

DEL PRINCIPIO DE SALVEDAD CONSTITUCIONAL DEL DERECHO HISTORICO VASCO *

Por BARTOLOME CLAVERO

«La constitución de un pueblo que ha vivido independiente y en los tiempos de su libertad ha sido feliz, no se inventa..., sino que se busca en su historia y de ella se desprende»
(SABINO ARANA).

Los principios que rigen teóricamente nuestro sistema autonómico y que en la práctica pueden efectivamente presidir la concurrencia de organismos y funciones o la distribución y articulación de competencias, resultando ya poco transparentes en el seno de la Constitución, no cabe decir que vengan precisamente clarificándose a medida que se desarrolla el proceso estatutario; ardua forzosamente será la labor doctrinal de una integración conveniente a la misma tarea política de su más eficiente implantación. Por mi parte, mal puedo asistir realmente a este propósito, pero, incitado como historiador, bien puedo aventurar algunas reflexiones, y espero que también suscitarlas entre juristas más expertos, por referencia a uno de los pocos principios netamente declarados en la materia desde la misma Constitución, mas aun con ello sumamente problemático: el principio de salvedad de los derechos históricos de los territorios considerados forales.

HISTORIA Y DOCTRINA ANTE EL IMPERIO DE LA CONSTITUCION

«La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales», se declara exactamente en su primera disposición adicional.

* Comunicación al I Congreso de Derecho Vasco (San Sebastián, diciembre 1982).

Tras todo su esfuerzo de determinación y de garantía de derechos fundamentales y de libertades públicas, de deberes ciudadanos y de principios rectores de la política social y económica; tras su empeño de estructuración de un sistema parlamentario representativo y de regulación inicial de sus principales instituciones; tras su intento, también, de articulación política de un territorio de incierto carácter nacional; tras todo ello, parece declararse que la *historia*, no quedando finalmente a estos efectos cancelada, puede todavía aportar *derechos* interesantes a la misma materia constitucional respecto a unos territorios calificados como *forales*, aquí no relacionados, pero entre los que presumiblemente, y como luego podremos confirmar, se encuentran los del ámbito vasco; que, de alguna forma, su propia historia puede aún servir para alterar este mismo edificio constitucional, así todavía como tal no acabado.

La historia, pero ¿qué historia? ¿La historia de la *unidad nacional* del Rey Católico que trajo la Navarra cispirenaica al seno de la corona donde ya se comprendían los restantes territorios vascos peninsulares a costa precisamente de provocar la ruptura hasta hoy definitiva, entre Francia y España, de la nación eusquera? ¿La historia de la *soberanía abertzale* que, ficción contra ficción, debe pugnar, si hoy con la resistencia navarra, mañana con la francesa, siempre con el pasado efectivo de una nación secularmente escindida? ¿Una historia que, en una u otra dirección, hacia la unidad de la España antigua o hacia la distinción de la prehistoria vasca, hubiera todavía de remontarse a otras mitologías? ¿O, más sensatamente, una historia que, sabiendo con solvencia analizar la relación pretérita entre nación vasca y orden político español, fuera capaz de mediar entre tales contradicciones?

Pero ¿cabe realmente tal historia cuando sus parámetros nacional vasco y político español, si olvidamos así mitologías, han de encontrarse entre sus efectos, y no entre sus presupuestos? Y, caso de haber, ¿puede hoy realmente conferírsele tal responsabilidad política o reconocérsele tal competencia constitucional? O, caso también positivo, ¿podrían realmente sus resultados, tocantes obviamente a sistemas sociales y políticos ya caducados, informar el problema constituyente actual? En otros términos, ¿sólo mediante la *historia* cabría concretarse el alcance del referido reconocimiento de *derechos históricos* contenido en la Constitución?

El recurso directo a la historia, que tampoco tiene por qué ser el previsto en su citada disposición adicional según veremos, no es difícil desde luego de poner en entredicho; no pudiendo pronunciarse sino mediante sus intérpretes, se mueve ya la historia en un terreno, cuando menos, demasiado problemático para resultar mínimamente resolutoria a unos efectos para los que, además, surgió la idea constitucional o el objetivo de superar la permanente

contradicción de pretensiones apoyadas en la incertidumbre o en la manipulación del debate historiográfico; la contradicción, así, entre unas comunidades forales, como las vascas, y el proyecto de un Estado, como el español, que, con argumentos de esta especie, efectivamente tanto se debatió entre los siglos XVIII y XIX, durante el período de quiebra de un sistema histórico y de imposición del todavía actual sistema constitucional; la contradicción que, evidentemente, a la luz de dicha misma disposición adicional de la vigente Constitución, este sistema no ha sabido todavía solventar entre nosotros.

Mas, si no mediante la historia, ¿cómo entender dicho reconocimiento de derechos históricos? Si no en los intérpretes de la historia, tal vez quepa confiar en los de la Constitución; pero tampoco es éste un tema resoluble con el recurso ya directo a la doctrina, a su común opinión o al dictamen de alguna de sus autoridades que viene imponiendo su peculiar modo de entender, anulándolo, este capítulo de la Constitución; incertidumbre y manipulación aquí tampoco faltan, pareciendo además una cuestión de excesiva envergadura para la competencia exclusiva de este otro gremio de especialistas, por mucho que su ciencia sea precisamente la del derecho, y no ya la de la historia.

