

**MANUEL GARCÍA PELAYO
Y LOS DERECHOS HISTÓRICOS**

JAVIER TAJADURA TEJADA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA IDEA MEDIEVAL DEL DERECHO Y LOS DERECHOS HISTÓRICOS. 3. LA PROBLEMÁTICA INCLUSIÓN Y POSTERIOR EXPANSIÓN DE LA CATEGORÍA «DERECHOS HISTÓRICOS» EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL VIGENTE. 4. LOS DERECHOS HISTÓRICOS Y EL FUTURO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Fecha recepción: 20.03.2009

Fecha aceptación: 4.05.2009

MANUEL GARCÍA PELAYO Y LOS DERECHOS HISTÓRICOS

POR

JAVIER TAJADURA TEJADA

«Esta idea de los derechos históricos representa, en cualquiera de sus formas, la transferencia a entidades territoriales de los principios legitimistas formulados originariamente para las monarquías; *representa la extensión a épocas completamente distintas del principio típico de la Edad Media de la superior validez 'del buen derecho viejo' frente al derecho nuevo, es decir, exactamente la inversión de los términos sobre los que se construyen los ordenamientos jurídicos modernos*, en los que el derecho nuevo priva, normalmente, sobre el viejo; representa, en fin, *la pretensión de sustituir la legitimidad racional por la legitimidad tradicional*, pretensión que no tiene sentido cuando la tradición se ha interrumpido durante largo tiempo».

MANUEL GARCÍA PELAYO,
Obras Completas, Tomo III, Pág. 3171.

1. INTRODUCCIÓN.

Desde la consideración de Manuel García Pelayo como un clásico inspirador de respuestas a los problemas del presente me ha parecido oportuno partir de un problema fundamental de nuestro derecho constitucional actual: *la controvertida cuestión de la financiación autonómica* que, de una u otra suerte, deriva del reconocimiento por parte de la Constitución de unos supuestos «derechos históricos» de los que son titulares algunas Comunidades Autónomas (País Vasco y Navarra) y que les permite disfrutar de una financiación muy superior al resto. Se trata de un problema que se ha agudizado en los últimos años y que actuó como el motor desencadenante del proceso de reformas territoriales iniciado en la VIII Legislatura. Pero se trata de un problema cuya gravedad ya previó hace

treinta años nuestro homenajeado. Por esa razón, recordar cómo el profesor García-Pelayo advirtió en la etapa constituyente de las graves consecuencias que tendría para nuestro país la inclusión en la Constitución de una categoría propia del Derecho de la Edad Media, me parece que reviste un cierto interés. En primer lugar, porque las razones que hace treinta años pronunció en contra de la inclusión en nuestra Constitución, de la categoría de «derechos históricos» continúan plenamente vigentes, aunque en sede académica y política exista un cierto consenso para ocultarlas. Y, en segundo lugar, porque los riesgos que García Pelayo denunció se han convertido en realidad.

Por otro lado, este tema, «los derechos históricos», conecta con una de las preocupaciones o intereses principales del quehacer intelectual de D. Manuel. Además de un insigne jurista, el profesor García Pelayo fue un gran conocedor y estudioso de la Historia. Y de la Historia del Derecho y del Estado en particular. Desde esta óptica, resulta fundamental su ensayo «Sobre la significación de la Historia para la teoría política». En él se pone de manifiesto que el conocimiento de la Historia es fundamental para la Teoría Política, —y nosotros podríamos añadir que también, y por razones similares, para el Derecho Constitucional: «La realidad histórica es con respecto a la teoría política lo que la naturaleza es con respecto a la ciencia física, es decir, el material, la *empirie*, sobre la que construye su sistema de conceptos, pues la política es una realidad creada por el hombre y la revelación de lo que el hombre ha hecho se manifiesta en la historia»¹.

Fruto de esa preocupación, destaca por su riqueza y rigor «Del Mito y de la Razón en la Historia del Pensamiento Político»². En él se contiene un excelente estudio titulado «La idea medieval del Derecho» que es, en última instancia, el que explica su perplejidad y asombro ante la pretensión (satisfecha) de incluir en una Constitución racional normativa una categoría jurídica «los derechos históricos» que únicamente tiene sentido, y que sólo puede ser cabalmente explicada, desde una concepción medieval del derecho.

2. LA IDEA MEDIEVAL DEL DERECHO Y LOS DERECHOS HISTÓRICOS.

En «La idea medieval del Derecho», García Pelayo expone el desarrollo de las ideas jurídicas medievales en los periodos de la alta Edad Media (siglos IX-XIII)

¹ GARCÍA PELAYO, M.: *Obras Completas*, CEPC, Madrid, 1991, III, 2489-2522. La cita en pág. 2493.

² *Obras Completas*, II, 1033-1240.

y de la baja Edad Media (siglos XIII-XVI). «La Edad Media —escribe nuestro homenajeado— luchó por el Derecho con una intensidad difícilmente comprensible para nuestra mentalidad...el vigor de la lucha por el derecho se acentuaba porque...no se sentía la oposición entre el Derecho y la Justicia, en razón de que el Derecho tenía, de un lado, fundamento sacro y, de otro, era principalmente consuetudinario y, por tanto, justo si existía desde el tiempo viejo. A estas ideas típicas de la alta Edad Media se opone desde el siglo XIII una nueva idea jurídica destinada a triunfar en la época moderna: la idea del derecho legal, que ha de justificarse constantemente por su adecuación a la ratio abstracta y a la justicia»³.

Junto a la idea teocéntrica y a la formación espontánea del Derecho, y como consecuencia de esta última, la otra nota distintiva de la concepción jurídica imperante en la Alta Edad Media era la primacía del Derecho viejo sobre el nuevo. La historia operaba así como fuente de legitimidad: el buen derecho era el derecho viejo: «Del hecho de que la normatividad se derivara de la repetición de actos se desprendía un principio jurídico de primera importancia, a saber, la primacía del Derecho viejo sobre el nuevo, pues claro que mientras más repetidos fueran los actos o más se extendiera en el tiempo un status, mayores eran las razones de su vigencia y la justificación de su legitimidad»⁴.

En la Baja Edad Media, fue cuando se hizo patente la tensión entre el Derecho nuevo y el viejo. De esta forma, la pretensión legisladora de los reyes y la tendencia a la general aplicación del Derecho Romano entraron en conflicto con todos aquellos que veían amenazados sus intereses por la aplicación del Derecho nuevo: «Así como pertenece a la lógica del Derecho consuetudinario —escribe García Pelayo— el primado del Derecho antiguo sobre el nuevo, así pertenece a la lógica del Derecho legal la afirmación de la primacía del Derecho nuevo sobre el viejo, es decir, la anulación de la norma anterior por la norma posterior, pues nada existente puede resistir a la ratio. De este modo en las Constituciones de Melfi encontramos el siguiente texto de espíritu completamente moderno y

³ Obras Completas, II, 1073.

⁴ Obras Completas, II, 1087-1088. La creencia en el Derecho Natural introdujo un correctivo a la plusvalía del Derecho viejo. En todo caso, «la posible oposición entre el viejo derecho establecido y el Derecho natural es, a veces, zanjada con el argumento de que el Derecho natural es el más antiguo de todos, puesto que nace con el hombre mismo. Lo que valía, pues, no era simplemente el Derecho viejo sino 'el buen Derecho viejo', pero se entendía que un Derecho viejo, y por el hecho de ser viejo, era bueno mientras no se demostrara lo contrario... El buen Derecho era pues el Derecho viejo y el Derecho viejo era, en principio, reputado como bueno. Un Derecho malo y viejo era para las ideas de la época un absurdo: si era malo no era Derecho, y si era bueno era antiguo; en cambio un nuevo derecho era, en principio, malo».

conclusión lógica de la nueva idea jurídica: ‘Quedan abolidas...las leyes y costumbres contrarias a estas Constituciones por antiguas que sean’ y a través de su texto se insiste constantemente en que se crea nuevo Derecho, dado que su mayor racionalidad es superior al antiguo». ⁵

Con estas premisas, nada tiene de extraño la advertencia que el maestro García Pelayo realizó en el momento en que la posible inclusión de la categoría de «derechos históricos» estaba discutiéndose en la Constituyente de 1977-78 y que, lamentablemente, ningún eco encontró en nuestra clase política.

Desde las páginas de *El País*⁶, nuestro homenajeado denunció el colosal despropósito que suponía introducir un principio de legitimidad histórica —una categoría basada en una idea medieval del Derecho—, en una Constitución normativa. Las citas son largas, pero la indiscutible *auctoritas* de la que emanan, y el hecho de ser este un ensayo concebido como Homenaje a su persona y obra, creo que justifican su transcripción. En el Proyecto Constitucional, señalaba García Pelayo «se emplea la denominación, extravagante en nuestra época, de los derechos históricos. Se trata, en efecto de una expresión anticuada, aparentemente en el espíritu de la escuela histórica del Derecho, cuyas tesis constituyeron una de las bases ideológicas de los movimientos tradicionalistas y reaccionarios del siglo pasado, frente a las tendencias racionalistas y progresistas».

