

NOTAS SOBRE EL DEBATE DE LOS DERECHOS HISTORICOS DE LOS TERRITORIOS FORALES

Por JAVIER CORCUERA ATIENZA

1. INTRODUCCION

Recientes acontecimientos políticos han puesto de manifiesto la importancia de un viejo problema hasta ahora mal resuelto en la historia de la institucionalización (y de los proyectos de institucionalización) de la autonomía vasca: la articulación de las instituciones de los territorios históricos (o provincias) con las instituciones autonómicas comunes.

Razones de muy diverso tipo explican el porqué de un conflicto tan intenso y tardío entre los planteamiento «foralistas» o «provincialistas» y los «autonomistas». Baste señalar que la tensión citada aparece como lógico corolario de la difícil compatibilización entre una historia basada en autonomías económico-administrativas de ámbito provincial y planteamientos ideológico-políticos propugnadores de un proyecto político *nacional* vasco. Pero, quizá, no se trate tanto de un conflicto entre historia e ideas, sino de uno planteado cuando realidades institucionales de ámbito provincial creen ver amenazada su capacidad de decisión, su autonomía, por un proyecto autonómico supraprovincial.

La búsqueda de mecanismos de articulación estables entre las instituciones autonómicas y las provinciales ha generado problemas a lo largo de toda la historia del autonomismo vasco. Tras la aprobación de la Constitución tales problemas no cesaron. Pese a la existencia de determinados elementos nuevos que subrayaban la trascendencia del impulso centrípeto (la importancia de la componente ideológica «vasquista» y la aceptación del autonomismo por la práctica totalidad de los partidos), otro factor igual-

mente nuevo actuaba en dirección contraria: la existencia de una autonomía económico-administrativa en Alava era susceptible de generar conflictos con la naciente institucionalización autonómica, lógicamente deseosa de contar con instrumentos que garantizaran su efectividad.

Estos problemas, en cuya narración no podemos entrar aquí (1), iban a encontrar una vía de expansión de resultados de la prolongada crisis que afectó al Partido Nacionalista Vasco a lo largo de todo el año 1984 (2), y encuentran, en buena medida, condición de existencia en la indeterminación con que el Estatuto de Autonomía del País Vasco (en adelante EAPV) regula las instituciones y competencias de los territorios históricos.

La aprobación por el Parlamento vasco de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de «Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Organos Forales de sus Territorios Históricos», ha modificado en buena medida la naturaleza del debate que comentamos, que puede ahora dejar de versar sobre lo que se entiende más coherente lectura de la Constitución o del Estatuto, toda vez que nos mantenemos ya con un mecanismo sancionado por la Ley. Sin embargo, aunque no sea labor nuestra la de proponer modelos de articulación alternativos a los aprobados por el Parlamento vasco, determinadas afirmaciones que parecen ver en la regulación presente la única compatible con el bloque de constitucionalidad de esta materia (3), nos obligan a reflexionar nuevamente sobre el alcance de la disposición adicional primera de la Constitución, norma que ha acabado teniendo una trascendencia muy superior a la que parecía estar llamada a tener.

La aparente claridad que parece observarse en determinados sectores políticos o en parte de la doctrina a la hora de interpretar las consecuencias que se derivan de la constitucionalización de los derechos históricos de los territorios forales contrasta tanto con lo que parecía ser la voluntad del constituyente como con las primeras opiniones de la más autorizada doctrina. Basta, por lo que respecta a esto último, recordar la valoración del profesor

(1) Sobre ello puede verse J. M. EGUIAGARAY, «La ley de territorios históricos», en *Cuadernos de Alzate*, núm. 1, págs. 106-116.

(2) Sobre el tema ver en el citado número de *Cuadernos de Alzate* los trabajos de J. J. SOLOZÁBAL, «Acotaciones ingenuas a una crisis política» y L. RODRÍGUEZ AZPIOLEA, «El cese de Garaikoetxea».

(3) Valga por todas la que realiza TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en el epílogo de su libro *Los derechos históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración foral vasca*, Madrid, 1985, pág. 230: «La tan traída y llevada LTH no podía ser muy distinta de como realmente es. La cuestión venía prejuzgada en lo esencial desde la propia disposición adicional primera de la Constitución (...)».

Martín Mateo, cuya autoridad no necesita encarecerse, para quien la tensión «provincialismo»-«instituciones autonómicas comunes» se presentaba como oposición entre «tradición y modernidad» (4), terminología que implica una valoración que el mismo profesor explicita al afirmar que «una comprensión realista del devenir histórico y un sentido de modernidad institucional» parecen exigir «el refuerzo de las instituciones comunes, Gobierno y Parlamento vasco» (5), refuerzo que, como podemos hoy constatar no se ha producido.

¿Cuál pudiera ser la razón del yerro en dicho pronóstico? Un reciente artículo del J. M. Eguiagaray (6) nos explica las causas políticas de lo que, no podemos olvidar, ha constituido un giro en el diseño del modelo autonómico vasco, y tales causas explican más que una pretendida interpretación auténtica de la Constitución la actual opción que ha venido en denominarse foralista.

Ha sido señalado repetidamente cómo no es la voluntad del legislador el único ni el mejor parámetro para realizar la interpretación de una norma. Este criterio, que no pretendemos discutir, ha sido utilizado para presentar como *voluntad objetiva* de la Constitución (7) determinado tipo de interpretaciones que aparecerían, así, inmunizadas ante la crítica y aureoladas del monopolio de la cientificidad. El problema es, entiendo, más complejo: La búsqueda de la *voluntas legis* por encima de la *voluntas legislatoris* ni permite alegremente desechar ésta, ni puede pretender la definición de aquélla como algo anclado. La astucia de la Ley para resolver situaciones en las que el legislador pudo no haber pensado es una astucia histórica, y, consecuentemente, mudable y susceptible de desarrollos distintos en función de quien haya de aplicarla.

En consecuencia, vayamos al análisis del alcance de la disposición adicional primera de la Constitución, auténtica piedra de toque en esta materia de los derechos históricos.

(4) RAMÓN MARTÍN MATEO: «Los territorios históricos: Funciones». *Primeras Jornadas de estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñate, 1983, III, página 1348.

(5) R. MARTÍN MATEO: «La concertación competencial de Comunidades Autónomas y Diputaciones», *REDA*, núm. 36, enero-marzo, 1983, pág. 7.

(6) Cit. en nota 1.

(7) T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos...*, cit. pág. 79.

2. VALORACIONES DOCTRINALES SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LA DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCION

En otro trabajo publicado hace no mucho tiempo (8) pretendí subrayar el carácter mítico que ha tenido la reivindicación foral en la historia reciente del País Vasco: la reivindicación foral, mantenida con carácter ya más que secular, ha tenido y tiene unos contornos totalmente imprecisos que dificultan —si no imposibilitan— una identificación de la foralidad con eventuales estructuras institucionales. Tal dificultad encontró nuevas manifestaciones con ocasión de la postura adoptada por los nacionalistas en la constituyente. En dicho marco los representantes del PNV utilizaron el argumento foral para, por una parte, intentar conseguir una autonomía más amplia para Euskadi y, por otra, lograr una coartada que permitiera su no aceptación de la Constitución española (9).

El reciente y valioso libro de T. R. Fernández ha confirmado los dos elementos que acabo de señalar. En ruptura frecuente con un dictamen anterior elaborado junto con J. A. Santamaría (10) —trabajos ambos a los que tendremos que referirnos en numerosas ocasiones—, el libro citado manifiesta los problemas derivados de la carencia nacionalista de una doctrina adaptada al escenario constitucional, así como la voluntad del constituyente (al enfrentarse con la disposición adicional primera o con la derogatoria segunda) de, únicamente, dar una satisfacción a los nacionalistas vascos en el plano estrictamente afectivo (11).

(8) JAVIER CORCUERA, «La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y Autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984.

(9) X. Arzalluz en declaraciones recogidas en *El País*, de 4 de marzo de 1985, confirma este extremo al afirmar, refiriéndose a la disposición adicional primera de la Constitución Española: «Me acuerdo que cuando pusimos aquella disposición adicional en la Constitución, que fuimos Mitxel Unzueta y yo los que esclarecimos la estrategia de cómo no tener que decir sí a la Constitución, y pusimos esa 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.»

(10) TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ y JUAN ALFONSO SANTAMARÍA, *Dictamen sobre la conformidad con la Constitución y el Estatuto de Autonomía del Proyecto de Ley del Gobierno Vasco sobre relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los territorios históricos*, Madrid, abril de 1983.

(11) T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos...*, cit. pág. 41, véase todo el capítulo I, págs. 27 y sigs., transcribo aquí las palabras de Herrero de Miñón refiriéndose a la derogación de las leyes de 1839 y 1876, palabras que —personalmente— entiendo aplicables a la disposición adicional primera: «Todos sabemos que las pala-

Ninguna de dichas normas significó «absolutamente nada desde un punto de vista jurídico» para sus autores, ahora bien, nos recuerda T. R. Fernández, «ambas disposiciones están ahí, como las demás normas de la Constitución, vinculando a unos y a otros, a los que las votaron y a las que no las votaron, a los poderes públicos y a los ciudadanos en general» (12). Paradójica situación en la que la letra de la Ley no es que posibilite la resolución de los problemas que pudieran ir planteándose, sino que parece alzarse frente a las fuerzas sociales que la hicieron nacer para imponerles contenidos no necesariamente deseados.

En cualquier caso, sí es necesario estudiar el alcance jurídico de la norma que nos ocupa. Veamos, pues, algunas de las interpretaciones que ha recibido dicha adicional primera de la Constitución.

Posiblemente corresponda al historiador del Derecho, Bartolomé Clavero, la primera reflexión sobre la importancia del alcance jurídico que pudiera llegar a tener la citada disposición. En su tan sugerente libro, *El Código y el fuero*, se plantean determinadas cuestiones que no han perdido, en absoluto, actualidad y que constituyen obligado marco de referencia a la hora de entender la importancia del debate foral en la España del siglo XIX y en la actual: código y fuero son los dos principios antitéticos que expresan la pugna que acabará reflejándose en la débil integración nacional española. La importancia del fuero, del derecho particular, no es sino la expresión de la debilidad del jacobismo español, la debilidad de un planteamiento nacionalista incapaz de integrar, incapaz de imponerse a los intereses corporativos de las «49 tiranías oligárquico-locales» que, en expresión de N. Pastor Díaz, habían resultado de la provincialización (14). La importancia del fuero deriva, pues, de la debilidad del Código; la permanencia del privilegio refleja la debilidad de la Constitución.