Y ocurriría, por lo demás, que, según el ámbito cultural al que remitiéramos doctrinalmente la cuestión, al de formación más española o al de vivencia más vasca, tal elemento se sustanciaría de forma todavía más bien contradictoria. ¿Que existe una especialidad *foralista* realmente versada en la materia? Aparte su característica limitación de horizontes, hoy desbordada por esta problemática constitucional, la cuestión sigue siendo la misma, entre el sentido más en rigor autonomista del *foralismo político* típicamente vasco y la tendencia ciertamente diversa de los *foralismos civiles* más propios de otros territorios españoles. Que ésta es hoy —ya no en una postguerra que liquidaba el sistema parlamentario y autonómico— una vía sin salida pudo ciertamente experimentarse en las sesiones del «Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución», celebrado en Zaragoza entre octubre y noviembre de 1981, con su frustrado deseo de constituirse, como el precedente de 1946, en parlamento decisorio de la suerte jurídica de los territorios forales.

Al fin y al cabo, que la remisión de la Constitución a unos derechos históricos no deba directamente conducirnos a la doctrina jurídica o a la disciplina histórica, guarda consecuencia con el sistema normativo o de creación del derecho que le es propio; tales sedicentes ciencias podrían entrar en liza tan sólo en una forma de interpretación más subordinada a la propia norma, pero es el caso que sus mismas manipulaciones en este punto son posi-

bles por el propio silencio de la Constitución o por su extremo laconismo en la materia; dicho reconocimiento de derechos históricos de territorios forales constituye efectivamente tan sólo una *adición*, en el sentido sistemático que aquí debe interesar, y no sólo en el de su mera ubicación o en el de la historia del mismo proceso constituyente; una adición no aplicada en el propio seno de la norma fundamental o nada atendida en el propio edificio constitucional por ella perfilado, que así no puede ofrecer directriz alguna para el juego doctrinal más subordinado del caso.

La Constitución recurre ciertamente al motivo de los derechos forales para la atribución de competencias a comunidades autónomas en materia civil (artículo 149, 1-8.º), pero ello con referencia a su estado presente, y no al pasado; nuestra disposición adicional puede tal vez servir para interpretar en algunos supuestos este otro precepto constitucional, como luego diremos, pero no al contrario: dicha atención más específica al derecho foral nada puede aportar a la interpretación del principio añadido de garantía de *derechos históricos* que en él propiamente no se atiende. Y lo propio debe decirse de la mención de *nacionalidades* o de la articulación más general y sustantiva del régimen autonómico en la Constitución: no sustanciándose todavía a tales efectos *derechos históricos*, la misma realmente no ofrece elementos de lectura e interpretación de su somera disposición adicional dedicada a su reconocimiento.

Y la misma fórmula de reconocimiento carece prácticamente a su vez de entidad semántica propia: difícilmente cabe lectura e interpretación de un mero signo de remisión a un término además, como éste de *la historia*, en sí mismo realmente indeterminable a los efectos dispositivos del caso, viéndose notoriamente obligada la doctrina a incurrir en la aludida manipulación máxima de conducirse como si tal principio propiamente no existiera, indiferente al mismo debate que al respecto pueda moverse desde la historia; pero ¿es ésta la única consecuencia concebible, o la conducta realmente obligada, ante la referida incompetencia de la historia en el campo constitucional? Las previsiones de la propia Constitución, en lo que interesa al reconocimiento de derechos históricos, pudieran haber sido al menos, aunque ciertamente lacónicas, más sustantivas; y pudiera ser ya el mismo desarrollo estatutario el que, debiendo actuarlas, con suficiencia no las atiende.

ACCESO A LA AUTONOMIA BAJO AMPARO DEL DERECHO HISTORICO

La disposición adicional primera de la Constitución ya añadía al reconocimiento de derechos históricos de territorios forales que «la actualiza-

ción general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía», lo cual, aparte de una efectiva previsión de sustanciación de tal género de derechos, puede también implicar, por lo ya visto, algo más que la simple limitación o encuadramiento de esta posibilidad: declara, igualmente de hecho, la forma como esto debe precisamente sustanciarse, forma ciertamente excluyente de un recurso directo a la historia o a la doctrina y ciertamente consecuente con los principios legislativos de un sistema constitucional; aquí, *en el marco* ha de significar también *por medio de*, pareciendo obviamente que, tras el laconismo de la propia Constitución, es la vía estatutaria la que exclusiva y finalmente corresponde a estos efectos de sustanciación de derechos históricos de territorios forales, comenzando por la misma identificación del supuesto, requisito primordial que ya falta también en la Constitución.

Identificación que, en su caso, no deja de aportar el Estatuto vasco, bajo la forma esencialmente, aparte de haberse ya valido de dicho principio en su propio cuerpo, de declarar también mediante disposición adicional que «la aceptación del régimen de autonomía 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»; forma que, aparte el énfasis, al repetir la constitucional, no parece ya reducirse a dicho requisito de identificación o constituir una mera reiteración aplicada al caso: puede también evidentemente significar, como tal disposición adicional, la renuncia al cumplimiento del mandato constitucional de entera sustanciación de los derechos históricos en el propio cuerpo de la norma estatutaria, lo cual queda así ahora pendiente sin plazo, pues ya tampoco puede serlo, como lo era en la Constitución, su remisión final a nuevas normas. El aplazamiento, en todo caso, es ya parcial, pues igualmente, al contrario que en la Constitución, dicha declaración sobre los derechos históricos ya no es una mera *adición*, habiendo sido expresamente aprovechada y aplicada en el propio Estatuto.