Siendo esto ya bastante grave, aún lo es más el hecho de que la noción de derechos históricos apela a una legitimidad no democrática y que, por tanto, difícilmente puede tener encaje en una Constitución racional-normativa: «Esta idea de los derechos históricos representa, en cualquiera de sus formas, la transferencia a entidades territoriales de los principios legitimistas formulados originariamente para las monarquías; *representa la extensión a épocas completamente distintas del principio típico de la Edad Media de la superior validez ‘del buen derecho viejo’ frente al derecho nuevo, es decir, exactamente la inversión de los términos sobre los que se construyen los ordenamientos jurídicos modernos*, en los que el derecho nuevo priva, normalmente, sobre el viejo; representa, en fin, *la pretensión de sustituir la legitimidad racional por la legitimidad tradicional*, pretensión que no tiene sentido cuando la tradición se ha interrumpido durante largo tiempo».

⁵ Obras Completas, II, 1112-1113. Sobre el autor y el contexto de las Constituciones de Melfi: «Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno» en Obras Completas, II, 1119-1169.

⁶ El artículo apareció el Domingo 24 de septiembre de 1978: «El Proyecto Constitucional y los Derechos Históricos», y está recogido en Obras Completas, III, págs. 3171 y ss.

Finalmente, y tras haber calificado a los mencionados derechos históricos como «privilegio sustentado sobre si mismo»⁷, el insigne constitucionalista, con gran lucidez, percibió los riesgos de reconocer algo tan «vago, difuso y confuso»: «Esta ambigüedad básica es el comienzo de muchas más, abre paso a interpretaciones teóricas y prácticas de gravedad incalculable y, sobre todo, proporciona un arsenal de argumentos jurídicos que pueden ser esgrimidos, sea articulados en estrategias políticas audaces y de largo alcance, sea para finalidades más modestas —por ejemplo, destinadas a crear un ámbito privilegiado en materia fiscal o en otro campo— pero no por eso menos perturbadoras del sistema político y la vigencia del orden constitucional».

Obsérvese que, con una intuición que se ha demostrado acertada, el que fuera primer Presidente de nuestro Tribunal Constitucional puso claramente de manifiesto el carácter problemático de la categoría. Y ello por dos razones. Una intrínseca, por su incompatibilidad misma con el principio de legitimidad democrática en el que se fundamenta la Constitución racional-normativa. Y otra extrínseca, esto es, por los perturbadores efectos que de dicha inclusión podrían derivarse para el conjunto de nuestro sistema constitucional. Entre ellos cabría citar la instrumentalización de los derechos históricos al servicio de la secesión (tesis que de una u otra suerte defiende en sede doctrinal Miguel Herrero de Miñón y en sede política se ha plasmado en el denominado Plan Ibarretxe defendido por el nacionalismo vasco soberanista) o la invocación de los mismos para lograr privilegios fiscales propios de un sistema confederal.

3. LA PROBLEMÁTICA INCLUSIÓN Y POSTERIOR EXPANSIÓN DE LA CATEGORÍA «DERECHOS HISTÓRICOS» EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL VIGENTE

Si todo lo anterior tiene algún fundamento, ¿por qué las acertadas observaciones del profesor García Pelayo no fueron atendidas? La principal razón de-

⁷ El tenor literal de la Disposición Adicional según la cual la Constitución «reconoce» los derechos históricos «podría interpretarse en el sentido de que más allá de la Constitución, y, al parecer, con validez igual a ella, existe un círculo jurídico privativo, un privilegio sustentado sobre si mismo, unas inmunidades de los antiguos señoríos cuyo reconocimiento se considera como condición para la integración de las provincias vascas en el Estado español». Obras completas, III, pág. 3174. Como es sabido el término «reconoce» fue finalmente reemplazado por el «ampara y respeta» lo que resulta indiferente a los efectos del referido comentario crítico. Lo relevante fue que tras el primer párrafo de la DAP se incluyó un segundo según el cual «la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

bemos encontrarla en el hecho de que el constitucionalismo español desde sus orígenes mismos no implicó una ruptura completa y definitiva con el Antiguo Régimen. Los particularismos, a diferencia de lo ocurrido en Francia, lograron sobrevivir.

Como es sabido, la Guerra de la Independencia fue el acontecimiento decisivo para la forja del sentimiento nacional español y para el nacimiento mismo de la idea de nación española. La ocupación de España por el ejército francés era la más clara demostración de la situación de decadencia que sufríamos. En ese contexto, los intelectuales y políticos comenzaron a preguntarse por las causas de esa decadencia, y así forjaron un relato (que de mítico tenía mucho y de histórico muy poco) según el cual España como comunidad nacional existía desde el tiempo de los godos, había alcanzado la cumbre de su gloria durante el reinado de los Reyes Católicos y desde entonces no había hecho sino declinar. En su imprescindible «Historia de las dos Españas», el profesor Santos Juliá proporciona numerosos ejemplos, extraídos de discursos políticos, que demuestran que ese relato está construido ya en los inicios del siglo XIX, se verá ratificado por la Guerra, y de una u otra suerte estará vigente durante siglo y medio más⁸. Ese relato tuvo consecuencias decisivas para la construcción ideológica del constitucionalismo español. La primera Constitución europea había sido obra de los franceses, esto es, del invasor. Los principios que los liberales españoles quieren implantar en Cádiz, libertad, igualdad, uniformidad político-administrativa, son los mismos que rigen los destinos de Francia. En el contexto histórico en que se gesta nuestra primera Constitución, la Guerra de la Independencia, hubiera sido imposible declarar como paradigma de referencia el sistema político del país contra el que se libraba una guerra de «liberación». En esas circunstancias, el relato mágico sobre la decadencia de España y sobre su «luminoso pasado» desempeñó un papel fundamental. España no necesitaba recurrir a modelos foráneos porque le bastaba apelar a su historia pasada. En ella, en la Historia de España, se encontraban los principios de libertad y nueva organización que se querían implantar. No se trataba de inventar nada, sino de redescubrir unos principios que habían sido olvidados, y cuyo olvido había supuesto nuestra decadencia.

La lectura del Discurso Preliminar de don Agustín de Argüelles nos confirma cómo los principios de la Constitución de Cádiz pretenden fundamentarse en la tradición histórica. La tesis que recorre ese discurso, desde el principio hasta el final, sostiene que el nuevo texto constitucional no hace sino formalizar las antiguas leyes fundamentales de España que habían caído en el olvido. El discurso afirma que la Constitución de 1812 poco tiene de novedoso. El objetivo

⁸ JULIA, S.: *Historia de las dos Españas*, Taurus, Madrid, 2004, pág. 26 y ss.

pretendido por los hombres de Cádiz era «inyectar la sangre del siglo XVIII francés en los órganos de la vieja democracia castellana que el desuso atrofió o que cercenó el despotismo». Pero lo cierto es que la tradición de la «democracia castellana», en caso de que tal cosa hubiese existido alguna vez, quedaba muy lejos. Por el contrario, el ejemplo revolucionario francés era muy reciente y estaba en la mente de todos. Sin embargo, como la nación se había autodeterminado y reafirmado precisamente en su lucha contra Francia, prefería fundamentar en su tradición histórica, aunque ésta fuese más mítica que real, el nuevo régimen. En definitiva, el eje del discurso consiste en negar que la obra constitucional suponga la introducción de principios o instituciones ajenos a la tradición histórica española. Ello determinó que *a diferencia de lo ocurrido en Francia, en España el nuevo régimen constitucional se construyera apelando a la Historia*. En cierto sentido, la Historia era la fuente de la legitimidad del nuevo régimen. Tan singular contradicción no pudo dejar de provocar consecuencias indeseables.