Este tipo de reflexión (que nos plantea la posibilidad de seguir relacio-

bras jurídicas, como todas las palabras, tienen dos tipos de dimensión: una dimensión normativa, mediante la cual se pretende transformar la realidad por el derecho, y otra dimensión exclusivamente afectiva, que consiste en aquel halo emotivo que las palabras incluso las palabras de la ley, son capaces de crear... Es a la dimensión afectiva de las normas de 1839 y de 1876 a la que se dirige precisamente esta disposición derogatoria» (Congreso, sesión plenaria de 21 de julio de 1978) cit., en T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 41, nota 19.

(12) *Ibid.*, págs. 42-43.

(13) B. CLAVERO, *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, donde se recogen trabajos suyos realizados entre 1979 y 1981.

(14) Cit. en J. DE JOVER ZAMORA, Prólogo al tomo XXXIV de la *Historia de España*, de Espasa Calpe: «La era isabelina y el sexenio democrático (1834-1874)», Madrid, 1981, pág. LXXII.

nando el mantenimiento del Fuero con la fragilidad de la Constitución como elemento de integración), da paso en Clavero a la constatación de que determinados «expedientes de cierto valor federal» presentes en nuestro ordenamiento autonómico sólo se explican por la foralidad. Instituciones como el sistema de conciertos, la peculiaridad del procedimiento de acceso a la autonomía utilizado en Navarra o, incluso, la posibilidad de desigualdades en cuanto al grado de autonomía, le llevan a decir que «si alguna diferencia más sustantiva —o de naturaleza, si se quiere— entre Comunidades Autónomas puede derivar de la misma Constitución, ello viene más por esta vía de *foralidad* que por la más pregonada de *nacionalidad*, la cual, al fin y al cabo, no alcanza mayor significación a estos efectos dentro de la Constitución» (15). En consecuencia, frente a una interpretación hasta entonces más o menos generalizada que prescindía de la existencia del motivo foral «en la propia raíz» de la estructura constitucional, se plantean determinadas vías de reflexión, de las que quisiera aquí recoger algunas.

En primer lugar el recordatorio de que la garantía constitucional de los derechos históricos de los territorios forales fue «arbitrada para la resolución en particular de la cuestión vasca» (16). Tal hecho, para cuya demostración no hacen falta argumentos de autoridad, dada su general aceptación, ha de ser especialmente recordado en este momento. Por mucho que la foralidad sea una realidad provincial, por mucho que nunca hayan existido «fueros vascos» como instituciones comunes a todos los territorios vascos, el argumento foral se presentó como argumento autonómico vasco y —como veremos— recibió sus primeros contenidos con ese carácter.

Ello supuesto, no deja de sorprender la justeza de la apreciación de Clavero sobre los eventuales «serios problemas» que pudieran derivarse para la integración de la Comunidad Autónoma Vasca, de la posible reactivación política de algunos de los residuos del tema foral. Se formula por primera vez, la posibilidad de que el derecho histórico se alzara como límite sustantivo de la propia autonomía, planteándose así barreras a la capacidad legislativa de los Parlamentos autónomos en las que no parecería haber pensado el constituyente. Por otra parte, se abren nuevos problemas a la interpretación de la disposición transitoria cuarta de la Constitución: Si, frente a lo que parecía inicialmente, los derechos históricos de los territorios forales se afirman con intensidad provincialista, en el extremo la adicional primera pudiera convertir en inaplicable aquella transitoria cuarta.

En cualquier caso, los problemas que plantea Clavero no son, todavía,

(15) *El código y el fuero...*, cit. pág. 15.

(16) *Ibid.*, pág. 17.

sino advertencias de peligros cuyo riesgo no se ve cercano: entre «la sinrazón histórica y la razón constitucional» parece que acabará imponiéndose la segunda, pese a que «hoy, todavía, la primera, con sus mitos y con sus coartadas, pueda resultar bien atrayente para políticos ingenuos o demagogos y generalmente sugestiva para una incultura social que así puede seguirse alimentando» (17). Así, pues, la disposición adicional primera de la Constitución puede justificar diferencias entre las Comunidades Autónomas o implicar desarrollos internos no inicialmente previstos ni aparentemente deseados, pero su trascendencia jurídica se mantiene incógnita.

La importancia otorgada a la disposición adicional primera de la Constitución, unida a las dificultades de interpretación que implica, darán lugar, en un ulterior trabajo del profesor Clavero, a un contradictorio intento de definición del alcance jurídico de dicha norma (18).

No es necesario encarecer la dificultad de comprensión de lo que quiso decir el constituyente a la hora de referirse a los derechos históricos de los territorios forales. Como es obvio, la derogación de las leyes pretendidamente derogatorias de 1839 ó 1876 no supone la revitalización del derecho derogado por tales leyes, y tanto la vaguedad de lo que pudiera considerarse derecho foral, como la inaplicabilidad de buena parte de sus instituciones dificulta sobremanera la comprensión de cuál pudiera ser la parte de la historia que la Constitución ampara y respeta, o mejor, cuáles los efectos de tales amparo y respeto.

En respuesta a las múltiples aporías a que conducen los intentos de actualizar la historia, Clavero rechaza que la historia fuera objeto de la remisión realizada por la Constitución: «la historia era la fórmula, no el objeto de la remisión» (19). La historia aparece, pues, como un título legitimador de algún tipo de particularidades jurídicas: ¿Cuáles pueden ser éstas? La propia disposición adicional primera daría la solución, pues, al hablar de que «la actualización general del régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía», está indicando que dicha actualización ha de realizarse *por medio* de tales instrumentos.

(17) *Ibid.*, pág. 169. Este párrafo parece justificar su dureza en las peculiaridades del entonces ascendente nacionalismo andaluz, acompañado de una parafernalia mítica histórica cuya crítica puede verse en J. ARANZADI, *Milenarismo vasco. Edad de oro, etnia y nativismo*, Taurus, Madrid, 1981, págs. 47-65: «Inconsistencias y paradojas del "milenismo" andalucista».

(18) B. CLAVERO, «El principio de salvedad constitucional del derecho histórico vasco», en VV.AA., *Primer congreso de derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, Oñati, 1983, págs. 171-189.

(19) *Ibid.*, pág. 178.

La remisión que la Constitución realiza al Estatuto de Autonomía para actualizar aquellos derechos históricos va a encontrar, en el caso vasco, una dificultad añadida derivada de la disposición adicional de su Estatuto. Esta afirma que «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 hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico». En consecuencia, el Estatuto mantiene la pendencia de la actualización de los derechos históricos, lo que supondría —para Clavero— que tal Estatuto «no es todavía la norma prevista a su efecto por la misma constitución; no puede considerarse como el Estatuto definitivo de su comunidad conforme a los mismos imperativos de la Constitución vigente» (20).

Esta paradójica afirmación del carácter aún abierto del Estatuto Vasco va acompañada de una redefinición de los límites constitucionales: para el autor que nos ocupa, si la adicional primera de la Constitución no es fórmula meramente retórica, parecería implicar que el reconocimiento de carácter preconstitucional de su derecho histórico suponía la posibilidad de que el Estatuto Vasco pudiera desarrollarse «como una verdadera constitución de su propia comunidad» únicamente sometida a lo que pudiera entenderse lo esencial o básico de la Constitución, a «los elementos que en ella aparecen igualmente como valores preconstitucionales o como fundamentos del propio sistema» (21). No es la historia, sino la Constitución, en virtud de la historia, la que atribuye este título legitimador de un diferente marco de autonomía.

Si existen elementos de valor indudable en la tesis que acabamos de exponer, no podemos considerar de recibo lo que parece pretender ser su aportación fundamental. Por mucho que sea notable la particularidad histórica de los territorios vascongados y de Navarra, nada permite interpretar «marco de la Constitución» como unos pretendidos elementos esenciales de la misma, no definidos en ella ni fácilmente definibles. Aparte de la prácticamente unánime opinión de la doctrina en este sentido, y de la propia manifestación del Tribunal Constitucional (22) entiendo con Juan Luis Iba-

(20) *Ibid.*

(21) *Ibid.*, pág. 177.

(22) STC 76/1983, de 5 de agosto, F.J. 4.º: «La voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador.» Entre la numerosísima bibliografía relacionada con la interpretación constitucional puede verse PABLO LUCAS VERDÚ, «Constitución de 1978 e interpretación constitucional. Un enfoque interpretativo de la Constitución española». Ponencia presentada en el marco de los III Cursos de Verano de la Universidad del

rra (23) que si la voluntad del constituyente no funciona como único (ni necesariamente básico) elemento determinante de la interpretación de una norma, parece que habríamos de dar una relevancia especial a dicha voluntad al menos en cuanto nos define lo que el legislador no quiso realizar. Y si algo resulta claro del proceso de elaboración de la citada disposición adicional es que nuestro constituyente rechazó explícitamente la posibilidad de que pudiera funcionar como portillo abierto para una estructuración autonómica distinta a la prevista por la literalidad de la Constitución (24).

Como comentario final, a esta materia, cabe indicar que, no deja de resultar chocante la utilización en estos tiempos de una argumentación que conecte explícitamente con la de los fueristas vascos en 1839 y 1876 y que entonces y hoy —manifiesta una racionalidad jurídica inviable (25).

País Vasco, dentro del titulado «La interpretación de la Constitución» (en prensa). JUAN IGARTUA SALAVERRÍA, «La interpretación de la Constitución», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 9, 1984, págs. 9-27. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La primacía normativa del título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución», *REDA*, 1982, núm. 33, en especial —por lo que respecta a lo arriba citado de la *voluntas legis* y *voluntas legislatoris*, pág. 278, nota 4. Véase particularmente, del mismo autor, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981.

(23) En el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad del País Vasco hemos organizado, a lo largo de este año, un seminario sobre esta materia de los derechos históricos. La riqueza del debate mantenido, y su continuidad, ha supuesto —me temo— una frecuente atribución indebida por mi parte de la paternidad de buena parte de las ideas que expreso en este trabajo. Valga este recordatorio explícito como agradecimiento y reconocimiento a todos los miembros de dicho seminario.

(24) Creo haberlo demostrado en mi citado artículo «La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y autonomía», págs. 18 y sigs.

(25) Uno de los argumentos centrales del fuerismo vasco posterior a 1839 es la interpretación del artículo 1.º de la Ley de 25 de octubre de aquel año (que reconocía los fueros de las provincias Vascongadas y Navarra «sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía») en virtud de la cual tal unidad constitucional no implicaba más que la existencia de un monarca y una representación nacional. Sobre dicha ideología en torno a 1876, cfr. J. CORCUERA, *Orígenes, ideología y organización del nacionalismo vasco (1876-1904)*, Madrid, 1979, págs. 81-168, sobre la inaplicabilidad de la misma a nuestra situación actual, cfr. la bibliografía citada en nota 22 o las sentencias del Tribunal Constitucional 69/1982, de 23 de noviembre, que nos recuerda en su F. J. 1.º que «los Estatutos de Autonomía deben ser interpretados siempre dentro de los términos de la Constitución», o la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1982, de 4 de mayo, F. J. 1.º, que subraya el mismo principio: «el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución». Nos referiremos posteriormente a este mismo tema.