Pero no se ha cumplido con todo propiamente la previsión constitucional. En la Constitución, si algún sentido no retórico dicha fórmula había de tener, parece que trataba de introducir la posibilidad de que, mediante tal reconocimiento de alcance prácticamente preconstitucional de su derecho histórico, un Estatuto cual el vasco se planteara como una verdadera Constitución de su propia comunidad, pudiendo ésta así determinarse sin el encorsetamiento de toda la Constitución española, aun bajo las coordenadas o *el marco* de sus componentes de alguna forma también más preconstitucionales, comenzando por el más claro, en ella, de la *unidad de nación española*, reducible en todo caso al resto de los mismos, como los derechos y

deberes fundamentales, el propio régimen parlamentario representativo, la existencia de un mismo ejército y otras instituciones propias del estado común, como su forma monárquica, según siempre el tenor de los primeros títulos de la propia Constitución; que el precepto de sustanciación de derechos históricos *en el marco de la Constitución* no puede entenderse en el sentido de que hayan de quedar sometidos a toda ella, debe ser algo evidente por la simple razón de que, entonces, la disposición de su reconocimiento no tendría sentido alguno; por ello tal limitación de estos derechos debe concretarse en aquello que también es *marco* para la propia Constitución: los otros elementos que en ella aparecen igualmente como valores preconstitucionales o como fundamentos del propio sistema y, seguramente también, aquellos principios e instituciones de reforma para ella más cualificada.

Y podía tratarse al tiempo de que un Estatuto como el vasco, mediante su vinculación al derecho histórico salvado por la Constitución, pudiera alcanzar un rango prácticamente constitucional, a salvo a su vez con ello de futuras incidencias legislativas, más garantizadamente así de lo que ya pudieran requerirlo su principio de refrendo popular y la consiguiente especialidad de su reforma o relativa rigidez del propio Estatuto, y con toda la significación que esto pudiera tener para su misma prevalencia sin necesidad de acudir a argumentos menos jurídicos como el de compromiso o pacto histórico que su composición ciertamente supuso para un territorio de notables mejores resultados en el particular refrendo estatutario que en el general de la Constitución.

En todo caso y en suma, parece que la disposición adicional primera de la norma constitucional no remitía efectivamente a la historia el problema de una autonomía como la vasca, sino que, utilizando el motivo histórico característico del nacionalismo vasco, prorrogaba para su caso el proceso constituyente, remitiéndolo propiamente, o encomendándose en la parte que quedaba abierta, a su particular Estatuto; la historia era la fórmula, no el objeto, de la remisión. Otra interpretación, o nos introduce en un círculo vicioso sin salida al menos jurídica, o se contradice con los principios más elementales de creación del Derecho en un sistema constitucional. Mas, como ya veíamos, el problema que ahora se plantea es el de que el actual Estatuto no ha satisfecho evidentemente dicha función, interponiendo de nuevo a *la historia* en la alegación de unos derechos con todo, y con su potencial alcance, persistentemente indeterminados para el propio orden jurídico, e igualmente indeterminables según también ya vimos.

Debiendo entender que no ha podido desarrollar propiamente las posibilidades del referido reconocimiento de alcance preconstitucional del derecho histórico, o no haber podido satisfactoriamente cumplir la función constitu-

yente que había de compartir con la propia norma fundamental, el Estatuto ha optado por reiterar la fórmula de salvedad del mismo derecho histórico. Pero su sentido, como advertíamos, puede ya complicarse: la previsión de allí, aquí se suspende, quedando el proceso constituyente ya sin plazo parcialmente abierto. Dicho de otra forma, el actual Estatuto vasco no es todavía la norma prevista a su efecto por la misma Constitución; no puede todavía considerarse como el Estatuto definitivo de su comunidad conforme a los mismos imperativos de la Constitución vigente. Si se han de tomar realmente en serio las referidas disposiciones adicionales de una y otra norma, lo que ya no parece usualmente ocurrir entre los mismos juristas, habría de convenirse en esta provisionalidad por la misma previsión constitucional de un Estatuto más propiamente constituyente, como tal planteado, como tal desarrollado y como tal situado en el mismo rango de la propia Constitución.

Claro es que al Estatuto definitivo podría llegarse mediante la simple supresión de su disposición adicional de nueva salvaguardia de sus derechos históricos; así, por ejemplo, de dársele ocasión, por el mismo Tribunal Constitucional, bajo el supuesto de que la Constitución no la admitiría, habiendo debido el Estatuto en todo caso clausurar el proceso constituyente, debiéndose agotar consiguientemente en él la posibilidad de sustanciarse derechos históricos, y no estando a su alcance la susodicha prórroga de esta remisión; pero, bajo el mismo marco de la Constitución, existen también indicios que más particularmente apuntan en dicho otro sentido de la provisionalidad más sustancial del Estatuto vasco; así la misma previsión de la disposición transitoria cuarta de la Constitución, reiterada también a su vez como tal previsión en el Estatuto, de una distinta composición territorial de la comunidad vasca, integrándose Navarra, bien que hoy ello resulte ciertamente poco previsible, al haberse también aplicado diferenciadamente el principio de salvedad del derecho histórico a la constitucionalización autonómica de este otro territorio, sin olvidarse tampoco para su caso, y pese aun a su más decidido aprovechamiento de sus mismas posibilidades, la ya consabida disposición adicional: «La aceptación del régimen establecido en la presente Ley Orgánica no implica renuncia a cualesquiera otros derechos originarios e históricos que pudieran corresponder a Navarra.»