Por lo que a nuestro tema se refiere, la apelación a la historia, motivada por las razones que se han expuesto, favoreció la continuidad de los regímenes forales de las provincias vascongadas y de Navarra. ¿No se apelaba a la historia como fuente de la nueva constitucionalidad? Pues historia eran, esencialmente, los fueros, cuya conservación, al cabo, no era sino una coherente consecuencia del propio historicismo ideológico de la Constitución. Al invocarse la tradición como fundamento de la Constitución, resultó fácil para los defensores de las instituciones tradicionales forales apelar a esa misma tradición en su lucha contra los gobiernos centralistas liberales. La tensión foralismo-liberalismo caracterizó así el siglo XIX español y fue la causa de sucesivas guerras civiles (las guerras carlistas). Conflictos en los que pugnaban concepciones distintas sobre el principio de legitimidad del poder (liberal o teocrática). Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que en España, el establecimiento del régimen constitucional no supuso la desaparición de las instituciones forales propias del Antiguo Régimen

Llegamos así a nuestro último proceso constituyente de 1977-78 en el que la problemática foral irrumpe en los debates de la Constituyente⁹. La lectura de los

⁹ El sintagma «derechos históricos» había sido utilizado en el lenguaje político de la transición en otros contextos que merece la pena recordar. En primer lugar, fue empleado por S. M. el Rey en su discurso inaugural de las primeras Cortes democráticas en julio de 1977. Allí el monarca se refirió a la necesidad de alumbrar un régimen político que garantizase los derechos del pueblo español, «históricos y actuales». En segundo lugar, y también en 1977, el término fue utilizado en el contexto de la ceremonia privada (a la que no asistió ni el Presidente del Gobierno ni el de las Cortes) en la que Don Juan cedió a su hijo sus «presuntos» derechos al trono. En los diferentes discursos pronunciados entonces y en el lenguaje político del momento (y cuando con posterioridad se examinan esos acontecimientos) se aludió a los «derechos históricos» de Don Juan a ocupar la

diarios de sesiones de nuestras Cortes Constituyentes nos pone de manifiesto que en la discusión sobre la forma de organización territorial del Estado las apelaciones a la Historia fueron continuas y constantes por parte, sobre todo, de los representantes de las fuerzas políticas nacionalistas. El Partido Nacionalista Vasco fue el que llevó la cuestión foral a las Cortes Constituyentes. Este partido sostenía (y sostiene) la tesis de que el régimen foral era la Constitución sustancial de los vascos. Para dar satisfacción a sus demandas se incorporaron al Texto Constitucional, la Disposición Adicional Primera (en adelante, DAP) y la Disposición Derogatoria Segunda ¹⁰. Sin embargo, esta fórmula (debido al segundo párrafo de la DAP) no fue aceptada por el PNV quien no dio su apoyo a la Constitución de 1978. En el referéndum constitucional su lema de campaña fue: «Esta Constitución vulnera nuestros fueros: defiende los fueros: abstente». Desde entonces el nacionalismo vasco no ha dejado de expresar su rechazo a una Constitución que simultánea y contradictoriamente reconoce los «derechos históricos» pero niega los «derechos originarios del pueblo vasco».

En definitiva, las Cortes Constituyentes, desoyendo las advertencias del profesor García Pelayo y prescindiendo de la inapelable lógica jurídica y política democrática que en ellas subyacía, decidieron incluir una Disposición en virtud de la cual la Constitución de 1978 ampara y respeta «los derechos históricos

Jefatura del Estado, y en la generosidad de este por cedérselos a su hijo pensando en el supremo interés de España. Evidente resulta que salvo que operemos con la lógica (antidemocrática) del principio monárquico, D. Juan carecía de derecho alguno que transmitir a su hijo —la monarquía había acabado en abril de 1931—, y en la medida en que nadie puede transmitir lo que no tiene, aquella ceremonia resultó jurídicamente inconsistente. Ahora bien, con la lógica del principio monárquico —a diferencia de lo que ocurre con la aplicación del principio democrático— la Historia sí que podía ser fuente de derechos, y será únicamente en ella, en concreto, en una interpretación de la misma que paradójicamente exige hacer tabla rasa de 46 años de Historia de España y retrotraernos a abril de 1931, en donde Don Juan podrá fundamentar esos supuestos «derechos históricos» que también supuestamente transmitió a Don Juan Carlos. En tercer y último lugar, en 1976, S. M. el Rey renunció a un «derecho histórico» de la Corona, el privilegio de presentación de Obispos, en virtud del cual el Papa debía nombrar para proveer las diócesis españolas a uno de los tres candidatos propuestos por el Jefe del Estado. A pesar de las presiones de la Iglesia, Franco nunca quiso renunciar a este «derecho histórico» por lo que cuando lo hizo el monarca, la Iglesia consideró el hecho como un hito muy relevante y positivo. Sirva este recordatorio para demostrar el difícil encaje de la fórmula «derechos históricos» en el lenguaje político de la democracia.

¹⁰ Disposición Adicional Primera: «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía». Disposición Derogatoria Segunda: «En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya».

de los territorios forales». Se trata del único caso en el Derecho Constitucional Comparado en que una Constitución moderna otorga un tratamiento de tamaño deferencia a los derechos históricos. Y por lo que se refiere a nuestro Derecho Constitucional, absolutamente insólito, con la única salvedad de la Constitución de Bayona de 1808.

Desde un punto de vista político, la recepción constitucional de los derechos históricos sirvió, aparentemente, para muy poco. El propósito que se perseguía era, como es bien sabido, integrar al nacionalismo vasco en el consenso constitucional y esto no se consiguió. Treinta años después, podemos hacer un balance de lo que la referida DAP ha dado de sí. Y dicho balance, conviene subrayarlo con claridad, ha sido claramente negativo. Se trata de un precepto que no ha servido para resolver ningún problema político y que, por el contrario, ha creado muchos. Como con meridiana claridad y acierto pleno subraya Tudela Aranda, en un magnífico estudio sobre la cuestión: La DAP «no ha resuelto la inserción del País Vasco en el sistema constitucional y ha servido como alimento a otros conflictos. Por una parte, situó en una situación de posible privilegio a dos Comunidades Autónomas, lo cual inevitablemente tenía que contagiar a Cataluña; por otra, al legitimar en la Historia determinadas diferencias, junto con la Disposición Transitoria Segunda, fortalecía en otras Comunidades la sensación de agravio. La consecuencia no podía ser otra que la que ha sido: en una nueva redacción de los Estatutos de Autonomía, los derechos históricos se expanden más allá de sus fronteras naturales»¹¹.

La recepción de los derechos históricos en la CE de 1978 singulariza la excepcionalidad de la autonomía política de los territorios forales. La legitimidad de dicha autonomía se fundamenta en la propia DAP que va a permitir a Navarra convertirse en Comunidad Autónoma al margen de los procedimientos previstos; y, sobre todo, que va a permitir a Navarra y al País Vasco disfrutar de un techo competencial superior al del resto de las Comunidades, en la medida en que incluye la autonomía fiscal plena. El reconocimiento constitucional de un título histórico que introduce un plus de legitimidad a la autonomía política de los territorios forales se refleja en las singularidades que recogen los Estatutos del País Vasco y de Navarra.

Los Estatutos de Autonomía del País Vasco y de Navarra se configuran como los instrumentos normativos de actualización de sus respectivos derechos históricos en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo de la DAP. Es

¹¹ TUDELA ARANDA, J.: «La Disposición Adicional Primera y los nuevos Estatutos de Autonomía. La Historia como legitimación de la Autonomía» en *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007, pág. 152.

cierto que la inclusión del segundo párrafo de la DAP (necesidad de actualizar los derechos históricos en el marco de la Constitución) es lo que, aparentemente, suscitó el rechazo del nacionalismo vasco. En este sentido, se ha dicho que este segundo inciso neutraliza los potenciales efectos perturbadores del reconocimiento de los derechos históricos. No creo que ello sea así. En primer lugar porque resulta jurídicamente incomprensible cómo se pueden actualizar «en el marco de la Constitución» unos derechos que la excepcionan. Y ello porque si se interpreta el sintagma «en el marco» en el sentido de que hay que reconducir la actualización de los derechos históricos a todos y cada uno de los preceptos de la Constitución, evidente resulta que la DAP quedaría vacía de contenido. Y, en segundo lugar, porque resulta políticamente ingenuo pensar que el resto de Comunidades Autónomas vayan a aceptar indefinidamente un dualismo en virtud del cual van a quedar relegadas a comunidades de «segunda categoría» debido a que sus Comunidades carecen del título «histórico» reconocido en la DAP.

Veamos en qué se traducen esas singularidades, esto es, como se han actualizado en los Estatutos de Autonomía los derechos históricos.

Por lo que se refiere al Estatuto vasco cabría señalar dos cuestiones: una relativa a la titularidad de los derechos históricos y otra a su contenido. El Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979, por su propia naturaleza fundacional creó un nuevo sujeto político, la Comunidad Autónoma del País Vasco. Y por lo que a nuestro tema se refiere, atribuyó la titularidad de los derechos históricos a ese nuevo sujeto, respetando a su vez los regímenes privativos de cada una de las tres Provincias que integran la Comunidad. Ahora bien, aunque el contenido de los derechos históricos amparados por la DAP resulte ambiguo e indeterminado, lo que sí parecía claro era la cuestión relativa a quienes eran los sujetos titulares de esos derechos, y evidente resulta que, por razones no ya políticas, sino de la más elemental lógica, entre esos sujetos no podían figurar quienes en el momento de aprobarse la citada Disposición no existían. Dicho con otras palabras, si la CA Vasca, como las dieciséis restantes, existe desde que se aprobó su respectivo Estatuto, dicha Comunidad no podía ser titular de derecho histórico alguno. Ahora bien, por razones políticas, se sacrificó la lógica, y con violación clara y manifiesta de la literalidad constitucional, se permitió atribuir a un nuevo sujeto, el pueblo vasco, la titularidad de los derechos históricos —derechos que según la Constitución sólo corresponden a cada uno de los tres territorios, y habría que entender que como históricos son intransferibles puesto que en otro caso se rompe la misma tradición en que se fundamentan— con un enorme alcance.