En una sugerente ponencia presentada en el Congreso celebrado en San Sebastián en diciembre de 1982, sobre la actualización del Derecho civil, el profesor Lucas Verdú (26) añade nuevos elementos para la comprensión del significado de la adicional primera de la Constitución. Cifrándonos aquí únicamente a sus consideraciones relativas al Derecho público, son de subrayar sus apreciaciones sobre la incorporación de la historicidad a nuestra norma fundamental que, superando planteamientos neopositivistas, posibilita un enriquecimiento notable en la interpretación de la misma. En este marco plantea, glosando a Heinrich Rommen, lo que denomina «el eterno retorno del derecho foral».

Son muchas las vías de comentario que abre el trabajo del profesor Lucas Verdú, pero quizá no sea éste el momento de señalar todas las muchas coincidencias y algunas divergencias. Sí puede ser conveniente señalar que, aunque la referencia al «eterno retorno» recibe en el trabajo citado un preciso enmarque y es utilizada como medio de subrayar la riqueza y preconstitucionalidad de los pueblos de España y de sus derechos, tal expresión puede recibir interpretaciones dudosamente correctas tanto desde un punto de vista político como jurídico. Quizá en un tema como el de los derechos históricos no sea necesario insistir en que los retornos aparecen históricamente por razones normalmente distintas en cada caso, y que la referencia a lo eterno de la reivindicación foral tiene un carácter ideológico evidente, como he indicado en otro lugar (27).

Junto a ello entiendo que puede ser preciso matizar determinadas afirmaciones que presentarían los fueros «como algo 'preconstitucional' de naturaleza superior a la propia Constitución, como una especie de sistema elaborado de derechos naturales del pueblo vasco», dicho sea en palabras de García Roca y Santolaya (28) recogidas por Lucas Verdú, o la asunción

(26) PABLO LUCAS VERDÚ, «Penetración de la historicidad en el Derecho constitucional español. El artículo 149.1.8.º y la disposición adicional primera de la Constitución», VV.AA., *Primer congreso del derecho vasco. La actualización del Derecho civil*, cit. págs. 19-71.

(27) «La constitucionalización de los derechos históricos...», cit. La obligada cita a NIETZSCHE (*La inocencia del devenir*, núms. 2630 y sigs., particularmente 2643 y siguientes: «El eterno retorno»), no hace sino hacer más problemática aún la utilización de esta terminología del eterno retorno.

(28) JAVIER GARCÍA ROCA y PABLO SANTOLAYA MACHETTI, «Consideraciones sobre las finalidades del Estado autonómico como institución», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 66, pág. 156.7. A. GUAITA, «La administración foral de Navarra», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984, pág. 75, mantiene la preconstitucionalidad de la autonomía navarra, con la que la Constitución «se encontró», y que no ha sido creada ni otorgada por ella.

por éste de la afirmación del senador nacionalista Federico Zabala, para el que la constitucionalización de los derechos históricos supondría una novación de los mismos. No tanto por lo que se afirma en el artículo citado cuánto por lo que ha llegado a defenderse en determinada literatura neofue-rista-nacionalista, puede ser necesario recordar algo tan evidente como lo ya antes comentado sobre la imposibilidad de que los derechos históricos tengan algún tipo de vigencia al margen de la Constitución, de toda la Constitución. Aun con la actual redacción de la adicional primera o con otra que dijera que la Constitución «reconoce y ampara» los derechos históricos, tal y como propone el profesor Lucas, el efecto jurídico hubiera sido idéntico, idéntico porque en todo caso se mantendría el problema de su determinación y, en segundo lugar, porque como ha puesto de relieve entre otros Tomás y Valiente, «promulgada la Constitución, cualquier forma de legitimismo historicista queda sustituida por la única forma de legitimidad admisible en un Estado democrático de Derecho, esto es, la derivada del propio texto constitucional» (29).

Frente a estas tesis que subrayan la importancia de la constitucionalización de los derechos históricos como elemento de ruptura con cualquier planteamiento positivista y como instrumento interpretador que potencia la relevancia constitucional de la regulación autonómica se realizaron determinadas formulaciones que, en un intento de concretar el alcance jurídico de este reconocimiento de la foralidad, ubican ésta en el marco de los territorios históricos de las provincias.

En este terreno se sitúan aquellos escritos que, al comentar la primera regulación estatutaria, aludieron a la necesaria pendencia de la regulación de las instituciones forales mientras no se concretara la actualización de tales derechos (30) y destaca particularmente el trabajo de J. L. Ibarra y

(29) TOMÁS Y VALIENTE, *Las relaciones entre el poder central y los poderes territoriales en la jurisprudencia constitucional*, VI Conferencia de Tribunales Constitucionales. Informe Nacional, España, Madrid, 1984, pág. 29.

(30) Muy tempranamente el profesor R. MARTÍN se planteó los problemas de la efectividad de la disposición adicional primera de la Constitución, cfr. entre otros, sus trabajos «Administración autonómica de Euskadi», en *RAP*, núm. 91, enero-abril 1980, especialmente págs. 77-84; «La garantía institucional de las autonomías locales», en *VV.AA., El Tribunal Constitucional*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pág. 1634. E. GARCÍA DE ENTERRÍA se plantea, también («La primacía normativa del título VIII de la Constitución...», cit. pág. 279) los posibles contenidos competenciales y organizativos que pudiera expresar la foralidad, aunque recuerda que ésta «no constituye un título para excusar la aplicación de la Constitución o para negar a ésta su carácter de *lex superior* en el territorio». JUAN CARLOS URETA, «La superación arbitral de los conflictos (Comisiones arbitrales)», en *VV. A.*,

A. Zurita sobre organización foral, presentado en las Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco (31).

Para los citados profesores, los territorios históricos vascos son el ámbito en que adquieren su efectividad los derechos históricos. Es, precisamente, la titularidad de éstos lo que distingue a aquéllos con respecto a las entidades locales de régimen común. Ahora bien, ni siquiera tal reducción permite la definición explícita de las características de la organización e instituciones privativas de autogobierno de los territorios históricos (véase la vaguedad del art. 3, EAPV, al que remite con idéntica imprecisión el artículo 24.2, EAPV) ni de sus competencias, cuya enumeración plantea —como veremos— numerosos problemas no resueltos por el artículo 37.2, EAPV, según el cual «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».

Dada esta complejidad, Ibarra y Zurita apelan como elemento de definición de la foralidad a la técnica sugerida por L. Parejo, aplicada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia sobre la Ley catalana de Diputaciones, y luego utilizada también por T. R. Fernández, de la garantía institucional (32).

No es ésta ocasión de referirse *in extenso* a la referida técnica. Con ella se subraya cómo «el orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales» (STC 28 jul. 81, FJ 3). En el desarrollo normativo de tales instituciones, el legislador no tiene más límite que «el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza», núcleo identificable con «esa *imagen comúnmente aceptada de la institución* que, en cuanto formación jurídica, viene determi-

Primeras jornadas de estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco, Oñate, 1983, tomo III, pág. 1444, llega a afirmar que, incluso tras la aprobación de la LTH, «el derecho a aplicar, para resolver los conflictos, es el resultado de la actualización de los derechos forales de los territorios históricos, ahora adaptados a las exigencias de la Constitución (...)».

(31) J. L. IBARRA, A. ZURITA, «Organización foral». *Primeras Jornadas de Estudio sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, vol. III, págs. 1297-1340.

(32) L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, 1981, pág. 13. Cita entre los ejemplos en los que considera que la Constitución utiliza la técnica citada, la disposición adicional primera. IBARRA-ZURITA, *op. cit.*, páginas 1314 y sigs. Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981. T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos...*, cit. 92 y sigs.

nada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace» (*ibid.*).

Quiero subrayar la importancia de ese componente histórico-empírico, la imagen que de la institución tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Ahora bien, si la remisión a la conciencia social es un mecanismo de vivificación y enriquecimiento del Derecho, en este caso presenta algunas dificultades. No puede olvidarse que ni los nacionalistas vascos, ni las restantes fuerzas políticas presentes o no en las Cortes Constituyentes tenían idea clara ni aproximada de lo que debieran de ser los fueros. Sirva como prueba de las complicaciones a la hora de definir tal imagen la inicial indecisión (que luego comentaremos) sobre el ámbito de los derechos históricos cuya actualización prevé la Constitución y, en segundo lugar, la propia parquedad del Estatuto de Autonomía al regular instituciones, como las Juntas Generales, que sí aparecían en la conciencia social como quintaesencia de la foralidad. Finalmente, puede bastar la consideración de la longitud, prolijidad, confusión, enfrentamiento y encono con que se ha planteado el debate sobre la ley de territorios históricos: como en la vieja polémica del iusnaturalismo, no es fácil determinar los mandatos concretos deducibles del orden natural aunque se afirme la existencia de éste.

Supuesta esta dificultad, Ibarra y Zurita avanzan como consecuencia derivada de la técnica de la garantía institucional la particularidad de los territorios históricos vascos, cuya «imagen característica» ven necesariamente diferente de la de la provincia. A su entender, frente a la provincia común como «circunscripción administrativa uniforme y uniformizante del Estado unitario centralizado», «la conciencia social dominante (...) reconoce en el territorio histórico a la entidad política histórica constitutiva y constituyente del pueblo vasco» (33). Los territorios históricos se califican, pues, como «entidades públicas territoriales autónomas», que, en consecuencia con la doctrina de las garantías institucionales, reciben como «efecto específico de protección» la «preservación actualizada del régimen jurídico de naturaleza foral» privativo de cada uno de ellos (34).

En este punto, los autores subrayan como elemento esencial objeto de protección de la garantía el acogimiento del régimen jurídico foral, y no los contenidos organizativos o competencias concretas que pudieran derivarse de aquél. De la efectividad de la adicional primera daría, pues, cuenta la

(33) IBARRA, ZURITA, *op. cit.*, pág. 1317. Tal diferencia no impide, evidentemente, que «en el marco del artículo 141, tanto la provincia de régimen común como el territorio histórico hayan de cumplir las funciones fijadas constitucionalmente a la autonomía provincial de la construcción del orden jurídico-político» (*ibid.*).

(34) *Ibid.*, pág. 1321.

expansión de las potestades forales recogidas en el Estatuto Vasco, definidoras de una autonomía sustancialmente superior a las de las entidades locales de régimen común.