CIENCIA DE LA HISTORIA EN EL DEBATE AUN CONSTITUYENTE

¿Dónde, en fin, nos encontramos? Por de pronto, donde no queríamos, o donde decíamos que, en un sistema constitucional, a estos efectos no procedía: en el campo todavía de *la historia*. Afirmábamos que ésta no ha de

concurrir a la resolución de problemas constitucionales porque de ello debía exonerarla, y de sus manipulaciones librarnos, precisamente el momento constituyente de la norma fundamental, pero la Constitución convoca a la historia en el extremo esencial de la condición de algunas comunidades; convoca a la historia, pero realmente se remite a la norma estatutaria o a una Constitución particular de dichas determinadas comunidades, por lo que todavía ha podido reafirmarse que no es mediante la historia como ha de solventarse la cuestión. Pero, en fin, la historia sigue salvándose en la misma parte dispositiva de los Estatutos vasco y navarro, y el momento constituyente, aquí, todavía sigue abierto. No tanto porque lo digan la Constitución española y los Estatutos vascos, que propiamente tampoco lo dicen, sino porque con todo no parece aún haberse clausurado el proceso constituyente para el caso de esta zona, el debate histórico de interés político puede todavía seguir pesando en la problemática constitucional.

Pero tampoco me parece muy seguro que, según suele presumirse, la insistencia en el motivo de los *derechos históricos*, más que en sus actuales posibilidades de sustanciación constitucional, deba redundar, de conducirse seriamente, en el ensanchamiento de la propia perspectiva autonómica. Salvo el *marco* de los elementos que hemos llamado preconstitucionales del actual sistema, la autonomía de un territorio de *foralidad política*, y con ello también de fundamentación preconstitucional, como el vasco, puede alcanzar un grado seguramente superior al concebible mediante su propia historia, por cuanto que, aparte mitologías, jurídicamente, el ámbito eusquera nunca ha constituido una comunidad integrada y, aun de diversa forma, políticamente, sus principales comunidades se han supeditado históricamente al orden castellano.

Incluso rasgos habitualmente tenidos como más característicos, en el ámbito del derecho, de la distinción vasca, históricamente pueden derivar de su supeditación a dicho orden castellano; así, sirva el ejemplo bien significado de la llamada *hidalguía universal* o nobleza común de los vascos, signo para unos de acendrado democratismo, para otros de visceral racismo, en todo caso buen índice de dicha distinción. Pues bien, pese a explicaciones más o menos milenaristas, pese a tales mismas contrapuestas calificaciones, dicho principio parece tener unos orígenes históricos más bien extrínsecos y circunstanciales; sabido es que, durante los siglos bajomedievales, la Corona de Castilla, al contrario en esto que la de Aragón, tiende a formar y a imponer un mismo Derecho para todos sus territorios por encima de *fueros* más o menos autonómicos; en 1348, cuando esto finalmente llega a establecerse, en la regla de prevalencia de la legislación general sobre los *fueros* particulares sólo una excepción propiamente se admite: la de los

fueros nobiliarios o de hidalgos en las comarcas donde predominaran, con vistas parece que a la conservación de unos fueros de la Castilla estricta o septentrional que, salvo en la zona vasca, desaparecieron en las guerras civiles medievales posteriores; y repárese cómo, tras 1348, es cuando comienzan las alegaciones de hidalguías colectivas en Guipúzcoa y en Vizcaya: era el único modo entonces factible de defensa de un predominio de los fueros sobre la propia legislación de una Corona en la que se comprendían estos territorios; en el seno de la Corona de Aragón, como en el caso del Reino de Navarra posteriormente anexo a la de Castilla con admisión expresa de sus fueros, sería inconcebible, por superflua, una ocurrencia del género, con todo su variado juego posterior entre los mismos vascos.

Signo originalmente, entonces, de integración en la Corona de Castilla, pero signo también de distinción dentro de ella, una vez que éstos fueron los únicos territorios que hicieron efectivamente valer dicha excepción favorable a los propios fueros; y tal podrá ser, desde entonces, la doble dimensión de su particular historia. La distinción se mantiene, y la excepción con ello se reafirma, cuando una *Nueva Planta* luego se aplicara, en el siglo XVIII, frente a las foralidades hasta entonces más regulares y desde entonces ya no políticas de la Corona de Aragón; más aún, uno y otro efecto se acentúan cuando, en el xx, fueran también los vascos los territorios más refractarios a la nueva unidad constitucional. Dicho de una forma: en buena parte de la zona vasca, y sólo en todo caso en ella, Navarra comprendida, puede defenderse que no ha habido históricamente algún momento constituyente o de ruptura inequívoca de su tracto jurídico particular. Dicho de otra forma: algunos de sus territorios pueden ser los únicos que en rigor merecen el calificativo de *foral* empleado por la actual Constitución para la reserva de derechos históricos, los únicos que puede entenderse haber mantenido un principio de salvedad de su derecho foral autóctono, cualquiera que fuese su entidad pretérita o su margen efectivo de conservación presente.

La historia, que no puede prestar contenido a los derechos históricos reconocidos en la Constitución, todavía puede con todo brindar alguna orientación respecto a la misma delimitación del supuesto de dicha cláusula de salvedad de derechos preconstitucionales. No añade nada la historia si apunta que la misma es aplicable al caso vasco, pues ello ya se encuentra debidamente reflejado en sus Estatutos, pero tal vez pueda todavía aportar algo si además sugiere que sólo a su caso corresponde dicha disposición, lo que puede abrir unas posibilidades aún inéditas a la propia autonomía, la cual, así como excepción, podría llevarse a un grado que, de ser dicho expediente regla más generalizable, no cabría desde luego en la actual Constitución.