De la DAP se deducen, en el Estatuto Vasco, competencias como la enseñanza en toda su extensión, niveles o grados (art. 16), en materia institucional

(art. 17) y, sobre todo, tributaria (art. 41). La reivindicación de una policía autonómica fue igualmente planteada y satisfecha en virtud del argumento foral.

En todo caso, y comprender esto resulta fundamental, el proceso de elaboración y aprobación del Estatuto de Autonomía del País Vasco puso de manifiesto que, para buena parte de los representantes del Partido Nacionalista Vasco, los derechos históricos se identifican más con un acervo competencial indefinido y, por ello, potencialmente ilimitado, que con una lista precisa y cerrada de competencias. Esta concepción de los derechos históricos (que por razones evidentes resulta incompatible con la seguridad jurídica y con el carácter normativo de la Constitución) tiene su traducción jurídica en la Disposición Adicional Cuarta del Estatuto que dispone: «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». Ahora bien, en teoría, los potenciales efectos perturbadores del primer inciso de la disposición transcrita —en la que se vuelve a incidir en el papel de la Historia como fuente de derechos, sin precisar cuáles—, se ven, en cierta medida, neutralizados por el inciso final que, por exigir siempre y en todo caso, que la actualización de los derechos históricos se lleve a cabo «de acuerdo con el ordenamiento jurídico», impide entenderlos o interpretarlos como una norma abierta de límites indefinidos. Pero el problema de fondo subsiste. Esta disposición configura al Estatuto como una norma provisional y abierta, susceptible en el futuro de desarrollar contenidos no enteramente subordinados a la Constitución desde un punto de vista material siempre que se respete el procedimiento de reforma estatutaria.

En el caso del Estatuto de Autonomía de Navarra (LORAFNA) debemos realizar las siguientes observaciones. En primer lugar, que no se plantea ningún problema respecto a la titularidad de los derechos históricos dada la unidad y la continuidad del sujeto, la provincia de Navarra. Ahora bien, aquí la cuestión controvertida (aunque obviamente carezca hoy ya de cualquier interés) es que Navarra entendió que la DAP le eximía de la necesidad de desarrollar su autogobierno siguiendo alguno de los procedimientos constitucionales. Dicho con otras palabras, Navarra se convirtió en Comunidad Autónoma al amparo de la propia DAP, esto es, en virtud de sus derechos históricos. También en este caso, desde la lógica jurídica cabe denunciar la inconstitucionalidad de este proceder. Y ello porque la DAP no es en modo alguno una norma procedimental a cuyo través puedan crearse Comunidades Autónomas. El maestro Tomás y Valiente ya lo advirtió en su momento, aunque insisto en que se trata de un aspecto que en la actualidad carece por completo de trascendencia. Sea de ello lo que fuere, la especialidad del régimen autonómico navarro se hace de-

pender de la DAP. Así el artículo 2 de la LORAFNA establece «Que los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral de Navarra serán respetados y amparados por los poderes públicos con arreglo a la ley de 25 de octubre de 1839, a la Ley Paccionada (sic) de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias, a la presente Ley Orgánica y a la Constitución, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero de su DAP».

Por otro lado, de esa singularidad el Estatuto va a derivar un régimen competencial determinado. El artículo 39. 1 a) establece que corresponden a Navarra todas las facultades y competencias que actualmente ejerce al amparo de lo dispuesto en la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841. Entre las facultades o competencias con fundamento histórico foral cabe mencionar las comprendidas en los artículos 45 (fiscalidad), 46 1 a) y 2 (administración local), 48 (derecho civil foral), 49, 50 (función pública, contratación administrativa y otras), 51 (policía) y en cierta medida, en el artículo 53 (sanidad).

Además, hay que subrayar que el estatuyente navarro hizo suya la interpretación del vasco sobre el carácter potencialmente ilimitado en cuanto a su contenido de los derechos históricos e incluyó una disposición adicional relativa a la no renuncia de «cualesquiera otros derechos originarios e históricos que pudieran corresponder a Navarra» y que podrán incorporarse al ordenamiento «en su caso, conforme a lo establecido en el artículo 71» que es el que regula la reforma de la LORAFNA.

En este contexto, lo que me importa subrayar es que en ambos Estatutos (y sin que ello haya sido objeto de impugnación alguna) se reconoce que Navarra y el País Vasco, en virtud de su Historia, disfrutaban de unos fantasmagóricos derechos a cuya titularidad y ejercicio no renuncian. Dicho con otras palabras, se introduce con total claridad el principio (inconstitucional) de legitimidad histórica. Y con ese fundamento, los juristas forales tratan de consolidar la idea de que la autonomía vasca y navarra tiene un fundamento distinto a las demás, esto es, diferente a la voluntad del Pueblo español, ese fundamento es la Historia. Se trata de una autonomía «preconstitucional» o «paraconstitucional» que, como tal, está por encima del Poder Constituyente. Baste, por todos, recordar las tesis de Herrero de Miñón, el autor que con mayor brillantez ha defendido las tesis que aquí se combaten: «Ante la Constitución, los derechos históricos son un a priori material caracterizado por la pre y para constitucionalidad». De lo que se deduce que existirían aunque la Constitución no los hubiera reconocido y que son un límite material al poder de reforma constitucional ¹². Según esta construc-

¹² HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Derechos Históricos y Constitución*, Taurus, Madrid, 1998, págs. 19-20. No es la menor de las contradicciones del pensamiento (presuntamente anti-

ción, no es que la Constitución fundamente la foralidad, sino que los fueros legitimados por la Historia son los que sirven de fundamento a aquella: «El derecho a la autonomía de Cataluña, como los derechos históricos de los territorios forales, preceden a la Constitución y por eso la fundamentan»¹³.

El Poder Constituyente (el Pueblo español), se afirma, no podría no haber reconocido los derechos históricos (la singular autonomía vasca y navarra) puesto que el Pueblo español está subordinado, sometido, a la Historia, suprema fuente de legitimidad. Fácilmente se comprueba que se trata de una tesis incompatible con la doctrina del Poder Constituyente del Pueblo que fundamenta la Constitución racional-normativa. Así lo entiende también el Tribunal Constitucional, quien en su decisiva sentencia 76/1988, se pronunció sobre el alcance y los límites de los derechos históricos reconocidos en la DAP de la Constitución. En el Fundamento Jurídico tercero el Tribunal subrayó que no es la Historia sino el Poder Constituyente el que otorga validez y vigencia a los mencionados derechos: «*La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones 'históricas' anteriores. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales. Pues será de la misma Disposición Adicional primera y no de su legitimidad histórica, de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia*».

El Tribunal defiende así la supremacía normativa de la Constitución y del principio democrático pero no resuelve el problema de fondo. El Tribunal Constitucional afirma que el fundamento de la validez y vigencia de los derechos históricos reside en la propia Adicional Primera y no en su legitimidad histórica, pero el problema reside en que la disposición constitucional citada recoge precisamente ese principio de legitimidad. En definitiva, lo que el Tribunal Constitucional sostiene es que el constituyente, si hubiera querido, hubiera podido no recoger los derechos históricos en la Constitución. El constituyente no estaba obligado a reconocer esa categoría, pero puesto que sí lo ha hecho,

positivista) de Herrero el hecho de que si de verdad considera que los derechos históricos existen como algo previo, lógica y cronológicamente, a la Constitución, centre toda su atención en su reconocimiento por el derecho positivo vigente hasta el punto de dar por bueno que un simple Decreto Ley, 18/1977 de 14 de marzo, sirva para iniciar un proceso de 'novación' de la titularidad de los derechos históricos.

¹³ HERRERO DE MIÑÓN, M.: Derechos Históricos y Constitución...ob.cit, pág. 24.

ahora los derechos históricos se fundamentan también en la legitimidad democrática de la Constitución, y, en consecuencia, se imponen a los poderes constituidos. El Tribunal no se plantea la contradicción subyacente en esa tesis. Contradicción que consiste en derivar del principio de legitimidad democrática, principios de legitimidad incompatibles con aquella. Y es que sirve de muy poco proclamar que la voluntad del pueblo prevalece sobre la Historia en el momento constituyente, si se acepta que una vez promulgada la Constitución, los derechos históricos (por imperativo constitucional) limitan el alcance del principio democrático.

Precisado el problema fundamental, procede examinar ahora el alcance y las consecuencias de las citadas disposiciones estatutarias del País Vasco y Navarra. En el caso del País Vasco, las teorías y doctrinas de quienes, operando con el principio monárquico, defienden la soberanía originaria de determinados territorios, y la aplicación práctica de aquellas concretada, por ejemplo, en el Plan Ibarretxe, nos han puesto de manifiesto que los temores de don Manuel García Pelayo no eran, en modo alguno, infundados. Entre los derechos históricos y originarios del Pueblo Vasco al que este no ha renunciado, figuraría el de autodeterminación mediante secesión de España. Por lo que se refiere a estas pretensiones de fundamentar en los derechos históricos la soberanía vasca y el derecho de autodeterminación baste con señalar que la jurisprudencia constitucional y la doctrina mayoritaria rechazan con rotundidad y contundencia ese tipo de construcciones. En la medida en que el derecho de autodeterminación no sólo no fue admitido por el Constituyente, sino que fue objeto de su expreso rechazo, resulta un despropósito pretender buscarle cualquier tipo de encaje constitucional ¹⁴.