En cualquier caso, y como no podía ser menos, las afirmaciones anteriores no solucionan los problemas de definición en concreto de aquel régimen. La tarea de delimitación de instituciones y competencias forales encuentra, pese a la específica protección institucional citada, un límite en la organización de la Administración del País Vasco y vuelve a ser imposible derivar de aquella sola garantía criterios de delimitación claros entre ambas administraciones, foral y autonómica. Nuevamente vuelve a ser el mejor ejemplo de lo que comento las discrepancias entre los autores (35), lo que subraya, a mi entender, que es el Parlamento el encargado de realizar el diseño de unas instituciones que, sólo cuando comiencen a funcionar, podrán adquirir una imagen social mínimamente homogénea (36).

Este breve recorrido por algunos de los autores que más específicamente han analizado el sentido y efectos de la disposición adicional primera de la Constitución exige prestar especial atención al texto que posiblemente haya tenido más efectos positivos hasta la fecha: el dictamen presentado por los profesores Tomás Ramón Fernández y Juan Alfonso Santamaría sobre los dos primeros proyectos de Ley de Territorios Históricos (o, mejor, sobre «relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los territorios históricos». En adelante LTH (37).

Este dictamen, que posiblemente influyó de modo significativo en el abandono de los primeros planteamientos y en su sustitución por la actual Ley de corte más «foralista» o «provincialista», ha sido, en parte, desplazado por un nuevo trabajo de Tomás Ramón Fernández, que, como hemos citado, constituye hasta el momento la más detallada y profunda aportación a esta materia (38).

(35) IBARRA y ZURITA (pág. 1325) propugnan la creación de «un sistema organizativo unitario» en que se integrarán los agregados organizativos forales y los del conjunto de la C. A.

(36) Algo de esto es señalado por IBARRA y ZURITA pág. 1331) al indicar que el primer paso de la actualización de la estructura orgánica foral exigiría la inicial determinación concreta del complejo normativo en cuestión. Añaden, sin embargo, que «la posterior progresión normativa afectante a la estructura orgánica foral, no podrá producirse *per saltum*, arbitrariamente, sino justificando su racional conexión con el estudio evolutivo anterior...». No acabo de entender el por qué de esta limitación, el por qué de esta super-rigidificación de una normativa cuyo origen es parlamentario (las Cortes o el Parlamento vasco, según los casos) y en el que aparentemente el Parlamento se vería limitado para modificarla.

(37) Cit. en nota 10.

(38) Cit. en nota 3.

Como veremos, existen significativas diferencias entre los dos textos que acabamos de citar y, pese al abandono en el segundo de ellos de buena parte de las posturas más —digamos— discutibles del primero, entiendo conveniente mencionar el contenido de éste (aunque no fuera más que para conocer las que presumiblemente fueron bases que inspiraron la redacción de la vigente LTH).

El dictamen que paso a comentar subraya continuamente la importancia de los territorios históricos, a los que se consideran elementos fundacionales del País Vasco. La construcción de éste como Comunidad Autónoma se presenta como el fruto de un proceso político de reintegración y recuperación de los fueros y libertades vascos (fueros y libertades, por supuesto, provinciales).

La posición capital de los territorios históricos en el marco de la Comunidad Autónoma (posición reconocida en el Estatuto, que regula las instituciones de aquéllos como capítulo IV del título referido a «los poderes del País Vasco») es, para T. R. Fernández y J. A. Santamaría, «la mera consecuencia de un imperativo constitucional (la disposición adicional primera del texto fundamental) que remite a un modelo histórico que ha de ser forzosamente respetado». Gracias a dicho engarce constitucional se justifica la existencia de «una serie de límites constitucionales, que en lo fundamental son de naturaleza histórica» que constriñen la libertad de decisión del legislador a la hora de completar el diseño, iniciado por el Estatuto, de las relaciones entre Comunidad Autónoma y territorios históricos.

La citada ubicación de los territorios históricos como, elementos centrales de la Autonomía Vasca, permite afirmar a T. R. Fernández y J. A. Santamaría, que el reconocimiento de ésta «tiene lugar primariamente mediante la reintegración foral: esto es, mediante la devolución a los T. H. de su régimen tradicional eliminado por las leyes abolicionistas». Según esto, los Reales Decretos de 26 de enero de 1979, reguladores de la organización y funcionamiento de las Juntas Generales de cada una de las tres provincias vascas, se convierten en la explicación de la considerada atipicidad del proceso estatutario vasco, «que *no radica en la construcción 'ex novo' de una nueva entidad política, sino en un mecanismo normativo de actualización del régimen foral recuperado*» (subrayado en el original).

Esta especialísima particularidad de la Autonomía vasca, de la que no debieron ser conscientes los padres del Estatuto (la primera intervención de las Juntas Generales en el proceso estatuyente fue meramente la de ratificar un proyecto ya discutido y elaborado en virtud del mecanismo previsto en el artículo 151.2 CE) (39) se concreta, por tanto, en las siguientes notas:

- a) Los derechos históricos amparados por la Constitución son derechos de los territorios históricos.
- b) La recuperación del régimen foral precedió a la aprobación estatutaria.
- c) La afirmación de los derechos históricos implica la existencia de un bloque sustancial e inderogable del régimen foral, confirmado por la disposición adicional primera CE, que ha de ser respetado por el Estatuto de Autonomía.
- d) La actualización del régimen foral, que la Constitución señala ha de hacerse en el marco del Estatuto de Autonomía, no concluye en éste: el Estatuto únicamente sienta las bases de la citada actualización, que ha de continuarse en el ámbito institucional de la CA.
- e) En la ulterior definición de los contenidos institucionales y competencias que los TH asumen en virtud del proceso de actualización de los derechos históricos, ha de tenerse en cuenta que los órganos comunes de la Comunidad Autónoma han de respetar el núcleo sustancial de la autonomía provincial histórica.
- f) Dicho núcleo sustancial, imposible de definir *a priori*, no coincide totalmente con el régimen histórico: tanto la existencia de una estructura política autonómica como la de una racionalidad política incompatible con alguna de las instituciones históricas (y los autores citados aportan el ejemplo del pase foral) han de implicar un *recorte parcial (sic)* de las competencias inherentes a aquel régimen.
- g) Por lo demás, la Constitución hace recobrar vigor a los poderes y competencias concretas que las provincias vascas tenían antes de 1839. Su actualización exige garantizar a los territorios históricos, «un conjunto de potestades que diseñen un ámbito autonómico no menor, en sustancia» al que poseían dichos territorios entonces, «habida cuenta de la evolución económica y social y las nuevas tareas asumidas en este siglo y medio por los entes públicos». En su nivel mínimo las competencias han de ser, al menos, las poseídas por Alava y Navarra en el momento de aprobación de la Constitución.
- h) Tras la aprobación del Estatuto, y supuesta la declaración de su artículo 37.2 de que lo en él dispuesto «no supondrá alteración de la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias de

(39) En esta materia es obligada la referencia a V. y C. TAMAYO SALAVERRÍA, *Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Gernika*, Vitoria, 1981.

los regímenes privativos de cada territorio histórico», T. R. Fernández y J. A. Santamaría afirman como competencias de los TH: las que son definidas como exclusivas de los mismos en el artículo 37.3, EAPV, las que el Parlamento vasco les señale y —en virtud del 37.2, EAPV— «todas aquellas otras materias que históricamente hubieran también ostentado como propias del régimen foral y que el precepto renuncia a definir exhaustivamente».

Resumo, antes de seguir, lo que entiendo las tesis básicas y constituyen mis principales dudas o discordancias con los autores citados:

1. Los derechos históricos aludidos en la Constitución son de titularidad de los territorios históricos.
2. Su reconocimiento constitucional implica el derecho a la recuperación de lo que se entiende fue competencia de las provincias (o señorío) forales, acervo competencial no definido pero que no consta haya sido íntegramente incorporado todavía al ordenamiento.
3. Los TH poseen competencias exclusivas en las que, por razón del principio de competencia, no pueden entrar al Parlamento vasco ni las Cortes.

Estos planteamientos iban a ser en alguna medida coincidentes con los del Consejo General del Poder Judicial quien, en su informe sobre el anteproyecto de Ley de Comisiones Arbitrales del País Vasco (40), consideraba que, a diferencia de las restantes Comunidades Autónomas españolas, el País Vasco tiene reconocida en su Estatuto «como resultado de una tradición secular» un doble nivel de autonomía *política*, el de las instituciones comunes y el de los territorios históricos. Ello implica que el Parlamento no puede injerirse en el ámbito privativo de autogobierno que reconoce el Estatuto a los TH, ni inmiscuirse en el específico bloque de competencias que les define el artículo 37. En consecuencia, frente al anteproyecto de Ley de Comisiones Arbitrales, que no prevenía la posibilidad de conflictos entre el Parlamento vasco y los territorios históricos, opina el Consejo General del Poder Judicial que «si se excluyera al Parlamento del ámbito de los conflictos (...) se permitiría de hecho que las leyes de éste incidieran, sin posi-

(40) Consejo General del Poder Judicial, *Boletín de Información*, año IV, número 28, Madrid, septiembre 1981, págs. 21-26. Existe un nuevo informe esta vez sobre el proyecto, en el núm. 31, diciembre 1984, págs. 8-10.

bilidad de control, en el ámbito de las competencias exclusivas de los TH garantizado por el Estatuto» (41).

No pudiendo aquí referirnos a las Comisiones Arbitrales, baste por ahora mantener el dato de unos territorios históricos que, en virtud de la adicional primera de la Constitución actualizada por el Estatuto, dispondrían de una forma de autonomía política independiente del Parlamento autónomo. Y volvamos nuevamente a las opiniones del profesor T. R. Fernández manifestadas en su obra citada *Los derechos históricos de los Territorios Forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración Foral Vasca*.

Lo primero que destaca en esta obra es la revisión de algunos de los presupuestos del mentado dictamen. La riqueza del estudio histórico previo ayuda a centrar el conocimiento de lo que supusieron los fueros en el pasado siglo, revisándose así una idea expresada en el dictamen según la cual, la autonomía foral del Antiguo Régimen otorgaba a las instituciones provinciales un mayor nivel de competencias o autogobierno (42). Se produce, en segundo lugar, una relativa superación de la primera identificación entre

(41) No podemos aquí entrar en el comentario de los problemas planteados por la caracterización de las Comisiones Arbitrales, tema en el que son de consulta obligada los trabajos de JESÚS LEGUINA VILLA, «Los territorios históricos vascos: poderes normativos y conflictos de competencias», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981; MIGUEL ANGEL GARCÍA HERRERA, «Instituciones autonómicas centrales e instituciones forales de los territorios históricos: La Comisión Arbitral del Estatuto Vasco», *REDA*, núm. 30, 1981, o el ya citado de J. C. URETA, «La superación arbitral de los conflictos...». Aunque discrepan sobre la naturaleza jurisdiccional administrativa, o arbitral de tales comisiones, los tres autores citados entienden que no cabe residenciar entre ellas al Parlamento Vasco, cuyas leyes sólo son susceptibles de control de constitucionalidad. En el mismo sentido R. MARTÍN MATEO, «Administración autonómica de Euskadi», cit. pág. 106, o T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos de los territorios forales*, cit. págs. 172 y sigs. Pese a ello, este último autor (págs. 140 y ss.) entiende que los territorios Forales dispondrían de ámbitos materiales en los que sólo podrían operar las instituciones forales: La definición estatutaria de determinadas competencias como exclusivas de los territorios históricos daría a las instituciones forales la posibilidad de dictar —en dichas materias— reglamentos autónomos, invulnerables a la Ley. P. LUCAS VERDÚ («Penetración de la historicidad...», cit. pág. 68) se plantea la posibilidad de inconstitucionalidad de las leyes regionales contrarias a instituciones de derecho foral. Se refiere a ella como «inconstitucionalidad por antiforalidad o contrafuero» y la entiende exigida por la armonía entre el sistema constitucional y los derechos forales.