En definitiva, por lo que interesa al posible valor presente del motivo

histórico, si por sí misma mal puede la historia resolver problemas constitucionales, y si aun más difícilmente puede servir para fundar por sí misma algún derecho soberano del pueblo vasco, todavía puede, junto a la Constitución, contribuir a la mayor ampliación de su autonomía; no en su *virtud*, según el término del propio Estatuto vasco, sino en virtud de la habilitación constitucional, al ser empleada para abrir las posibilidades de esta autonomía más allá aún, por remitirse a un Estatuto constituyente, de lo que la propia historia pudiera por sí misma determinar. Es la Constitución la que así virtualiza el motivo histórico, potenciándolo incluso por encima, y en todo caso con independencia, de lo que la historia pueda establecer: no era a ésta, sino al propio *marco de la Constitución* en su sentido necesariamente más restrictivo, que quedaba vinculado el Estatuto, o sometido su relativo poder constituyente.

Dentro, en fin, del ámbito español, tanto la integración de la comunidad vasca, frente a su escisión realmente crónica, como la propia amplitud de su posible autonomía, frente a sus dependencias pretéritas, pueden ya fundarse y defenderse en el terreno de la Constitución mejor que en el argumento de la historia, siempre que, por supuesto, la primera lo sea íntegramente, disposición adicional primera con toda su virtualidad incluida, y la segunda igualmente lo sea, y no tampoco un sucedáneo.

AUTONOMIA FORAL Y DERECHO CIVIL ENTRE HISTORIA Y CONSTITUCION

La cuestión sigue cifrándose en la disposición adicional primera de la Constitución y, más estrechamente, en el supuesto o en el ámbito de su aplicación. Sabido es que, aun habiéndose realmente arbitrado para el contencioso vasco, su formulación genérica ha permitido interpretarla con carácter extensivo a los territorios tenidos hoy a efectos civiles bajo la calificación de *forales*, y aun a aquellos que, como también por mi parte anteriormente he sugerido, sin serlo en la actualidad históricamente lo fueron (y aquí está ahora, por ejemplo, el Estatuto de Valencia atribuyéndose en esta línea competencias sobre un más bien histórico «Derecho civil valenciano»). Es ésta la interpretación que parece exigir, para no subvertirse la Constitución, una valoración muy escasa del alcance de dicho reconocimiento de derechos históricos.

Ciertamente, según ya advertíamos, parece realmente que sólo como excepción puede operar dicha disposición si se le quiere respetar su sentido

de reconocimiento preconstitucional de derechos históricos, y no reducirla a un simple expediente para la asunción de alguna concreta competencia; constitucionalmente, dicha fórmula sólo puede propiamente aplicarse, si no se persigue su neutralización, con un carácter absolutamente excepcional que, de exigirse los requisitos inferibles con el rigor entonces del caso de sus propias expresiones, aun con todo su laconismo, tan sólo parece efectivamente corresponder al supuesto vasco.

Y ya tenemos también los Estatutos para concretar tal extremo, no lo suficientemente precisos, pero indicativos igualmente de esta interpretación. Sólo los Estatutos vasco y navarro reúnen las condiciones de reiterar para su caso la reserva de derechos históricos y, más sustantivamente, de aplicarla de forma expresa en su propio régimen actual de competencias, con mayor decisión por parte del segundo, comenzando por su misma singular denominación de «Ley de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra». En el Estatuto de Aragón también aparece la adicional que salva el derecho histórico, pero falta en él la segunda condición más sustantiva, encontrándose perfectamente encuadrado su régimen de distribución de competencias, sin utilización alguna de tal recurso, en los límites de los artículos 148 a 150 de la Constitución; y, aunque de forma no siempre tan claramente encajada en estos artículos, tampoco parece que se recurra a la disposición adicional primera de la Constitución en el cuerpo de los Estatutos de otros territorios de Derecho foral o especial, incluidos los de cierto carácter nacional. Y en esta misma dirección podían estar apuntando las derogatorias de la propia Constitución al extenderse específicamente a las disposiciones que se podían entender como lesivas de la foralidad política vasca y guardar en cambio silencio sobre aquella anterior *Nueva Planta* que históricamente liquidó la foralidad igualmente hasta entonces política de los territorios de la Corona de Aragón.

Como excepción de alcance potencialmente constitucional, por el mismo terreno público en el que incide, debe así determinarse el supuesto de territorios *forales* con derechos *históricos* por el criterio más restrictivo y más particularmente político; tales no deben así considerarse los territorios dotados de una *foralidad civil*, que ya ven por lo demás positivamente considerada su circunstancia en la misma Constitución al recibir las correspondientes competencias (artículo 149, 1-8.º, que, con determinadas reservas estatales, las reconoce por tal razón a las comunidades de esta foralidad en materia civil), sino tan sólo aquellos territorios en los que de alguna forma se añade el mantenimiento preconstitucional de una *foralidad política*, que parece supuesto exclusivamente vasco, Navarra a su modo siempre en esto naturalmente incluida.