Dejando a un lado, por tanto, esta interpretación en clave soberanista, en un excelente estudio sobre este tema, los profesores Corcuera y García-Herrera destacan como «la virtualidad de la actualización de los derechos históricos ha permitido poner en marcha peculiaridades que no podían imaginarse al aprobarse el Estatuto» ¹⁵. Y es que efectivamente, el desarrollo de la DAP ha tenido una trascendencia muy superior a la que parecía estar llamada a tener. Ello ha sido posible a partir del entendimiento de la DAP no sólo como una norma concreta con contenido determinado sino como un principio general de contenido potencialmente inagotable (lo que de una u otra suerte se recoge en las Dis-

¹⁴ En otro lugar he analizado con detalle esta problemática, TAJADURA, J.: «Derecho de Autodeterminación» en *El Estado Autonómico. Integración, solidaridad y diversidad* (VIDAL, J.M y GARCIA-HERRERA, M.A, coord.), INAP-Colex, Madrid, 2005, Vol. II, págs. 177-206.

¹⁵ GARCIA HERRERA, M.A. y CORCUERA, J.: *La constitucionalización de los Derechos históricos*, CEPC, Madrid, 2002. pág. 118.

posiciones Adicionales de los Estatutos vasco y navarro). En este contexto, y como acertadamente advierte Tudela Aranda, «no puede sino sorprender el poco hincapié realizado sobre la necesidad de subordinar la actualización del régimen foral a lo dispuesto en la Constitución»¹⁶.

En definitiva, el reconocimiento constitucional de los derechos históricos ha servido al nacionalismo vasco (y a ciertos sectores del foralismo navarro) para tratar de consolidar la no por falsa menos peligrosa idea de que la autonomía vasca (y la navarra para los juristas forales) se fundamenta en un título diferente a la Constitución. Esto es, que la fuente de legitimidad es otra distinta del sujeto constituyente (el Pueblo español). Y sobre todo, lo que importa subrayar es que *el principal fruto que de esos derechos históricos sembrados por el constituyente, han obtenido las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Navarra, ha sido su singular sistema de financiación*. Sistema que les permite contar con más recursos por habitante, de los que disponen el resto de Comunidades (las otras quince) de régimen común, esto es, «no foral».

En este contexto, resulta sumamente preocupante, aunque es perfectamente comprensible y era incluso previsible, que el lenguaje historicista empleado por los estatuyentes vasco y navarro haya sido adoptado por la mayor parte de los estatuyentes durante el proceso de reformas estatutarias llevado a cabo durante la VIII Legislatura. Junto al relato mágico consistente en idealizar el régimen político foral como un antiguo escenario de libertad y de armonía entre todos los vascos (o entre todos los navarros) tenemos ahora numerosos relatos sobre la Historia de infinidad de pueblos peninsulares que llevan siglos luchando por la libertad y por la igualdad y unidos por profundos lazos de solidaridad colectiva. Los Preámbulos de los nuevos Estatutos han sido el lugar de acogida de estas narraciones míticas¹⁷.

Este fenómeno es preocupante en la medida en que el principio de legitimidad histórica, inicialmente introducido por el Constituyente (DAP) con un carácter excepcional, se expande ilimitadamente. Ya no son sólo el País Vasco y Navarra los que buscan fundamentar o legitimar su autonomía en títulos distintos a la voluntad del pueblo español, sino que lo mismo pretende, por ejemplo, Cataluña. Ahora bien, se trata de un proceso perfectamente previsible en la

¹⁶ TUDELA ARANDA, J.: «La Disposición Adicional Primera y los nuevos Estatutos de Autonomía... ob.cit., pág. 165.

¹⁷ Me he ocupado de su posible inconstitucionalidad en TAJADURA, J.: «Significado y alcance del sintagma 'realidad nacional' en los Preámbulos de los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía» en *Anuario de la Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, número 12, Coruña, 2008. Págs. 915-931.

medida en que al haberse percatado el resto de las Comunidades Autónomas de la ventajosa situación de Navarra y del País Vasco y de que esa situación obedece a un privilegiado sistema de financiación cuyo fundamento no es otro que la Historia, nada de extraño tiene que aquellas quieran apelar también a la Historia. Dicho con otras palabras, la apelación a la legitimidad histórica ha permitido a dos Comunidades Autónomas disfrutar de unos privilegios, o, aun concediendo que no sea un privilegio, de un singular sistema de financiación. Es lógico que aquellos que pretenden disfrutar del mismo recurran por tanto, también, al discurso historicista.

La legitimación de las diferencias entre Comunidades en virtud de la Historia ha sido una constante en la evolución del Estado Autonómico y ha sido la causa de su fracaso en el empeño de consolidarse como un Estado Federal basado en el insoslayable principio de igualdad entre sus miembros. Desde esta perspectiva, y ese es otro de sus perturbadores efectos sobre el sistema, la DAP impide consolidar nuestro Estado Autonómico como Estado Federal. De hecho, introduce el principio confederal (pactista) para las dos Comunidades titulares de Derechos Históricos y de esta forma, ha producido una sensación de agravio en el resto de Comunidades, generadora de una espiral reivindicativa cuya traducción son los nuevos Estatutos de Autonomía (Valencia, Cataluña, Andalucía y otros). Los rasgos confederales del modelo de Estado resultante de los nuevos Estatutos han sido denunciados por la mejor doctrina (Muñoz Machado, Sosa Wagner).

«Una mirada al desarrollo constitucional –escribe con meridiana claridad y acierto pleno Tudela Aranda- y más con los textos de reforma estatutaria encima de la mesa, lleva a la conclusión nítida de que la concepción racionalista ha sido incapaz no ya de ganar la batalla, sino, al menos de establecer unas coordenadas mínimas. La interpretación historicista ha ganado adeptos en cuanto ha permitido la consecución paulatina de mayor autonomía. Y sobre todo, en cuanto se vislumbra como fuente inacabable cuantitativa y cualitativamente para la reivindicación territorial. En este sentido, la aparición del pueblo como sujeto colectivo de derechos y heredero de toda una historia de grandeza y agravios es la mejor expresión de la debilidad racionalista frente al historicismo»¹⁸. Veamos someramente cómo el historicismo ha sido reforzado en los nuevos Estatutos con cláusulas de dudoso encaje constitucional y finalidad claramente antidemocrática. Y ello porque aunque el historicismo puede tener muy distintos significados, como bien advirtió el profesor Francesc de Carreras durante la fase de ela-

¹⁸ TUDELA ARANDA, J.: «La Disposición Adicional Primera y los nuevos Estatutos de Autonomía ...ob.cit., pág. 166.

boración del nuevo Estatuto catalán: «El historicismo considerado como el fundamento de instituciones políticas únicamente ha sido utilizado con una finalidad: eliminar, frenar o limitar la voluntad popular, el poder del pueblo, la capacidad de decisión de los ciudadanos. En definitiva, para impedir el ejercicio de los derechos democráticos»¹⁹.

La apelación a los derechos históricos para incrementar los poderes de la Comunidad Autónoma de Cataluña se planteó por vez primera en el seno de la Comisión de Estudio para la profundización del autogobierno que funcionó durante la VI Legislatura del Parlamento. En el documento finalmente aprobado, con la única excepción del Partido Popular, todas las fuerzas políticas presentes en la Comisión, se pronunciaron a favor de esta vía. Posteriormente, el Informe sobre la Reforma del Estatuto justificó «la posible actualización de los derechos históricos en el caso de Cataluña» y ello porque la aplicación de la DAP a Cataluña abría «unas expectativas importantes para la reforma estatutaria». Cuando en enero de 2004 se constituye en el Parlamento de Cataluña una Ponencia, integrada por los distintos grupos, para elaborar la propuesta de reforma del Estatuto, también con la única excepción del Partido Popular, todos apoyaron la incorporación a aquel de los derechos históricos. No es este el lugar para examinar el iter legislativo del nuevo Estatuto. Baste subrayar que la LO 6/2006, de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, contiene dos importantes alusiones a los derechos históricos (Preámbulo y artículo 5). Alusiones que debieron ser depuradas por las Cortes y, en su defecto, debiera depurar el Tribunal Constitucional.

El Preámbulo del nuevo Estatuto coloca en pie de igualdad a la Constitución y a los derechos históricos del pueblo catalán, como fundamento de un autogobierno «singular»: «El autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Constitución, así como en los derechos históricos del pueblo catalán que, en el marco de aquella, dan origen a este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de la Generalidad». Fácilmente se ve aquí, una vez más, la apelación a la historia para justificar la diferencia. En este Preámbulo, el legislador estatuyente insiste en el fundamento histórico del autogobierno al afirmar que «la libertad colectiva de Cataluña encuentra en las instituciones de la Generalitat el nexo con una historia de afirmación y respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la persona y de los pueblos; historia que los hombres

¹⁹ CARRERAS, DE F.: «Reflexiones sobre la propuesta de nuevo Estatuto de Cataluña» en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, pág. 64. Redactado cuando el proyecto legal estaba tramitándose, este estudio de F. de Carreras es uno de los más acertados análisis de los graves problemas de constitucionalidad que el texto planteaba y plantea.

y mujeres quieren proseguir». El historicismo del Preámbulo se proyecta sobre todo el articulado, pero de forma especial, encuentra su plasmación en el —a mi juicio, inconstitucional— artículo 5: «*El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán*, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, *de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat* en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat».