(42) En el informe de T. R. FERNÁNDEZ y J. A. SANTAMARÍA se afirma que la actualización ha de implicar un «recorte parcial de las competencias inherentes a dicho régimen histórico». Tal afirmación de la foralidad histórica como un ámbito de autonomía mayor que la constitucional se reconduce a la Constitución por la

derecho histórico y competencias o instituciones históricas. Esta nueva concreción, no supone, sin embargo, un definitivo abandono de la primera tesis.

El difícil equilibrio entre la historia tal y como fue y los derechos históricos que han sido constitucionalizados en la disposición adicional primera se pretende solucionar mediante la diferencia entre derechos históricos y foralidad o, mejor, entre derecho histórico y régimen foral.

La foralidad no es un *corpus certum*, se afirma, sino una realidad viva, en continua evolución (43). Los derechos históricos no son, en consecuencia, susceptibles de una consideración individualizada, cosa que, por otra parte, no sería necesaria: el mandato constitucional de actualización se refiere a los regímenes forales, es decir, a sistemas que «deben ser actualizados como tales a fin de que puedan insertarse en la trama institucional que la Constitución diseña» (44).

Ahora bien, no se realiza una definitiva opción por la foralidad en detri-

vía de una actualización de la que se aportan muy pocos datos y que se justifica en base a una relativamente continua petición de principio: existe este «núcleo sustancial de la autonomía provincial histórica», pero este núcleo es imposible de definir *a priori*. La Constitución hace recobrar vigor a los poderes y competencias concretas que las tres provincias vascas tenían antes de 1839, pero no se trata de un salto atrás, sino de una indeterminada «actualización». Ello permite garantizar a los territorios históricos «un conjunto de potestades que diseñen un ámbito autonómico no menor, en sustancia, al que poseían dichos territorios en 1839, habida cuenta de la evolución económica y social y de las nuevas tareas asumidas en este siglo y medio por los entes públicos», pero no se definen mecanismos que posibiliten la definición de tal conjunto.

Al margen de los equilibrios que impone la constitucionalización de aquellos niveles de autonomía mayores que los constitucionales, hay que subrayar que esta eventualidad es falsa. El mismo T. R. FERNÁNDEZ lo reconoce en su libro *Los derechos históricos...*, pág. 72 al recoger el testimonio de PABLO DE ALZOLA y MINONDO que, en 1910, indica que el *quantum* de autonomía de que disponían entonces las Diputaciones era mayor que el disfrutado en el Antiguo Régimen. No puede olvidarse, por otra parte, que el principal titular de autonomía en el Antiguo Régimen era el Municipio, y no la Provincia.

(43) No deja de sorprender la importancia que adquieren afirmaciones de este tipo que, por otra parte, debieran de ser lo suficientemente claras como para no precisar de recordatorio. Mucho me temo que tales reiteraciones no son sino manifestación de la significación básicamente mítica que, hasta fechas inmediatas, ha tenido la foralidad (y cuyos efectos se manifiestan en el citado dictamen). (Sobre el alcance de los fueros como mito. Cfr. J. CORCUERA, «La constitucionalización de los derechos históricos...», cit. págs. 10 y sigs.)

(44) T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos de los territorios forales*, cit. página 91.

mento de los fueros. T. R. Fernández parece seguir considerando —a pesar de sus propias palabras— que existen situaciones históricas que han sido constitucionalizadas. No se considera únicamente el derecho histórico como título que legitima para una estructuración peculiar, sino que se entiende como un catálogo de situaciones que quedan constitucionalizadas en la medida en que no se opongan a la Constitución (45). Sigue, sin poderse concretar *a priori* cuál sea tal elenco, pero, «cualesquiera que puedan ser de acuerdo con las fuentes históricas en las que tengan su origen y el rango de éstas, existen por que la Constitución lo ha querido y tienen la fuerza de obligar que la Constitución les presta» (46).

Sin embargo, lo que la disposición adicional protege no serían los derechos históricos considerados como contenidos concretos derivados de situaciones que se hubieran dado en el pasado, sino la foralidad como institución. Quizá forzando la interpretación de la literalidad constitucional se considera al régimen foral como realidad que recibe la garantía institucional de la adicional primera (47).

La técnica de la garantía institucional, que antes hemos visto utilizada por Ibarra y Zurita, se aplica ahora al régimen foral como institución dotada de una imagen socialmente reconocible.

Tal imagen ha de sustentarse sobre un soporte conceptual mínimo que se define en base 1) a una determinada organización, 2) a un cierto contenido competencial y 3) a un determinado esquema de relaciones con las demás organizaciones públicas. En el establecimiento de tales mínimos, T. R. Fernández alude 1) al sistema de organización basado en el binomio Juntas Generales-Diputaciones, 2) a las competencias de que disponía Alava en el momento de redactarse la Constitución, 3) a un tipo de relaciones en el Estado basadas en la idea de concertación y en una cierta situación de predominio en lo que respecta a la relación en los municipios.

En nueva manifestación de la contradicción antes aludida, se define un soporte conceptual mínimo al que se adjudican determinados contenidos en función de una lectura de la historia de la que quedan excluidos sólo aquellos aspectos que explícitamente se entienden contrarios a la Constitución. Pero dicha lectura de la historia, de la que se deducen mínimos que parecen configurarse como realidades que se imponen al legislador estatuyente y, luego, al legislador ordinario, vuelve a ser una selección de los datos históricos en los que se mezclan situaciones distintas. Toda determi-

(45) *Ibid.*, pág. 84.

(46) *Ibid.*, págs. 86-87.

(47) *Ibid.*, págs. 92 y ss.

nación de contenidos deducidos de la historia y cristalizados como derechos históricos que se impusieran al legislador actual es susceptible de plantear multitud de contradicciones (48), y, en este sentido, la técnica de la garantía institucional vuelve a manifestar las contradicciones y limitaciones que antes hemos señalado. Por una parte, no resulta sencillo referirse al régimen foral como institución. Por otra, entiendo que sólo pueda hablarse de imagen de la misma después que —tras la definición de lo que sea la concreta institucionalización foral por parte del legislador— dicho régimen así actualizado vaya generando su imagen.

Supuesto este recorrido por las opiniones que la disposición adicional primera de la Constitución ha despertado, entre parte de la doctrina jurídica, permítaseme realizar una breve consideración personal sobre la materia.

3. EL TITULAR DE LOS DERECHOS HISTORICOS:

¿LA COMUNIDAD AUTONOMA O LOS TERRITORIOS HISTORICOS?

Supuesto el carácter históricamente provincial de los fueros de los territorios vascos no deja de sorprender la reiteración con que, en determinada literatura, se subraya este carácter territorial o se extraen consecuencias de la componente más o menos «confederalista» de buena parte de los proyectos autonómicos elaborados a lo largo de la historia del pueblo vasco (49).

La sorpresa aludida se refiere, precisamente, al hecho de que, dada la indubitabilidad de aquel carácter histórico provincial, determinadas insistencias por parte de la doctrina no hacen sino manifestar la posibilidad de que la imagen social que estuviera subyaciendo a su utilización no fuera

(48) ¿Por qué, en materia de competencias mínimas, se hace referencia a Alava en 1978, pero, en materia de organización, se retrotrae a 1876? ¿Por qué se alude a Diputaciones y Juntas y no a los principios básicos de organización de éstos? Ciñéndonos a Vizcaya, la continua presencia en el sistema histórico, en Regimiento y Diputación, de las dos parcialidades existentes en el Señorío (Oñacinos y Gamboinos), ¿no excluiría en nombre de la historia un tipo de organización basado en el gobierno monocolor de la Diputación, como el que se deriva, por ejemplo, de las normas forales de organización de las Juntas Generales y Diputación Foral de Vizcaya de 5 de enero de 1983 y de Gobierno y Administración del Territorio Histórico de Bizcaia de 2 de marzo de 1984?

(49) Resalta a este respecto el dictamen citado de T. R. FERNÁNDEZ y J. A. SANTAMARÍA, aunque la sobrevaloración del confederalismo se mantiene igualmente en el libro tantas veces citado del primero.

tan nítida ni versara sobre instituciones provinciales. Tal posibilidad parece confirmarse al analizar el momento constituyente: no es preciso insistir en el hecho de que la imagen que los representantes nacionalistas ofrecieron entonces de los fueros era una imagen de algo con lo que se pretende legitimar la Autonomía Vasca, y no ningún tipo de particularidades provinciales (50).

La apelación a los fueros en el momento posestatutario tiene frecuentemente el peligro de olvidar la historia, de olvidar los por qué de determinados planteamientos y los de su evolución. Cuando se habla del confederalismo de las primeras tesis del nacionalismo vasco se olvida que Arana-Goiri plantea su nacionalismo como radicalización de un fuerismo que es provincialista: su nacionalismo es nacionalismo vizcaíno y no ha inventado todavía la palabra Euzkadi (51). Pero va a ser precisamente el desarrollo de las ideas nacionalistas en los distintos territorios vascos lo que comienza a plantear la modificación del viejo provincialismo.

El confederalismo se mantiene en la medida en que es desigual la presencia nacionalista en cada uno de los territorios vascos, precisamente como medio de apaciguar las reticencias de las oligarquías provinciales no nacionalistas. Y no es muy distinta la causa que explica el provincialismo de los proyectos preautonómicos, o la existencia de institutos con la igual representación de los territorios históricos en el Parlamento vasco: Alava, que contaba con una Diputación que había seguido gozando de concierto económico, tuvo una reducida presencia nacionalista en 1977, y Navarra, cuya incorporación a la Autonomía Vasca ha sido aspiración constante del nacionalismo, la tenía aun menor. El provincialismo, en suma, apareció y se mantuvo como medio para no dificultar la integración nacionalitaria del País Vasco.