Que por la foralidad política, y no por la civil, deba identificarse el supuesto de la disposición adicional primera de la Constitución, no debe tampoco implicar que sólo a tal tipo de foralidad la misma pueda afectar; que haya de referirse sólo a territorios de dicha foralidad política no tiene por qué significar que deba contraerse a esta vertiente de su foralismo, y no extenderse también en ellos a la civil, bien que en su mayor parte estos territorios presenten un Derecho civil foral de muy relativa entidad, resultando también en su conjunto de muy dispersa implantación. Pero, precisamente por el mismo juego de la disposición de salvedad de derechos históricos en en estos casos, y no en otros, no parece claro que la entidad presente del propio Derecho foral deba servir de criterio, conforme al artículo 149, 1-8.º de la Constitución, para la asunción de competencias por la comunidad autónoma. De la dispersión ya se precave el mismo Estatuto vasco al atribuirse expresamente la comunidad la facultad de fijación del ámbito territorial del Derecho civil foral, que tampoco debe inicialmente entenderse como el establecido en la compilación foral, pues a ésta no vincula la Constitución en caso alguno, tampoco en otro supuesto por aplicación del artículo 149, 1-8.º, y, en todo caso, el Estatuto la desborda al comprender explícitamente el Derecho consuetudinario en este capítulo foral; otro camino ha seguido, en este mismo ámbito territorial, el Estatuto navarro, asumiendo su propia compilación foral como una especie de ley orgánica de su comunidad.

Yendo por partes, y sirviéndonos de este ejemplo del artículo 149, 1-8.º, que, por su misma materia foral, parece el más indicado, debe ante todo considerarse la cuestión mencionada de si el mismo resulta aplicable a los territorios forales de derechos históricos salvados por la Constitución; si, en materia de Derecho civil, deben de distribuirse las competencias entre el Estado y las Comunidades vasca y navarra conforme a las reservas de dicho artículo: «reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho», en todo caso, para el Estado, aun *con respeto* en el último punto a las peculiaridades forales; y, entre los considerados también de cierto carácter nacional, tanto el Estatuto catalán como el Estatuto gallego reiteran que en dicho punto «se respetarán por el Estado las normas de Derecho civil» respectivo, consignándose así en su caso dicha competencia estatal; no, en cambio, en los Estatutos vasco y navarro, donde nada de esto se especifica, no pudiéndose desde luego entender por ello que el Estado no está aquí obligado a dicha consideración al Derecho foral. ¿Puede

entenderse que lo que no tiene aquí es tal competencia, sobrando por esto la expresión de un respeto que ya no le cabe guardar? En términos más generales, ¿se aplica aquí el artículo 149, 1-8.º, de la Constitución?

Los Estatutos vasco y navarro, a los que les corresponde como decíamos la sustanciación de derechos históricos —o, si se prefiere, la regulación de su autonomía contando con el recurso de la historia allí donde puedan interferirse algunas limitaciones constitucionales de rango menos fundamental—, alegan, en unas ocasiones, efectivamente el derecho histórico, valiendo según decíamos por sí misma la invocación, cualquiera que pudiese ser el dictamen de la propia historia; en otras ocasiones, consignan en cambio expresamente la referencia al correspondiente apartado limitativo de la Constitución, que entra así ahora, y no antes, como parte del mismo Estatuto, en el correspondiente ordenamiento, en cuanto que no pueda entenderse que ya se contuviera en aquel *marco* fundamental de la propia norma constitucional; mas en otras diversas ocasiones, como en este capítulo del Derecho civil, no producen alegación o referencia de signo alguno, ¿se entiende entonces que escapan al régimen común por un principio general de conexión de los Estatutos vascos a sus derechos históricos antes que a la propia Constitución —materia, al fin y al cabo, de fuentes, con todos sus corolarios—, o debe en cambio interpretarse que se someten plenamente entonces a dicho régimen, en nuestro caso al artículo 149, 1-8.º —con la reserva estatal en materia de fuentes, y todos los respetos, incluida—, por precisarse para otro efecto, por la disposición adicional primera de la misma Constitución, una explícita declaración de sustanciación de derecho histórico?

Pero, si se someten entonces a dicho régimen general, ha de considerarse que el supuesto del artículo 149, 1-8.º, se refiere a Derecho foral civil presente, con lo que, dada su escasa entidad en el caso de la comunidad vasca, podrían quedarle anchos sus mismos límites, no habiendo éstos de demarcar tampoco, sino el más reducido alcance factual del propio Derecho foral, las correspondientes competencias. Determinarlas de hecho mediante este régimen de reservas estatales del artículo 149, 1-8.º, implica también la suposición de que, para el caso, *Derecho foral* es potencialmente todo el Derecho civil, que así se delimita en orden a la definición de competencias autonómicas; y ésta es una suposición que debería de explicarse: el concepto de Derecho foral que presupone la aplicación al caso vasco de dicho artículo a estos efectos, no pudiendo proceder de su mismo supuesto por cuanto que remite a la realidad presente, sólo puede derivar de una proyección en tal sentido de la susodicha disposición adicional primera, así también implícitamente aplicada, en cuyo caso se replantea la cuestión de la misma procedencia de tal atención a este artículo 149, 1-8.º, al que no remiten ni, desde

luego, dicha disposición adicional ni, al menos en principio o con ocasión de la propia asunción de competencias en materia civil, los Estatutos vasco y navarro.

A estos efectos de distribución de competencias, la cuestión no es la del alcance y contenido del Derecho foral civil actual, pues no estamos así en el supuesto del 149, 1-8.º, como no lo es tampoco la de la extensión histórica de los Derechos forales civiles en el ámbito vasco, pues, y aparte de que tampoco de este modo resultaría fácil la ampliación del concepto, no es ésta como ya vimos la dirección sustantiva de la disposición adicional primera de la Constitución que, por cualquier vía, parece realmente la aplicable al caso. Habiendo quedado así el tema encomendado a la determinación de los Estatutos, la cuestión, con todo, no puede ser otra que la del sentido de la expresión *Derecho civil foral* o *Derecho foral civil* utilizada por ellos a estos efectos de la asunción de competencias, sin remisiones en una u otra dirección, aunque cuestión que, finalmente, tampoco resulta análoga para el Estatuto vasco y para el navarro, con su implícita aceptación el primero de la situación dada en el campo foral, pero ignorando justamente su actual compilación y refiriéndose explícitamente también a derecho consuetudinario, y con su admisión el segundo, ya igualmente aludida, de su propia compilación foral, que, si puede así servir de mejor guía para la definición de unas competencias, plantea a su vez serios problemas de encaje en aquel más restringido y vinculante *marco de la Constitución*.