Este importante precepto es susceptible de dos lecturas. Una estricta, en virtud de la cual la singularidad catalana se circunscribe a un régimen especial respecto a las concretas materias en él referidas. Y otra más amplia, que como apunta Tudela Aranda «vincularía la posición especial en esas materias con los preceptos constitucionales, mientras que los derechos históricos podrían servir para un juego más amplio, fundamentador de un futuro y más ambicioso régimen de autogobierno»²⁰. En nuestra opinión, la finalidad del precepto se corresponde con esta segunda interpretación y ello porque para la primera, la referencia a los derechos históricos resulta por completo superflua. Cataluña puede asumir esas competencias sin necesidad de apelación alguna a hipotéticos derechos históricos.

En este sentido, el Consejo Consultivo de la Generalitat había advertido que las referencias a los derechos históricos pudieran ser inconstitucionales puesto que estos se identificaban con los territorios forales y que, en todo caso, no eran título competencial en materia de lengua o Derecho Civil, pues estas materias tenían ya títulos específicos. Estas acertadas advertencias no fueron atendidas por la clase política. Pero sobre todo, el Consejo en una de sus más acertadas observaciones sobre el proyecto estatutario afirmó que la inconstitucionalidad de dicha referencia reside en que «no puede existir una doble legitimidad o una legitimidad alternativa al principio democrático», es decir, una basada en el principio democrático y otra de fundamento histórico. Me parece importante subrayarlo porque es mérito del Consejo Consultivo haberse hecho eco con meridiana claridad de las tesis de García Pelayo que en este trabajo se defienden: la incompatibilidad entre la legitimidad histórica y la legitimidad democrática y la consecuente imposibilidad jurídica de admitir el principio de doble legitimidad.

²⁰ TUDELA ARANDA, J.: «La Disposición Adicional Primera y los nuevos Estatutos de Autonomía...ob. cit., pág. 169-170.

En definitiva, no se trata sólo de que los derechos históricos sólo pueden ser predicados respecto de los territorios forales, por lo que cualquier reconocimiento de derechos históricos a sujetos distintos de las Provincias Vasca y Navarra es inconstitucional, sino de que la fundamentación de la autonomía catalana en un título distinto a la Constitución democrática es incompatible con esta.

La lectura conjunta del Preámbulo, y del artículo quinto del Estatuto de Cataluña pone claramente de manifiesto que en él se recoge el principio de doble legitimidad de la autonomía de Cataluña. Así, el inconstitucional reconocimiento de unos derechos históricos y de una posición singular de Cataluña, abre la puerta a una indefinida espiral reivindicativa. Baste, a título de ejemplo, recordar unas declaraciones de uno de los «padres» del nuevo Estatuto, el dirigente de CIU F. Homs. El político catalán defendía con entusiasmo las «potencialidades jurídicas» del Estatuto, y entre ellas ocupaba un lugar destacado el reconocimiento de los derechos históricos de Cataluña: «los derechos históricos sirven para ampliar competencias, porque son los que de verdad dan contenido a la nacionalidad, al hecho diferencial, en términos constitucionales»²¹. Debo reconocer que esas «potencialidades» producen pavor a quienes defendemos la subsistencia del Estado Constitucional español como unidad de acción y decisión política. En todo caso, lo que no podemos hacer es interpretar el artículo 5 en contra de su propio tenor literal, en contra de su propio sentido, en contra del significado real de la apelación a la historia como título legitimador de la singularidad catalana, en contra de lo que entienden la mayoría de los diputados que en Cataluña lo respaldaron... para concluir que (como tantas veces se ha dicho) es un precepto sin consecuencias jurídicas y por ello no es contrario a la Constitución. Frente a ello hay que reconocer que el precepto incluye el inconstitucional principio de doble legitimidad, y que, se quiera o no, tendrá efectos. Por la incompatibilidad de dicho principio con el ordenamiento constitucional vigente, debe ser reputado inconstitucional.

Como acertadamente concluye Tudela Aranda, el examen del texto catalán pone de manifiesto dos cosas: «por un lado, la afirmación de una continuidad histórica del autogobierno de Cataluña que singulariza su ser en el conjunto del Estado y fundamenta, con la Constitución, su autonomía; por otro, la recepción en el articulado de unos derechos históricos del pueblo catalán, sean cuales sean, como fuente de una posición singular de la Generalidad en relación con determinadas materias. De nuevo emerge la oscuridad denunciada por García

²¹ La Vanguardia, 11 de setiembre de 2006.

Pelayo al hilo de la redacción de la DAP y con consecuencias previsiblemente similares a las que él temía»²².

En todo caso, y esto es algo que importa subrayar, el principal objetivo perseguido por los impulsores de la reforma estatutaria no se logró. Aunque el nuevo estatuto contiene nuevas disposiciones en materia de financiación, evidente resulta que no extiende a Cataluña el privilegiado sistema de financiación vasco-navarro. Desde esa perspectiva algunos pueden considerar el Estatuto como un fracaso. Sin embargo, también puede ser concebido como un paso adelante. Salvo que el Tribunal Constitucional anule los preceptos citados, a partir de ahora el bloque de constitucionalidad reconocerá la existencia de unos «derechos históricos» cuyo contenido real y alcance sólo el futuro (y no la historia) podrán determinar. En la medida en que este reconocimiento se produce en un contexto en el que se debaten abiertamente cuestiones como «el derecho de autodeterminación» o el recientemente inventado «derecho a decidir», constituiría un ejercicio de ingenuidad irresponsable pretender negar su trascendencia. La inclusión del principio de doble legitimidad en el nuevo Estatuto (además de ser jurídicamente inconstitucional), resulta políticamente inoportuna y peligrosa, desde la perspectiva del deseable mantenimiento de la unidad de nuestro Estado Constitucional.

La lectura de la Proposición de reforma del Estatuto de Valencia elaborada por el PP y el PSOE en mayo de 2005, ponía claramente de manifiesto que también Valencia reclamaba su plena condición foral y la aplicación de la DAP. El Congreso de los Diputados cortó de raíz tales pretensiones. Todas las referencias al Derecho Foral Valenciano se transformaron en Derecho «Civil» Foral Valenciano y la mención a la DAP fue suprimida. En definitiva, las Cortes Generales borraron todo rastro de foralidad de Derecho Público.

A pesar de ello, el carácter historicista del nuevo Estatuto Valenciano llega a revestir, en ocasiones, dimensiones ridículas. El hecho de ser el primer Estatuto pactado por las principales fuerzas políticas (PSOE y PP) no le ha librado, desafortunadamente, de ese tipo de excesos. Juzgue el lector el tenor del artículo 57: «El Real Monasterio de Santa María de la Valldigna es templo espiritual, político, histórico y cultural del Antiguo Reino de Valencia, hoy Comunitat Valenciana, y es igualmente, símbolo de la grandeza del Pueblo Valenciano reconocido como Nacionalidad histórica. Una ley de Les Corts determinará el destino y la utilización del Real Monasterio de Santa María de Valldigna como punto de encuentro y unión sentimental de todos los valencianos y como centro de in-

²² TUDELA ARANDA, J.: «La Disposición Adicional Primera y los nuevos Estatutos de Autonomía ...ob.cit., pág. 170

investigación y estudio para recuperar la historia de la Comunitat Valenciana». Aprobado por unanimidad. Y señalo esto para denunciar que constituye un impresionante ejercicio de falsificación de la realidad pretender imputar al PSOE, en exclusiva, la responsabilidad del nuevo modelo de organización territorial surgido de los nuevos Estatutos aprobados durante la VIII Legislatura. Salvo el de Cataluña, que fue aprobado con los votos en contra del Partido Popular, todos los demás fueron aprobados prácticamente por unanimidad y con el apoyo entusiasta de socialistas y populares. En definitiva, y esto es lo que importa subrayar en orden a nuestro tema, el discurso historicista y la retórica particularista e identitaria no son patrimonio exclusivo de las fuerzas políticas regionalistas, nacionalistas o secesionistas, sino que forma parte del acervo ideológico y de los proyectos políticos de los dos grandes partidos nacionales. Razón esta que, inexcusablemente, conduce al escepticismo sobre el futuro del Estado constitucional español como Estado unitario.