Por lo demás, y hasta fechas relativamente recientes, la autonomía aparece como superación de la foralidad y la foralidad como resistencia —o, al menos, reticencia— ante la autonomía (52). Pero, en la medida en que los nacionalistas siguen hablando de fueros, la imagen social atribuida a éstos

(50) J. CORCUERA, «La constitucionalización...», cit.; incluso, también T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos...*, cit., págs. 27 y ss. Pueden verse igualmente las citas aportadas por P. LUCAS VERDÚ, «Penetración de la historicidad...», cit. particularmente pág. 45.

(51) Puede verse mi libro, J. CORCUERA, *Orígenes, ideología y organización del nacimiento vasco (1876-1904)*, Madrid, 1979, especialmente págs. 343-349.

(52) La utilización del término «foral» en el nombre de coaliciones electorales se ha producido únicamente en el ámbito de aquellos sectores de la derecha no nacionalistas que más reticencias plantearon ante el Estatuto.

o no tiene apenas importancia o se vincula con la autonomía. Y, en este sentido, es necesario subrayar tanto la prevalencia del principio autonómico sobre el foral provincialista como la posibilidad de que la actualización aludida en el párrafo segundo de la disposición adicional primera CE pudiera suponer la conversión de unos derechos históricos provinciales en autonómicos.

La disposición adicional citada señala que, «la actualización formal de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía». Ello parece permitir afirmar, sin mayor problema, que —en el caso en que se emprenda la tarea de actualizar el régimen foral— tal evento ha de realizarse básicamente a través de los Estatutos. Es, pues, el análisis del Estatuto de Autonomía del País Vasco el mejor instrumento para conocer el alcance de la adicional primera y tal análisis nos permite descubrir algunas particularidades.

En primer lugar, parece deducirse de la lectura del Estatuto que éste no deriva del reconocimiento constitucional de los derechos históricos de los territorios forales sino del reconocimiento realizado en el artículo 2 de la CE, del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española. Es inequívoco a este respecto el artículo 1 EAPV, según el cual «el pueblo vasco o Euskal Herría, como expresión de su nacionalidad, y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma dentro del Estado español».

Pero la importancia de la nacionalidad vasca como sujeto de la autonomía no puede hacer olvidar la trascendencia de los territorios históricos que integran la Comunidad Autónoma, la naturaleza de cuyo régimen foral específico o las competencias de cuyos regímenes privativos no son alterados por lo dispuesto en el Estatuto.

Esta dualidad Comunidad Autónoma-territorios históricos se refleja también en lo que respecta a la aplicación de la disposición adicional primera, cuya actualización estatutaria no se mueve únicamente en el campo de los territorios históricos sino que va a referirse, también, explícitamente, a la Comunidad Autónoma, a la que el Estatuto define como titular de determinados derechos históricos.

En este sentido, se afirma como «competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco», «en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Constitución», a la enseñanza, en toda su extensión, niveles y grados (a. 16 EAPV). En parecidos términos, el régimen de la Policía Autónoma se hace depender de «las instituciones del País Vasco» «en virtud del "proceso de actualización del régimen foral previsto en la disposición adicional primera de la Constitución"» (a. 17 EAPV), e igual-

mente se regulan las relaciones tributarias «entre el Estado y *el País Vasco*» mediante el «sistema foral tradicional» de concierto económico (a. 41 EAPV).

Esta atípica consideración de la Comunidad Autónoma como titular de los derechos históricos o del régimen foral actualizado, manifiesta paladinamente el carácter de la adicional primera más como definidora de un título a determinadas especificidades que como traslación, sin más, de situaciones jurídicas que pudieran haberse dado en el pasado (53).

Ha de subrayarse, por otra parte, la enorme trascendencia de las materias correspondientes a los tres ejemplos citados, *únicas en las que el Estatuto Vasco se alude a la disposición adicional primera*: Concierto económico, Policía Autónoma y Educación son los principales elementos en torno a los cuales se moviliza la opinión pública vasca en vísperas de la elaboración del Estatuto. Y no parece casual que sea precisamente en esas tres materias donde —(no en el primer proyecto, de la Asamblea de Parlamentarios Vascos, sino en el resultante de la negociación entre la Comisión Constitucional del Congreso y la delegación de aquella Asamblea)— se pretende reforzar las pretensiones vascas con el argumento foral.

¿Cuál era el problema y cuál puede ser la efectividad de dicha apelación al margen de la puramente ideológica? Particularmente, en los casos de enseñanza universitaria y de policía, la Constitución hace depender las competencias de las Comunidades Autónomas de Leyes Orgánicas que no habían sido dictadas en el momento de aprobarse los Estatutos. A ello ha de añadirse que, como es doctrina unánime y como ha manifestado la práctica en los casos valenciano y canario, los Estatutos no son aquellas leyes orgánicas que, en virtud del 150.2 CE, pueden realizar transferencia o delegación a las Comunidades de facultades correspondientes a materia de titularidad estatal.

Ello supuesto, todo parece indicar que tales apelaciones a la disposición

(53) Ello deriva no sólo del hecho de que la actualización del régimen foral se realiza cambiando de titular del mismo, como del dudoso carácter histórico de las competencias que se transfieren por dicho título: por lo que respecta a la enseñanza, y al margen de las competencias que históricamente pudieran haber mantenido Ayuntamientos y Diputaciones, parece abusivo considerar, por ejemplo, la Universidad como competencia debida a la Comunidad Autónoma en virtud de título histórico. En el mismo sentido, la existencia de policías provinciales —Forales, Miñones o Miqueletes— no pueden hacer olvidar que, tanto en el Antiguo Régimen como en el Estado Constitucional, actuaron en todo momento en las provincias forales las policías (o instituciones equiparables, piénsese en el Santo Oficio) que tenían ámbito de actuación estatal. En lo relativo a conciertos económicos recuérdese que su aparición es posterior a la época foral y se justifica, precisamente, por la necesidad de extender a las Vascongadas el deber constitucional de contribuir a las cargas generales del Estado.

adicional primera se debieron a la voluntad de los autores del Estatuto de garantizar determinados contenidos competenciales que se impusieron a las Leyes Orgánicas citadas en la Constitución (particularmente en sus artículos 27.10 y 149.1.29).

Pero un mecanismo de este tipo tiene efectividad básicamente desde una perspectiva ideológica y política. Sólo en estos ámbitos, y no en el jurídico, se mueven los eventuales condicionamientos que pudieran imponerse a tales leyes orgánicas. Tanto si el Estatuto, además de referirse a la adicional primera, hace salvedad de la legislación orgánica citada en la Constitución (caso del a. 16 EAPV), como cuando no incluye dicha salvedad (caso del a. 17 relativo a la Policía) las leyes orgánicas previstas en la Norma Fundamental se imponen al Estatuto.

Martínez Sospedra ha señalado (54) que el artículo 149.1.29 supone la posibilidad de que la Ley Orgánica de Seguridad Pública pueda modificar lo dispuesto en el texto del Estatuto de Autonomía sin necesidad del doble acuerdo (del Estado y de la Comunidad Autónoma) exigido para los procesos de modificación estatutaria. Esta parece ser la opinión más generalizada entre la doctrina. Se entiende, por otra parte, que esto no supondría una reforma del Estatuto sino una mera precisión del contenido material de la competencia, realizada por una norma estatal que se apoya en una específica habilitación constitucional: existiría incidencia sobre el contenido del Estatuto, pero no cabía hablar de reforma *extra ordinem* del mismo (55).

En todo caso, no parece afirmarse que la invocación a la constitucionalización de los derechos forales pueda prestarse a solucionar este tipo de problemas. La explícita apelación a la adicional primera no implica la introducción de mecanismos que pudieran alterar el procedimiento de los eventuales conflictos competenciales entre el Estado y la Comunidad Autónoma. Como hemos señalado, la alusión al marco de la Constitución es taxativa a este respecto y, por otra parte, el propio Tribunal Constitucional ha señalado la imposibilidad de considerar la tantas veces citada disposición adicional primera de la CE como procedimiento de atribución competencial (56).

(54) M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, *Aproximación al Derecho constitucional español: La Constitución Española de 1978*, Valencia, 1980, pág. 85.

(55) S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982, págs. 311-312. Tal interpretación podría venir reforzada, en el caso que nos ocupa, por la indeterminación existente en el artículo 17 EAPV sobre las competencias respectivas de la policía autónoma y de las F. y C. de S. del E., a las que se reservan «en todo caso» algunos ámbitos de actuación, pero no se diseña de modo definitivo su marco de intervención, lo que supone el mantenimiento implícito de la remisión a la L. O.

(56) STC 123/1984, de 18 de diciembre: «La idea de derechos históricos de las

Llegados a este punto parece que podríamos afirmar que la actualización de los derechos históricos de los territorios forales ha funcionado —también— como modificación del titular de tales derechos: la autonomía de que goza la Comunidad Autónoma Vasca enlazará no sólo con el artículo 2 de la CE, sino con la actualización de la foralidad de que gozaron la provincias y el señorío:

Esta interpretación no concuerda con la suministrada por parte de la doctrina, particularmente tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1984. Se afirma en ésta que «cada uno de los territorios históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco son entes jurídicamente distintos y autónomos entre sí, dotados cada uno de su correspondiente esfera de intereses y de las competencias necesarias para su gestión». En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, no cabe «la aplicabilidad a la Comunidad Autónoma Vasca de unos pretendidos principios o normas delimitadoras de las competencias de los territorios históricos». Pero de aquí no puede inferirse, como pretende T. R. Fernández (57), que tal Sentencia deje «bien claro» que la titularidad de los derechos históricos corresponda a los territorios históricos. Lo que el Tribunal señala es, sencillamente, la virtualidad del principio de competencia. Por otra parte, la reclamación de tales competencias para los territorios históricos no se realiza, en ese caso, en base a un vaporoso derecho histórico sino al derecho positivo, y particularmente a la Ley de Concierto Económico, que otorga determinadas competencias de modo expreso a las Diputaciones, no a la Comunidad Autónoma (58).

Sí puede tener mayor importancia a la hora de argumentar la ubicación de los derechos históricos en el ámbito provincial otra afirmación de la misma sentencia en la que se distinguen las fuentes de las que nacen las competencias de los territorios históricos y de las Comunidades Autónomas

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 (...).

(57) T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos...*, cit. pág. 87 (particularmente nota 83).

(58) La disposición adicional tercera de dicha Ley 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco atribuye a las *Diputaciones forales* las facultades que les reconoció el artículo 15 del R. D. de 13 de diciembre de 1906. Aunque dicha disposición adicional tercera utiliza el título histórico como elemento de legitimación, lo que se atribuye son competencias concretas «sin perjuicio de las bases a que hace referencia el artículo 149.1.18 de la Constitución».

mas (59). Pero dicha diferencia se basa en unos presupuestos que no pueden compartirse y que entiendo pueden considerarse superados por el propio Tribunal: no cabe vincular la delimitación de competencias derivadas del título histórico con «una investigación histórica acerca de cuáles sean tales 'derechos'». La rotundidad de la crítica, que T. R. Fernández realiza de tal aserto (60) me excusa en este momento de subrayar la inviabilidad de un planteamiento según el cual parecería poder atribuirse una competencia sólo en virtud del trabajo científico de un historiador del Derecho (61).