Y también puede pensarse que la propia disposición adicional de salvedad de derecho histórico de los Estatutos vascos, con su misma singularidad (otro es el caso del aragonés, que no da base para ello; y no hay otros que contengan tal disposición), apunta en el sentido de que, salvo expresión en contrario contenida en el propio Estatuto y salva antes desde luego dicha parte fundamental de la Constitución, la excepción sea siempre regla para su caso, esto es, en nuestro ejemplo, que pudieran así asumir las más plenas competencias en la materia civil, bien que esto no deje actualmente de plantear la notable dificultad de un más amplio entendimiento de los referidos términos de los propios Estatutos; sin la más extensa comprensión del *Derecho foral civil*, como Derecho civil vigente en el ámbito de la comunidad sin otros distinguos, mal puede operar en la materia dicha excepción que llevaría a una asunción de competencias de signo propiamente autonomista; competencias, esto es, que, aparte su misma amplitud, menos se sometan a la realidad preconstitucional del Derecho foral, mediante compilación o sin ella, y más dominen los destinos de sus instituciones civiles, según parece que verdaderamente se perseguía, con su misma prórroga constituyente, por la disposición adicional primera de la propia Constitución. El posible Esta-

tuto definitivo vasco del que antes hablábamos tal vez pudiera mejor aprovechar esta posibilidad.

Otro es el problema de la conveniencia, en el mundo actual, de la efectiva formación de un Derecho civil propio, pero esto no tiene por qué ser una secuela de dicha definición más autonomista de competencias, o por qué interferirse en su misma demarcación; y sería esto, en todo caso, en su virtud, decisión de los respectivos organismos autonómicos de formación democrática, y no de los juristas o de los historiadores, con su impenitente vocación de oráculos. ¿Por qué se afirma ahora que, en la perspectiva de integración europea, es un disparate que una comunidad autónoma asuma plenas competencias en Derecho civil cuando no se ha dicho que no lo es menos, entonces, que las mantenga el Estado? O lo es, ciertamente, más: puede, en tales perspectivas, concebirse la distinción entre unas materias, por ejemplo contractuales, de interés —digamos— continental, y otras, por ejemplo familiares, de interés —digamos— regional, mejor siempre ya que algunas de interés estatal, pese a toda la historia de los mismos códigos civiles tenidos por nacionales que ahora, a menor escala, tampoco falta, entre los juristas, quien quiere repetir, no sabiendo así todavía liberarse de la historia.

* * *

Y concluyo; ya advertí que, perplejo y poco experto, difícilmente iba a contribuir a la clarificación práctica de alguna cuestión; en esto, al menos, se me concederá no haber defraudado expectativas. Tal vez baste con haber creado la sospecha de que los Estatutos vasco y navarro, por la efectiva interposición aun no enteramente resuelta del motivo de sus derechos históricos, precisan de una interpretación más bien diversa de la que pueda bastar para las normas constitutivas de otras comunidades autónomas de régimen menos especial; el capítulo del Derecho civil, por la misma interferencia del concepto *foral*, ha podido seguramente ilustrarlo, pero no se contraen a él, evidentemente, las implicaciones del caso. Que ello además pueda no resultar impertinente para un sistema autonómico que, ya progresando decididamente en esta dirección, no ha logrado todavía encauzar plenamente un grave conflicto nacional, ya no constituye nuestro tema, ni de ello han dependido nuestras reflexiones. Se trataba, con más modestia, de no precipitarse en clausurar doctrinalmente, o de resistirse a que se consume la precipitación, cuestiones normativamente todavía abiertas, por fortuna con todo ello quizá.

N. B.—El estatuto vasco recurre expresamente al motivo histórico mediante la disposición adicional primera de la Constitución para la asunción de competencias en materia de enseñanza (art. 16) y de policía (art. 17); pero en el primer caso salvando no sólo el artículo 27 de la Constitución comprendido en su parte fundamental más vinculante, bien que ya extendida la salvedad a las mismas leyes orgánicas estatales que habrán de desarrollarlo, sino también al apartado 30 del 149.1, que pudiera justamente entenderse, con su reserva igualmente del desarrollo legislativo básico del referido artículo 27, como el que debiera eludirse con este recurso histórico, y en el segundo caso, aún no tan expresamente, se salva de hecho, en sus apartados 6.b y 7, no sólo el artículo 55 de la Constitución, sobre estados de excepción, sino también el 155 de la misma, con algunas puntualizaciones, sobre intervención extraordinaria unilateral del estado en la comunidad, e incluso, mediante la disposición transitoria cuarta del propio estatuto, el 149.1.26, o parte de él, sobre licencia de armas, reduciendo con todo notablemente la virtualidad del mismo recurso, aun quedando en este caso eludido el menos específico 149.1.29, que, en cualquier supuesto, en materia de seguridad pública, admitía la posibilidad de competencias autonómicas, pese también a su sede. Tampoco faltan supuestos de aplicación menos explícita, pero más sustantiva, de este recurso; así, eminentemente, el artículo 41.1, sobre la institución del concierto económico. La disposición adicional única del estatuto, como se ha citado, se dedica a la nueva y más expresa salvedad del derecho histórico vasco, constituyendo a su vez sus artículos 3, 24.2 y 37.2, una aplicación del propio principio a los posibles derechos anteriores de sus particulares «territorios históricos», dada su tradicional, y no sólo provincial, división.

