguen intereses contrapuestos aunque correlativos, sino intereses coincidentes o comunes que originan una comunidad de propósitos y una identidad de obligaciones. Tal es el acuerdo

(11) *Ib.*, capítulo IV. Cf. MARAVALL: «La corriente democrática medieval en España y la fórmula *quod omnis tangit*», en *Estudios Historia del pensamiento español*, Madrid, 1983, p. 161.

(12) *Teoría*, pp. 69 y 71.

(13) *Ib.*, p. 78.

(14) Cf. PECES BARBA: *La Constitución española de 1978*, Valencia, 1981, pp. 141 y ss., avalada por las diversas fuerzas políticas en «Diario de Sesiones del Congreso» núm. 156. de 11.10.84, pp. 7046 (Herrero) y 7048 b (Sáenz de Cosculluela).

colectivo (*vereinbarung*) frente a la otra modalidad de pacto, esto es, el contrato (*vertrag*) (15). También es claro que las partes de un tal acuerdo colectivo, al inaugurar un nuevo orden de vida y de derecho, coloca a las diferentes partes en una nueva situación, en un nuevo status irreversible. Pero, ni ese nuevo status supone disolución de las partes preexistentes, ni la irreversibilidad su incondicional vinculación. Si el contrato crea una mera estipulación, el acuerdo colectivo articula una institución (16).

Así entendida la Constitución, es manifiesto que el Pacto con la corona reclamado por el nacionalismo vasco, no es una mera reivindicación testimonial de contenido imposible (p. 27), sino la mera formalización de algo implícito en el mismo reconocimiento de los derechos históricos. Porque, si algo falta a la espléndida obra de Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, es una definición de estos derechos. Es claro que su precisión no puede dejarse a una determinación singularizada y también lo es que lo realmente peculiar de los fueros no ha sido nunca su contenido concreto (p. 47), pero es igualmente claro que la esencia de la foralidad no puede situarse en su mutabilidad (p. 53), que, por cierto, el autor declara ya cerrada en cuanto a futuras ampliaciones y consolidaciones se refiere sin explicar por qué (pp. 156-158).

El autor atisba la respuesta cuando relaciona la capacidad de evolución de la foralidad con «la decidida voluntad de autogobierno de la comunidad que la impulsa» (p. 54). Pero, desgraciadamente, se para ahí por imperio del normativismo absolutista.

Sí, por el contrario, se prescinde de la Constitución como decisión unilateral soberana, y se la entiende como acuerdo colectivo, como consenso, en último término como pacto, puede comprenderse que la esencia de los derechos históricos no es otra cosa que su preconstitucionalidad, el no derivar de la Constitución ni ser disponibles por el constituyente de 1978, que pudo reconocerlos pero no derogarlos, ni por una futura reforma de la Constitución que modificase o suprimiese la disposición adicional primera. Los derechos históricos son, así, la expresión jurídica de unos *córpore política* que tampoco la Constitución ha creado, como ha establecido la figura del Presidente del Gobierno el Tribunal de Cuentas o el Consejo del Poder Judicial o como, incluso, ha previsto las instituciones autonómicas más avanzadas en su artículo 153. Los *córpore política*, titulares expresos o tácitos de derechos históricos, anteceden a la Constitución misma y coinciden en ella en la voluntad común que emana del acuerdo colectivo, pero su personalidad es inderogable. Como se dijo en las Cortes Constituyentes, aunque la Constitución pasase, estas entidades histórico-políticas no pasarán (17). La garantía institucional reconoce lo que al constituyente, en todo caso, le viene dado como indisponible: la otra parte del pacto.

Pero, precisamente, la posición inderogable de una entidad no subordinada, como es propio del federalismo, en cualquiera de sus formas, si no yuxtapuestas, es lo que caracteriza, frente a la comunidad autónoma, la región o el estado federado, al fragmento de Estado.

(15) Cf. BINDING: *Die Grundung des norddeutschen Bundes*. Leipzig, 1889, y TRIEPEL: *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899.

(16) Cf. GUASP: *Derecho*, 1971, pp. 283 y ss.

(17) Cf. *Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional* núm. 66, de 12 de mayo de 1978, p. 2308 b.