El criterio de distinción entre territorios históricos y Comunidades Autónomas no puede ser, pues, la titularidad por parte de los primeros de determinados contenidos competenciales o institucionales derivados de la historia. La diferencia sólo puede moverse en el ámbito, citado por la sentencia, de la esfera de intereses propios de cada uno de ellos y de las competencias, que, para su gestión, les son respectivamente otorgadas por la Ley.

Por otra parte, en Sentencia 123/1984, de 18 de diciembre, el Tribunal Constitucional se refiere a los «derechos históricos de las Comunidades y territorios forales». Tal utilización del plural al referirse al primero de los titulares de derechos históricos parece indicar que se está pensando no sólo en la Comunidad Foral Navarra sino, igualmente, en la Comunidad Autónoma Vasca.

En consecuencia, también la Comunidad Autónoma puede aparecer como ámbito en que se realice la actualización de los derechos históricos (hemos

(59) «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, en el marco establecido por la Constitución, hayan asumido mediante sus respectivos Estatutos de Autonomía y a otras posibles normas delimitadoras de competencias dictadas en el marco de las anteriores para saber cuáles sean las correspondientes a cada Comunidad» (F. J. 4.º).

(60) T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos...*, cit. págs. 88 y sigs.

(61) Por rigurosas que fueran tales investigaciones históricas no puede tener sentido el convertirlas, por mandato constitucional, en condicionamientos que se impongan al legislador o a los jueces. La doctrina histórica alcanzaría así una relevancia que nunca se ha planteado para la doctrina jurídica. Por otra parte, ¿cómo determinar cuál es el momento histórico de la vida de una institución o competencia que recobra vigencia por la disposición adicional primera de la Constitución?

visto cómo tal actualización se plantea, de hecho, en el Estatuto), pero ello no agota el campo de actuación de los derechos históricos.

4. DERECHOS HISTORICOS Y TERRITORIOS HISTORICOS

La actualización de los derechos históricos realizada por el Estatuto no se limita a los supuestos arriba dichos, sino que parece encontrar una efectividad mayor en el diseño de los territorios históricos, campo en el que tampoco son pequeños los problemas planteados.

A diferencia del anteproyecto, el texto del actual Estatuto no opta definitivamente por una estructura confederal del País Vasco, manteniendo una (posiblemente positiva) ambigüedad en esta materia. Los territorios históricos ven reconocido su derecho a «conservar, o, en su caso, restablecer y actualizar su organización e instituciones privativas de autogobierno» (a. 3), estableciéndose 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» (a. 37.2) y garantizándose las especificidades forales particularmente por la participación de las Juntas Generales en el procedimiento de reforma del Estatuto, cuando ésta pudiera afectar a aquéllas (a. 47).

Las menciones que se hacen en el Estatuto (particularmente en sus artículos 3 y 37) a la existencia de instituciones privativas de autogobierno o de regímenes privativos de cada territorio histórico no implican la definición, ni siquiera básica, de cuáles hayan de ser la estructura y competencias de éstos. El Estatuto, «carta de muy poco definidos perfiles jurídicos» (62) mantiene abiertas muy distintas posibilidades de organizar las relaciones entre la Comunidad Autónoma y los territorios que la integran, lo que dificulta sobremanera la labor del intérprete que pretenda, como recomienda Martín Mateo, detectar sus orientaciones para evitar interpretaciones arbitrarias (63).

Cuando García de Enterría recuerda la notabilísima ambigüedad del texto constitucional americano y señala cómo la determinación del modelo ha resultado ser obra de los jueces y los juristas (64) presenta, quizá, la espe-

(62) R. MARTÍN MATEO, «Funciones», cit. pág. 1349.

(63) *Ibid.*, pág. 1350.

(64) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La primacía normativa del título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución», REDA, 1982, núm. 33, págs. 286 y sigs.

ranza de una vía por la que pudiera acabar definiéndose el modelo autonómico vasco. Pero la realización estable de éste será difícil, no sólo por la menor entidad de los instrumentos de que dispone el Estatuto para articular e integrar sino, particularmente, por las específicas dificultades políticas que sigue presentando la definición de aquel modelo.

Dejando de lado la explicación de los problemas internos del PNV a la hora de definir las relaciones territorios históricos-órganos autonómicos comunes, puede ser útil realizar una breve mención de algunas de las cuestiones que deja abiertas la regulación estatutaria de dicha materia.

Cuando el Estatuto define las particularidades de los territorios históricos vascos está construyendo un tipo de corporaciones locales dotadas de notables diferencias con respecto a las de régimen común (65). Dichas especificidades, vinculadas con la foralidad, parece definir un nuevo ámbito de aplicación de la disposición adicional primera de la Constitución, y una nueva manifestación del proceso de actualización del régimen foral.

Pero el tratamiento estatutario de tal foralidad provincial mantiene amplísimos márgenes de discrecionalidad en manos del legislador: en primer lugar, por las dificultades que implica la definición de lo que pudiera ser «la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias de los regímenes privativos de cada territorio histórico» (a. 37.2 EAPV); en segundo lugar, por la posibilidad de realizar una interpretación estatutaria que relativiza sobremanera la existencia de competencias exclusivas de los territorios históricos, pese al artículo 37.3 del Estatuto y, en tercer lugar, por la posibilidad que ofrece el mismo Estatuto de realizar una interpretación del sistema de conciertos económicos que supusiera una efectiva supe-ditación de las Diputaciones Forales a la Hacienda General del País Vasco y, consecuentemente, a las instituciones comunes de éste.

¿En qué consiste ese régimen foral, cuya naturaleza no puede ser alterada por el Estatuto (a. 37.2 EAPV)? Si la idea de régimen hace alusión, como parece, a conjunto de normas que regulan un objeto particular y si, como hemos señalado, difícilmente puede considerarse aquél como una realidad protegida por una garantía institucional, el régimen foral aludido en el Estatuto no puede ser otro que el derivado de los Reales Decretos de 26 de enero de 1979 (66). Estas disposiciones, en opinión de F. Tomás y

(65) Véase a este respecto IBARRA-ZURITA, «Organización foral», cit. págs. 1317 y siguientes.

(66) Reales Decretos 121/1979, de 26 de enero, sobre elecciones locales y ordenación de las instituciones forales de Navarra, 122/1979, «por el que se regulan la organización y funcionamiento de las Juntas Generales de Alava», 123/1979, *id.* de Guipúzcoa —y 124/1979— *id.* de Vizcaya.

Valiente, «establecían y regulaban el régimen foral vascongado» (67), y son resultado de la autorización recibida por el Gobierno, en virtud del Real Decreto-ley 1/1978, de 4 de enero, que aprobó el preautonómico vasco, para regular la composición y forma de elección de las Juntas Generales.

Es de hacer constar que en los citados Reales Decretos no se hace mención a la disposición adicional constitucionalizadora de los derechos históricos (quizá, porque nadie había caído aún en la cuenta de la virtualidad que podía llegar a tener o, sencillamente, porque la redacción de dicha disposición había sido la razón esgrimida por el PNV para no aprobar la Constitución). Y puede ser conveniente no perder de vista el origen reglamentario del régimen que nos ocupa, aunque no fuera sino para relativizar definiciones del mismo excesivamente propensas a subrayar su relevancia (68).

El solo recordatorio de las recién expuestas opiniones que subrayan el carácter nebuloso del Estatuto en esta materia bastaría para poner en duda su relevancia. Junto a ello, entiendo acertadas las apreciaciones de García Herrera sobre la limitada garantía de la autonomía material que el Estatuto otorga a los territorios históricos: en dicho texto normativo, «el reconocimiento formal de los TH se ha reducido a un enunciado teórico de contenido estructural, sin que simultáneamente se acogiera un principio material y sustantivo» y de ello puede deducirse que «las instituciones de los territorios históricos se encuentran sujetas a condicionamientos y sometidas a las líneas de actuación que marca el Parlamento vasco» (69).

Ahora bien, tal subordinación ha de compatibilizarse con la existencia del artículo 37.3 EAPV, que señala determinadas competencias exclusivas a los territorios históricos. Dentro de la compleja problemática que plantea esta materia y dejando aquí al margen los desarrollos legislativos que le afectan, quisiera hacer unas brevísimas reflexiones destinadas únicamente a argumentar lo que parecía ser la primera interpretación del Estatuto: el provincialismo puede ser un tipo de desarrollo autonómico compatible con el bloque de constitucionalidad, pero no es el único.

Con independencia del origen reglamentario del régimen foral, el 37.3 EAPV, al definir una serie de competencias exclusivas de los territorio his-

(67) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Las relaciones entre el poder central...*, cit., pág. 22.

(68) Valga como ejemplo una nueva alusión a T. R. FERNÁNDEZ y para quien el régimen foral es una «forma peculiar de autogobierno provincial que se integra como tal en la estructura común que el Estatuto diseña sin mengua de su propia esencia» (*Los derechos históricos...*, cit. pág. 151), definición que no aporta demasiado, toda vez que nada nos permite definir dicha esencia.

(69) M. A. GARCÍA HERRERA, «Instituciones autonómicas centrales e instituciones forales de los territorios históricos...», cit. pág. 531.

tóricos, parece plantear la posibilidad de que se asignen competencias exclusivas a la Administración (hecho que como recuerda Martín Mateo, no es usual en el ámbito administrativo continental, salvo el precedente de la determinación por la Constitución francesa de materias reservadas al poder reglamentario) (70).

Esta posibilidad es mantenida radicalmente por Tomás Ramón Fernández, para quien los reglamentos de los órganos forales de los territorios históricos emanados en el ámbito del 37.3 son invulnerables a la Ley. Se trataría, en tal caso, de reglamentos *autónomos*, engarzados directamente en el Estatuto ((art. 37.3) y con la Constitución (disposición adicional primera) (71).

Esta situación de extraordinaria peculiaridad, cuya excepcionalidad se produce en Francia tras un importante debate (72), pero que tiene allí una inequívoca justificación constitucional, pretende basarse aquí en el frágil engarce de la adicional primera. Parece realmente escaso el argumento foral como para legitimar la existencia de materias excluidas de regulación por ley en un sistema de fuentes, como el español, en que no sólo el constituyente excluyó explícitamente tal posibilidad, sino que, por su importancia, habría de exigir una *habilitación constitucional explícita* que ni existe ni parece posible.