El estatuto navarro adopta indudablemente con mayor decisión este recurso del derecho histórico; en términos más generales, aparte su propia denominación y su disposición adicional primera ya también citadas, véanse sus artículos 2.1, 24, 39.1.a, 46.1.a, 64, 71 y disposición final primera; más particularmente lo aprovechan de forma explícita los artículos 45 (convenio económico) y, con un catálogo más amplio de competencias, 49 y 50. Su compilación foral, según también se ha dicho, se asume plenamente, sólo pudiendo ser modificada por ley foral de mayoría cualificada: artículo 48.2, en relación con el 20.2 y aparte también alguna aplicación más puntual de la propia compilación en el mismo estatuto.

Ni el estatuto vasco (art. 10.5) ni el navarro (art. 48.1) se remiten al artículo 149.1.8 de la Constitución, según se ha dicho, pero en ambos parece presuponerse la aplicación al menos de su cláusula interesante a registros e instrumentos públicos; artículo 14.1 del vasco: «La competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende: ... e) a los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privado vasco que deban tener acceso al Registro de la Propiedad», y en términos enteramente análogos el 61.1.e del navarro —también el catalán, art. 20.1.e; el gallego, art. 22.1.e, o el aragonés, art. 28.1.e, pero en ellos, aun de diverso modo, no hay base para no ser encuadrados en la totalidad de la Constitución—, lo que parece efectivamente estar suponiendo en este punto concreto una competencia definida por tal artículo constitucional, así más estrictamente delimitada. Los artículos 26.3 del estatuto catalán y 38.3 del gallego son los que, entre los de nacionalidades, especifican el respeto por parte del Estado a las peculiaridades forales en materia de fuentes que parece más sustantivamente indicar una integración en el régimen de competencias del 149.1.8, pese a su mismo inicial silencio (catalán, art. 9.2; gallego, 27.4), y que la ausencia de un precepto equivalente en los estatutos vascos —vasco y navarro— no puede tampoco explicarse en

razón de que aquí no se plantearía el supuesto de la incidencia en fuentes del derecho foral, no es defendible porque, de una parte, menor fundamento habría para consignarlo en Galicia que para Vizcaya, y de otra, la duda ni siquiera cabe con respecto a Navarra, pues la materia se trata en su compilación foral, revalidada como hemos dicho.

Del transcurso de las sesiones del Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución (Zaragoza, 29 de octubre-1 de noviembre de 1981) puede adquirirse noticia, de Juan Alvarez Sala, en *Anuario de Derecho Civil*, 2 (1982), págs. 375-401. Aparte el desconcierto en su doble sentido de los civilistas, por su mismo apego a las coordenadas forales de nuestro código y por su resistencia a otros planteamientos que sólo parece representar entre ellos un aún más atávico foralismo navarro; aparte esto, entre autoridades hoy más representativas, Eduardo García de Enterría, *La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 5 (1982), págs. 63-93, espec. 88-89 (capítulo, en todo caso, de un libro que anuncia sobre *El artículo 149 de la Constitución*), elude nuestra cuestión, eliminando sus virtualidades; la competencia foral plena no plantearía a su entender problemas en los estatutos de «autonomía mayor» y sería incluso correcta en el caso del de Aragón, pero resulta que éste (art. 35.1.4 y 2) acepta de hecho el artículo 149.1.8. de la Constitución y no, en cambio, directamente aquellos de donde aquí, y no allí, el problema, al menos cuando, como es nuestro caso, no está clara, por interposición del derecho histórico, la aplicabilidad entera e inmediata de la Constitución; para el estatuto aragonés, el problema así también podría plantearse por la presencia, según dijimos, de una disposición adicional, la quinta, salvando derecho histórico, lo que García de Enterría siempre ignora, y la cuestión que él plantea para este estatuto correspondería, en cambio, al de una comunidad actualmente no foral como la valenciana (art. 31: «La Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 2) Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano», sin más referencias), independientemente, o mejor interfiriéndose con ello, del extremo que particularmente atiende García de Enterría de la delimitación de competencias en las autonomías más regulares mediante el artículo 143 constitucional.

Y pasando ya, contenidamente como se ha defendido, a la historia, la cita capitular de Sabino de Arana y Goiri procede de Javier Corcuera, *Orígenes, ideología y organización del nacionalismo vasco (1876-1904)*, Madrid, 1979, pág. 333, más interesante en todo caso por su estudio de las condiciones históricas, relaciones sociales y formas organizativas de estos orígenes que por su análisis de las implicaciones jurídicas de su ideología historicista. Sobre su peso en la cultura vasca hasta el momento actual, incluido el tema de la hidalguía universal, Juan Aranzadi, *Milenarismo vasco. Edad de oro, etnia, nativismo*, Madrid, 1982, aun sin escapar enteramente a las mitologías que confronta, tendiendo a confundirlas en los supuestos antropológicos de culturas de otra historia y sin interés específico por dichas implicaciones. Dentro de la escasa atención que habitualmente a éstas se les reserva, ya he afrontado algunas de sus cuestiones, aunque superficialmente también en lo que interesa al caso vasco, en *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, donde cabe en todo caso ampliar referencias bibliográficas actuales.