La retórica identitaria e historicista que recoge el Preámbulo se proyecta sobre los artículos primero y séptimo del Estatuto valenciano: El artículo primero dispone: «El pueblo valenciano, históricamente organizado como Reino de Valencia, se constituye en Comunidad Autónoma, dentro de la unidad de la Nación española, *como expresión de su identidad diferenciada como nacionalidad histórica* y en el ejercicio del derecho de autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, con la denominación de Comunitat Valenciana». Por su parte, el artículo séptimo del estatuto contiene una referencia expresa a los Fueros del Reino de Valencia: «El desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del Antiguo Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad económica y social valenciana».

Dejemos a un lado las dificultades existentes para compatibilizar los Fueros del antiguo Reino de Valencia con la Constitución y la realidad socio-económica del siglo XXI. Lo que importa subrayar es que en el nuevo Estatuto valenciano, la apelación a la Historia del artículo primero sirve de cobertura en el artículo séptimo a la pretensión de recuperar un indefinido e impreciso acervo competencial (identificado con los antiguos Fueros) al margen del reparto competencial constitucionalmente establecido.

En este somero repaso habría que mencionar también la fuerte carga historicista de los Estatutos andaluz y balear. En ambos casos ello tiene su reflejo principalmente en los textos preambulares. El Preámbulo del nuevo Estatuto de Andalucía es ante todo una proclamación de las raíces históricas de Andalucía que fundamenta su consideración como un sujeto político con identidad y cultura diferenciadas: «Andalucía, a lo largo de su historia, ha forjado una robusta

y sólida identidad que le confiere un carácter singular como pueblo, asentado desde épocas milenarias (...) El ingente esfuerzo y sacrificio de innumerables generaciones de andaluces y andaluzas a lo largo de los tiempos se ha visto recompensado en la reciente etapa democrática que es cuando Andalucía expresa con más firmeza su identidad como pueblo a través de la lucha por la autonomía plena». En todo caso, no hay aquí referencia alguna a los derechos históricos. Sí a la historia (milenaria, por supuesto), como fundamento no sólo de la autonomía, sino también de la imprescindible singularidad. El historicismo que llega a defender en el Preámbulo del Estatuto el carácter de «realidad nacional» de Andalucía se proyecta en el articulado en su definición como «nacionalidad histórica». Como si la voluntad ciudadana no fuera mejor título fundamentador del autogobierno que cualquier rancia referencia al pasado, el estatuyente andaluz apela también a su historia.

4. LOS DERECHOS HISTÓRICOS Y EL FUTURO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

En los nuevos Estatutos, de una u otra suerte, se apela a la Historia como fundamento de la autonomía y de la diferencia. Como bien advierte Tudela Aranda, «la historia ha sido percibida como rentable y necesaria, convirtiéndose en elemento de referencia en el nuevo debate estatutario. Desde esta perspectiva, no puede extrañar que las apelaciones a la historia se extiendan progresivamente. Si a la historia se acude como primer factor legitimador de la diferencia, si no del privilegio, es normal que cada cual busque en el baúl familiar las referencias necesarias para, al menos, lograr la equiparación»²³.

Todo esto sólo puede ser entendido como una reacción de las denominadas comunidades de régimen común frente a las comunidades forales. Desde esta perspectiva, la ofensiva historicista traería causa de la propia DAP de la Constitución. El discurso historicista, en otro contexto, resultaría difícilmente explicable. Ahora bien, lo que no podemos olvidar es que cuando se apela a la historia se deja de apelar al pueblo real (los ciudadanos del presente) en beneficio de un pueblo histórico, milenario pero mítico. Cuando la autonomía se fundamenta en el pasado, se desvaloriza la voluntad de los ciudadanos del presente. Y lo que es más grave, se pretende, de una u otra suerte, establecer una distinción entre diferentes autonomías en función de su

²³ TUDELA ARANDA, J.: «La Disposición Adicional Primera y los nuevos Estatutos de Autonomía ...ob.cit., pág. 175.

respectivo pasado histórico. Esta pretensión resulta incompatible con el sistema de valores del Estado constitucional vertebrado en torno a la igualdad de todos. En la medida en que todos los ciudadanos de España son iguales, las respectivas Comunidades Autónomas que no tienen ni pueden tener otro fundamento que la voluntad de esos ciudadanos, han de ser también —si dichos ciudadanos así lo quieren (y nadie va a querer ser menos que otro)— iguales. Y afirmo esto con rotundidad porque uno de los datos más significativos del debate territorial es el desprecio indisimulado con que, tanto en sede política como académica, los más ilustres portavoces de nuestro historicismo contemplan el deseo de autogobierno de aquellas Comunidades que no presumen de su pasado. Como si la voluntad de sus habitantes, si así lo expresasen, no fuese motivo suficiente.

En definitiva, la extensión del principio de legitimidad histórica ha supuesto la correlativa reducción del principio de legitimidad democrática del Estado Autonómico. Lo que al amparo de la DAP se ha pretendido ignorar es que la Constitución no tiene otro fundamento que la voluntad soberana del Pueblo español, y que, igualmente, el principio de autonomía política se basa exclusivamente en esa voluntad. Con esas premisas, el autogobierno de cada una de las 17 Comunidades Autónomas creadas por los distintos estatuyentes no tiene ni puede tener en un sistema democrático otra legitimidad o fundamento que la voluntad de los ciudadanos de las provincias que las componen. El País Vasco, Navarra o Cataluña no necesitan, en modo alguno, apelar a la Historia para fundamentar un autogobierno que les reconoce la Constitución en su artículo 2. Si lo hacen, no es por tanto, para justificar un autogobierno constitucionalmente reconocido, sino para legitimar a perpetuidad diferencias y singularidades respecto a otras comunidades. El no disimulado propósito del derecho histórico no es otro que legitimar la diferencia, esto es hacer pasar lo que realmente es un privilegio por un «hecho diferencial». Desde esta perspectiva, los derechos históricos son incompatibles con el principio federal.

Los derechos históricos mencionados en la DAP de la Constitución han reportado sustanciosos beneficios a sus titulares. Por ello se ha producido un efecto de contagio. Ahora todos quieren fundamentar su autonomía en la Historia. En este sentido, el proceso de reformas estatutarias de la VIII Legislatura ha supuesto un salto cualitativo de importancia. La DA Primera de la Constitución ha experimentado una mutación notable. Como advierte Tudela Aranda «sólo de verdadera mutación genética puede calificarse la forma en que aparecen en el Estatuto de Autonomía de Cataluña o en el Texto valenciano. Habiendo saltado su barrera primitiva de especie, sólo resta saber si se trata de un caso aislado o de pandemia generalizada. La pregunta crucial es si van a limitar sus efec-

tos a la literalidad de los textos estatutarios o si, por el contrario, van a servir, como ha sucedido con la DAP y sus correlativas disposiciones estatutarias, para legitimar dosis de autogobierno «extraestatutarias»²⁴.

Pocas dudas albergo de que los derechos históricos serán utilizados (o intentarán serlo, al menos) para esto último, en definitiva para sustituir el Estado Constitucional vigente por una confederación de Estados. Obligado es recordar de nuevo la advertencia del maestro García Pelayo: «Esta ambigüedad básica es el comienzo de muchas más, abre paso a interpretaciones teóricas y prácticas de gravedad incalculable y, sobre todo, proporciona un arsenal de argumentos jurídicos que pueden ser esgrimidos, sea articulados en estrategias políticas audaces y de largo alcance, sea para finalidades más modestas —por ejemplo, destinadas a crear un ámbito privilegiado en materia fiscal o en otro campo— pero no por eso menos perturbadoras del sistema político y la vigencia del orden constitucional»²⁵.

Lo cierto es que aunque el proceso de reformas estatutarias en clave historicista no ha servido para expandir privilegios fiscales a las quince comunidades de régimen común (la generalización del sistema de financiación foral conduciría a la quiebra del Estado), lo que sí ha permitido es la expansión del paradigma foral, esto es del pactismo. En todos los nuevos Estatutos se establece el principio de relación bilateral entre la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente y la Administración central. Y es que, aunque pueda sorprender a quienes consideran nuestro sistema de organización territorial un paradigma de progreso y de modernidad, el gran hispanista J. Elliot ha advertido, con gran

²⁴ TUDELA ARANDA, J.: «La Disposición Adicional Primera y los nuevos Estatutos de Autonomía ...ob.cit., pág. 176. «Todo ello ha tenido también como consecuencia mantener el debate en unos umbrales de transparencia muy alejados de lo exigible en una democracia, máxime cuando las cuestiones que se debaten son de la mayor importancia para todos. Siempre queda por preguntarse sobre el porqué de esta abundancia de historicismo y retórica mítica, el porqué de la incapacidad de hacer descender el debate al nivel de la racionalidad y la decisión democrática. Puede entenderse desde la instrumentalidad política, en el nacionalismo. Pero no puede entenderse en el resto. Quizá el problema sea la propia debilidad de nuestra historia política, debilidad que no puede dejar de ser terreno abonado para esa retórica maximalista», pág. 178.