El Tribunal Constitucional parece haberse inclinado en este sentido (73) e idéntica parece la opinión de la doctrina. Baste como ejemplo la cita de Eduardo García de Enterría para que el que «menos aún puede hablarse en nuestro Derecho de un Reglamento independiente en el sentido de la Constitución francesa de 1958, esto es, de Reglamentos que se ordenan directamente a la Constitución y en cuyo ámbito, reservado por ésta, la Ley en principio no puede entrar por sí misma» (74). La cita, sería perfectamente extensible a los supuestos de hipotéticos reglamentos autónomos ordenados directamente a los Estatutos, pues, en definitiva, será incompatible con el principio clásico que, expuesto por Laband, recuerda García de Enterría:

(70) R. MARTÍN MATEO, «Funciones...», cit. pág. 1379.

(71) T. R. FERNÁNDEZ, *Los derechos históricos...*, pág. 145.

(72) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1981, págs. 68 y sigs.

(73) STC 83/1984, de 24 de julio, F. S. 4.º. Tras referirse al principio de reserva de ley se añade: «el principio no excluye (...) la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador».

(74) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, cit., I, pág. 216.

«no hay ningún objeto de toda la vida estatal, pudiera decirse que ningún pensamiento, que no pueda convertirse en el contenido de una Ley» (75).

Las reticencias a admitir la existencia de reglamentos autónomos son, por otra parte, compatibles con la alusión del 37.3 EAPV, a la existencia de competencias exclusivas en manos de los territorios históricos: como demostró detalladamente en su día el profesor Jesús Leguina Villa, el propio Estatuto de Autonomía aporta argumentos para definir como compartidas todas y cada una de las materias denominadas exclusivas (76), señalándose lo mismo por parte del profesor Martín Mateo para la competencia de autoorganización de los territorios históricos, cuestión que podría parecer la más indubitablemente exclusiva de éstos (77).

Ello supuesto, en el caso en que se mantuviera dicha exclusividad por parte de los territorios históricos, ésta se debería no al juego directo de la disposición adicional primera de la Constitución, sino, en todo caso, a la posible deslegalización que pudieran realizar las Cortes o el Parlamento vasco en beneficio de las instituciones forales de los territorios históricos. Dichas deslegalizaciones se han realizado, tanto en la disposición adicional segunda de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) (78), como en la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de «Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Organos Forales de sus Territorios Históricos» (LTH).

Al margen de los problemas que pueda plantear la constitucionalidad de la citada adicional de la Ley de Bases del Régimen Local, y dejando de lado un desarrollo más profundo de cuestiones que las normas ahora citadas suscitan, quisiera señalar únicamente que la consagración por parte de la LBRL

(75) Cit. en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, cit., I, pág. 216.

(76) J. LEGUINA, «Los territorios históricos vascos: poderes normativos y conflictos de competencias», cit. págs. 82-84.

(77) R. MARTÍN MATEO, «Funciones», cit. págs. 1355-1356, se refiere a la competencia de autoorganización, poniendo en duda tal exclusividad, por contrastar con las competencias de la Comunidad Autónoma sobre régimen local (art. 10.4 EAPV).

(78) «1. De acuerdo con la disposición adicional primera de la Constitución y con lo dispuesto en los artículos 3.24.2 y 37 del Estatuto Vasco, los territorios históricos de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, organizarán libremente sus propias instituciones y dictarán las normas necesarias para su funcionamiento, sin que les sean de aplicación las contenidas en la presente Ley en materia de organización provincial» (...). «3. En el ejercicio de las competencias que el Estatuto y la legislación de la Comunidad Autónoma que se dicte en su desarrollo y aplicación les asignen, corresponde a las instituciones forales de los territorios históricos el desarrollo normativo y ejecución de la legislación básica del Estado en las materias correspondientes, cuando así se les atribuyan (...).»

de la posibilidad de que las instituciones forales establezcan reglamentos autónomos es una posibilidad abierta por dicha Ley, y no por la adicional primera de la Constitución. Y, de la misma manera, la definición de competencias exclusivas realizada por la LTH es igualmente susceptible de modificación por parte de una nueva Ley del Parlamento vasco.

La capacidad del Parlamento para intervenir en el diseño competencial de los territorios históricos se manifiesta, incluso, en materia de conciertos económicos, uno de los elementos más peculiares de la Autonomía Vasca y en lo que más claramente pudiera considerarse que el Estatuto de Autonomía ha actuado como marco de actualización de los derechos históricos. Esta actualización supone, nuevamente, posibilidad de innovación del sujeto titular de aquel derecho histórico: aunque sean importantes las competencias que en esta materia reciben «las instituciones competentes de los territorios históricos» (véase el artículo 41.2 EAPV) no puede olvidarse que el título III del Estatuto, relativo a Hacienda y Patrimonio, se abre con una alusión a la Hacienda Autónoma del *País Vasco* como sujeto básico de dicho título y el artículo 41.1 EAPV nos indica que el concierto económico es un sistema para regular «las relaciones de orden tributario entre el Estado y el *País Vasco*», no entre el Estado y los territorios históricos.

Esta importancia de las instituciones autonómicas comunes se manifiesta básicamente en el hecho de que la capacidad de los territorios históricos de «mantener, establecer y regular», el régimen tributario se ve sometido al triple condicionamiento señalado en el 41.2 a) EAPV, dentro del que se encuentran las normas que pueda dictar el Parlamento vasco «para la coordinación, armonización fiscal y colaboración» en la Comunidad Autónoma. En el mismo sentido ha de recordarse que es una Ley del Parlamento vasco la que «establecerá» los criterios de distribución equitativa y el procedimiento por el que, a tenor de aquellos (gastos presupuestarios del País Vasco) se convendrá y harán efectivas las aportaciones de cada territorio histórico» [artículo 42. a) EAPV]. (Otra cosa será que esta Ley, tanto por su contenido como por los procedimientos que introduzca (79) potencie el papel de dichos territorios históricos).

(79) Recuérdese el procedimiento establecido por el artículo 29 de la LTH para la aprobación parlamentaria del acuerdo del Consejo Vasco de Finanzas en el que se establecen las aportaciones de las Diputaciones a los gastos presupuestarios de la C. A.: dicha aprobación o rechazo se realiza tras debate y votación de totalidad, sin que puedan tramitarse enmiendas de ninguna clase.

5. CONCLUSIONES

Frente a las posturas neoforalistas, entiendo que no son excesivos los límites que imponen al legislador ni la Constitución —en virtud de la disposición adicional primera— ni el Estatuto, a la hora de regular la organización foral de los territorios históricos o sus competencias. Sin necesidad de repetir argumentaciones ya realizadas, considero que tal disposición adicional primera de la Constitución.

- a) No implica ninguna forma de garantía institucional del régimen foral: la imagen específica de la foralidad incorpora, todo lo más, aquellos que —precisamente por considerarse más claros— se incluyeron en el Estatuto. En consecuencia, tales componentes de la foralidad se ven garantizados suficientemente por éste sin tener que recurrir a aquella técnica.
- b) No permite una actualización o unos desarrollos al margen del marco constitucional de los Estatutos.

Considerar el «marco» de la Constitución como un núcleo esencial e inviolable de la misma podría tener el efecto de imaginar que existen partes del articulado menos «esenciales» y, consecuentemente, de aplicación no obligatoria. No es necesario encarecer los peligros de tal planteamiento ni su inviabilidad, a pesar de determinadas opiniones teóricas (80), o, incluso, de prácticas que, como la que ha permitido el acceso de Navarra a la autonomía, son de muy dudosa constitucionalidad (81).

(80) Recuérdese la postura mantenida por B. CLAVERO en «Del principio de salvedad constitucional del derecho histórico vasco», *loc. cit.* postura criticada por T. R. FERNÁNDEZ en *Los derechos históricos...*, cit. págs. 89-90, nota 86. Puede verse en U. DEL SIERVO, *Gli statuti delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 1974, págs. 169 y ss., los problemas planteados por la interpretación del artículo 123 de la Constitución italiana en el que se habla de que los Estatutos sean «in armonia con la Costituzione e con la leggi della Repubblica». Bien que se reconozca el carácter esencialmente no rígido de la referida armonía, «su naturaleza de límite móvil, ligado a valoraciones de orden político» (CUOCCOLO, cit. en pág. 182) se recuerda que «la conclusión pacíficamente compartida es que el estatuto de las regiones deba respetar íntegramente las disposiciones constitucionales sin ninguna excepción», aunque «tesis muy diversas se sostienen, en la mayoría de los casos, por lo que respecta a las leyes estatales» (página 185).

(81) Las reticencias a la constitucionalidad de dicha vía pueden verse, incluso, en el informe citado de F. TOMÁS y VALIENTE, *Las relaciones entre el poder central y los poderes territoriales en la jurisprudencia constitucional*. Informe nacional. España.

- c) Supone un subrayado constitucional de la importancia del proceso histórico cuyo fruto es la nación española. Pero ello no implica la afirmación de eventuales formas de legitimismo historicista.

Tomás y Valiente se ha referido, agudamente, al «Principio de limitación del historicismo jurídico» como uno de los que inspira el ordenamiento constitucional en materia de autonomía. En virtud del mismo, y en conexión con lo que acabamos de indicar, se entiende que, el régimen jurídico foral preconstitucional no puede coexistir con la Constitución si se opone a ella y, en consecuencia (en esos extremos) se ve afectado por la disposición derogatoria tercera de la Constitución (82).

En consecuencia, «la legitimidad historicista vale más como título para justificar la existencia del hecho diferencial, que para determinar su contenido» (83). Como ha señalado la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de diciembre de 1984, la disposición adicional primera de la Constitución no supone título habilitador para la recepción de nuevas competencias.

- d) Tal utilización del título histórico como elemento de atribución competencial sería, además, inviable. El «régimen foral específico» histórico es, dicho sea en palabras de R. Martín Mateo, de «imposible reaclimatación», por lo que su actualización no tiene otra solución que realizarse mediante «la determinación *ex lege* de lo que hoy sean los contenidos privativos del régimen foral» (84). Esto supone que, cuando el legislador apela a la disposición adicional primera de la Constitución como medio de atribución, explicación o justificación de determinadas competencias, no está desarrollando aspectos que estuvieran *in nuce* en aquella disposición, ni expresando contenidos que estuvieran implícitos en ella sino, sencillamente, construyendo aquel régimen foral.

Se afirma en él, benévolutamente, que «quizá pudiera especulativamente dudarse de la escrupulosa constitucionalidad del peculiar proceso de acceso de Navarra a su actual régimen autonómico» (pág. 27, cfr. *ibid.*, págs. 28-29).

(82) TOMÁS Y VALIENTE, *ibid.*, pág. 29.

(83) *Ibid.*, pág. 16.

(84) R. MARTÍN MATEO, «Funciones», cit. págs. 1389-90.