²⁵ GARCIA PELAYO, M.: Obras completas, III, pág. 3175. En el mismo sentido, el profesor Sosa Wagner denuncia como: «La siembra – que ha resultado fecunda– de tal pensamiento en los huertos de otros nacionalismos hispanos pone de manifiesto lo arraigado de ese deseo de singularidad, de exención o de inmunidad, de acuerdo o pacto, que ahora se llama ‘bilateralidad’. Los frutos obtenidos se trasladarán a las demás CC. AA., porqué ¿quién va a negar derechos históricos a satures, cántabros, castellanos, andaluces, toledanos, mallorquines, leoneses, etc.? Todo ello es incompatible con el Estado moderno y muy especialmente con el Estado federal». SOSA WAGNER, F.: *El Estado fragmentado*, Trotta, Madrid, 2007. págs. 149-150.

agudeza, que lo que más sorprende al historiador es el parecido de la España Autonómica a la España de los Austrias ²⁶.

El profesor Laporta también se ha expresado en términos muy críticos con esta deriva historicista de los nuevos Estatutos: «Mientras la Constitución se mantiene en el terreno de la teoría racional-normativa del derecho a la hora de interpretar la noción de derechos históricos, los diferentes estatutos se han pasado con armas y bagajes a la visión historicista. Es hora ya, por tanto, de cuestionarse si eso no supone un quebrantamiento de la Constitución»²⁷. Comparo su conclusión aun cuando discrepe de la premisa. La deriva historicista ha sido posible porque los derechos históricos no son susceptibles de una interpretación basada en la teoría racional-normativa de la Constitución. Y esta es, precisamente, la enseñanza de D. Manuel García Pelayo.

El contraste entre estas enseñanzas del maestro al que hoy rendimos homenaje y el escenario político-constitucional de la España de 2009, nos permite realizar —a modo de conclusión— las tres observaciones siguientes:

Primera: *Los derechos históricos* son una categoría cuya misma existencia exige la subordinación de la voluntad del pueblo a la historia, y de esta forma *contradicen el carácter democrático del Estado*. Se corresponden con una idea del Derecho propia de la Alta Edad Media. Cabría incluso sostener que en la medida en que en una Constitución democrática no puede existir una doble legitimidad o una legitimidad alternativa al principio democrático, la categoría misma es inconstitucional ²⁸. Los derechos históricos permiten *entender que el autogobierno de algunas Comunidades Autónomas españolas* (País Vasco y Navarra) *tiene un fundamento diferente de la voluntad del Pueblo español*, titular del Poder Constituyente. De esta diferencia (inaceptable desde una perspectiva democrática) se han pretendido deducir otras muchas. Desde el derecho de autodeterminación sin éxito alguno, hasta la soberanía fiscal. Este último campo ha resultado el más polémico en la medida en que se ha admitido que en virtud de esos «derechos históricos» el País Vasco y Navarra disfruten de sistemas privilegiados de financiación. En la medida en que el privilegio subsiste gracias al paraguas del derecho histórico, en la praxis estatutaria todos reclaman derechos históricos. *La DAP ha*

²⁶ ELLIOT, J.: «Constitucionalismo antiguo y moderno» en *Cuadernos de Alzate*, núm. 33, 2005, págs. 7 y ss.

²⁷ LAPORTA, F. J. «Los derechos históricos en la Constitución», CEPC, Madrid, 2006, págs. 34-35.

²⁸ He desarrollado la tesis de la inconstitucionalidad de la propia DAP basada en la teoría de la posible existencia de normas constitucionales inconstitucionales en, TAJADURA, J.: «Constitución y Derechos Históricos: Legitimidad democrática frente a legitimidad histórica» en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, 2008, págs. 137-192.

provocado así un lamentable fortalecimiento del historicismo (en detrimento de la democracia) en el desarrollo estatutario. La pregunta crucial sigue siendo esta: *¿Hasta cuándo se podrá negar a Cataluña lo que se le ha concedido a Navarra y al País Vasco en virtud de su Historia?* Y ello porque mientras a unas Comunidades se les niegue lo que a otras se les otorga, resultará imposible cerrar el modelo de Estado en clave federal, esto es, igualitaria. En este sentido, *la supresión de la DAP de la Constitución es una exigencia ineludible para hacer de España un Estado Federal.* Y lo es también, para resolver con criterios de solidaridad y justicia, el problema de la financiación del sistema. Y ello porque constituye un formidable ejercicio de falsificación de la realidad cualquier pretensión de negar el hecho evidente de que en relación con Navarra o el País Vasco, Cataluña está, desde el punto de vista fiscal y financiero, peor tratada. Dicho con toda rotundidad y contundencia, en el fondo de su reivindicación, los representantes de Cataluña tienen razón. Y frente a esa razón, el argumento histórico que pugna con el constitucional principio de solidaridad resulta a mi juicio, tan injusto como inconsistente.

Segunda: El problema político reside en que en la España actual, las principales fuerzas políticas no parecen compartir este discurso y muestran un sorprendente entusiasmo por los derechos históricos. Así, por la senda de los derechos históricos la deriva autonómica puede conducirnos, a medio plazo, a la confederalización de España, esto es, a su destrucción como Estado Constitucional unitario. Aunque muchos sonreirán al leer esto y lo considerarán una afirmación exagerada, ese final está en el horizonte. *La propia lógica de la cláusula generará una espiral de reivindicaciones que en la medida en que conduzca a la extensión progresiva del modelo foral al resto de las Comunidades, provocará la sustitución del Estado Constitucional vigente por una Confederación de Estados.* Y es que cada vez resultará más difícil a las Cortes Generales negar a Cataluña las facultades fiscales (y ello con independencia de que las consideremos derechos o privilegios) que se le han concedido al País Vasco o Navarra. Por de pronto, uno de los principales elementos del modelo foral (confederal), el pactismo o principio de bilateralidad en las relaciones con el poder central (en detrimento del principio de multilateralidad) ha sido asumido ya en casi todos los Estatutos.

Tercera: El Estado Autonómico actual está basado en una glorificación de las diferencias y en una exaltación del particularismo fundado en una errónea comprensión del pluralismo territorial como un valor. Sólo ello explica que a pesar de haber quedado demostrada su incompatibilidad con los principios y valores de igualdad, justicia y solidaridad, y con la concepción moderna del Derecho, los derechos históricos lejos de ser impugnados hayan experimentado un impresionante desarrollo. *En este escenario tan confuso como peligroso, la doctrina tiene que hacer pedagogía. Pedagogía racional, liberal y democrática frente a la an-*

tipología historicista, comunitarista, identitaria y esencialista de los estatuyentes. Corresponde a la doctrina, de la mano del maestro García Pelayo, recordar que los derechos son individuales, que sus titulares son las personas y que, en democracia, la voluntad de los ciudadanos no puede quedar, en modo alguno, subordinada a la Historia. Recordar, sobre todo, que no cabe apelar a la historia para justificar diferencias que pugnen con la igual libertad de los ciudadanos.

No deja de resultar paradójico el hecho de que las Constituciones de Melfi promulgadas por Federico II de Suabia en 1231, resulten en este sentido sorprendentemente mucho más modernas que la DAP de nuestra Constitución de 1978, promulgada siete siglos y medio después. Como nos recuerda García Pelayo, Federico II proclamó la superioridad del derecho nuevo sobre el viejo y con ello llevó a cabo una revolución jurídica que permitiría alumbrar el Estado moderno. Frente a ello, el constituyente de 1978 recogió una cláusula que sólo tiene sentido si se parte de la hipótesis contraria, esto es de la superioridad del derecho viejo (histórico) sobre el nuevo.

Title

MANUEL GARCÍA PELAYO AND THE HISTORICAL LAW.

Summary

I. INTRODUCTION. II. THE MEDIEVAL IDEA OF LAW AND HISTORICAL LAW. III. THE PROBLEMATIC INCLUSION AND FURTHER EXPANSION OF THE «HISTORICAL LAW» CATEGORY IN THE EXISTING CONSTITUTIONAL ORDER. IV. HISTORICAL LAW AND THE FUTURE OF THE CONSTITUTIONAL STATE.

Resumen:

Manuel García-Pelayo elaboró un sugerente estudio sobre la idea medieval del derecho. Desde esa perspectiva en el proceso constituyente advirtió del grave error que suponía incluir en el Texto Constitucional la categoría de «derechos históricos» que sólo tiene sentido desde la mencionada concepción medieval del Derecho, pero no desde una óptica moderna y mucho menos democrática. García Pelayo señaló los riesgos que la recepción constitucional de los derechos históricos implicaba. Y la historia reciente le ha dado la razón. Las reformas territoriales de la VIII Legislatura han transitado por la senda del historicismo haciendo imposible la consolidación del Estado Autónomico en clave federal.

Abstract:

Manuel García - Pelayo realized an suggestive work about the idea of medieval law. Regarding to the perspective of the modern and democratic law, he advised on the danger of include the historical law in the spanish Constitution. In the last years, the territorial and regional reforms of Spain have acquired a historical sense, avoiding the consolidation of an authentic federal State.

Palabras clave:

Derechos históricos, legitimidad, federalismo, reformas estatutarias.

Key words:

Historical law, legitimacy, federalism, reform of the autonomous State.