

## LOS DERECHOS HISTÓRICOS Y EL PRINCIPIO PACTICIO

Miguel HERRERO DE MIÑÓN

1. Los Derechos Históricos son un concepto político que, a partir de la Constitución de 1978, cuya Disposición Adicional primera los «reconoce y ampara», se ha convertido en una categoría jurídica de la que han hecho uso abundante diferentes normas de rango inferior, la jurisprudencia y la doctrina, cualquiera que haya sido el signo de esta.

Las raíces de dicha categoría son fundamentalmente tres: la foralidad vasca, el principio de las nacionalidades y la elaboración doctrinal. En efecto, la derogación de la tradicional foralidad desde 1839 a 1878 y el replanteamiento de las relaciones entre, de un lado, las entonces provincias vascas y Navarra y, de otro, la Monarquía constitucional, es el caldo de cultivo para la emergencia de un nacionalismo, independentista en su origen, parcialmente moderado después, que, junto con el vasquismo no nacionalista, ya sea el fuerismo liberal ya sea el carlismo, reclama lo que, a lo largo del siglo XIX y por influencia centro-europea, se vienen a denominar Derechos Históricos, una expresión recogida en la Constitución de 1978 y doctrinalmente elaborada a partir de esta. Si el catalanismo, pese a su origen en gran medida postfuerista, no hizo análogo planteamiento, sus últimas reivindicaciones incluyen el recurso a los Derechos Históricos de Cataluña<sup>1</sup>. Su origen, por lo tanto, es vasco-navarro, pero, algo en

---

<sup>1</sup> Desde la primera corrección de Pujol ante el Parlamento de Calaluña el 11 de febrero de 1987 (Vd. *El Estatuto de Catalunya, pacto de Estado*, Barcelona 1987) hasta el Preámbulo del presente Estatuto del 2006, pasando por la declaración del Parlamento catalán en Comisión. Desde el punto de vista doctrinal cf. FERRET I JACAS, *Catalunya i els drets històrics*, Barcelona (I.E.A.), 2001 y, en otro plano y desde un catalanismo no nacionalista es llamativo el neohistoricismo de RUIZ

que después insistiré, su categorización puede ir más allá y en eso radica su mayor valor doctrinal y político.

Lo esencial de la foralidad, cuyas mutaciones a través de los siglos son bien sabidas, puede concretarse en dos extremos: la afirmación de personalidades políticas originarias —los Cuerpos de Provincia, cuya tendencia centrípeta (Irurac Bat) es ya patente desde fines del Antiguo Régimen— y una relación paccionada de dichas personalidades entre si y con terceros<sup>2</sup>. Ambos caracteres articulan los denominados Derechos Históricos en el imaginario fuerista y nacionalista cuya reivindicación da lugar a la citada Adicional Primera de la Constitución<sup>3</sup>.

Su interpretación doctrinal ha seguido dos líneas diferentes<sup>4</sup>. Una primera, tendente a la descalificación de la fórmula, ya de manera rotunda (García Pelayo), ya de forma más matizada, reduciendo su dimensión a la puramente civil y administrativo (Tomas y Valiente), pero en todo caso vaciándola de significado normativo y de ello es buen ejemplo su pretendida desmitologización (Corcuera), para reducirla a un mera declaración retórica (Alzaga). Otra, a la que creo haber contribuido, consistente en partir del valor jurídico-normativo de la Adicional, algo cada vez más evidente, como demuestra la evolución de posiciones doctrinales, en un principio, muy adversas a los Derechos históricos (Tomas y Valiente, Corcuera). Una última aportación de notable interés, la del Pfr. F.J. Laporta, aunque crítica con mi visión de los derechos históricos, resulta sumamente positiva para la valoración de la Adicional Primera considerada como norma facultativa. Esto es, aquella cuya no utilización no supone violación de la Constitución, pero que pone a disposición de la voluntad política, si esta existe, una cláusula de apertura constitucional hacia los derechos históricos, a su vez, entendidos y después insistiré sobre ello, como ámbito de inmunidad<sup>5</sup>.

A mi juicio, la Adicional Primera es, indudablemente, una norma, como parte de una Constitución cuyo pleno y completo carácter normativo ha sido

---

LACRUZ, *Constitució Catalana. L'actualització dels drets històrics de Catalunya a la nova Espanya federal*. Barcelona, 2005. Sobre la polémica en Cataluña cf. los datos de SAIZ ARNAIZ, «La titularidad de los Derechos Históricos y las reformas estatutarias», en LAPORTA y SAIZ ARNAIZ, *Los Derechos históricos en la Constitución*, Madrid (CEPC), 2006, pp. 115 ss y 122 ss.

<sup>2</sup> Cf. LARRAZÁBAL BASÁÑEZ, *Derecho Público de los territorios Forales. De los orígenes a la abolición foral*, Oñati (IVAP) 2004, p. 157 ss.

<sup>3</sup> *Ibid.* pp. 471 ss.

<sup>4</sup> Sigue siendo clave Arrieta «Las imágenes de los Derechos Históricos: un estado de la cuestión» en HERRERO Y LLUCH (eds.) *Derechos Históricos y constitucionalismo útil*, Barcelona (Crítica) 2001, pp. 221 ss. Cf. LARRAZÁBAL BASÁÑEZ, *Contribución a una teoría de los Derechos Históricos vascos*, Bilbao (IVAP) 1997 pp. 354 ss

<sup>5</sup> «Los derechos históricos en la Constitución: algunos problemas teóricos», en *Los Derechos Históricos en la Constitución*, Madrid (CEPC) 2006, pp. 9-86.

proclamado hasta la saciedad, a partir de sus propios términos (art. 9,1) por tribunales y analistas.

Ahora bien, afirmado el carácter normativo de la Adicional, se plantea otra alternativa doctrinal. Para unos, es, una norma más de la Constitución y el problema consiste en su categorización, ya como garantía institucional (a partir de Tomas Ramón Fernández), ya como ley especial (Porrás), ya como «petrofación (Cillan), ect. Para otros, entre los que me encuentro, la Adicional, según indica su propio nombre, adiciona, suma algo, al resto de la Constitución<sup>6</sup>. ¿En que consiste ese algo? A mi entender, en el «respeto y amparo» a una realidad externa y preexistente, porque solo a lo que ya existe se respeta y ampara —términos ciertamente nada ambiguos, vagos o equívocos para quienes tengan un mínimo de capacidad y deseo de entenderlos—, o lo que es lo mismo lo que se respeta y se ampara no se crea, sino que se da ya por existente. El que este respeto y amparo se haga en virtud de una norma constitucional de manera que sea esta la que atribuye valor normativo a aquellos como, desde el purismo racional-normativo, afirma Laporta en el trabajo antes citado, no contradice en absoluto el hecho de su preexistencia. Y esta realidad tercera y externa son los Derechos Históricos, de cuyo respeto y amparo se deduce su «pre» y «para-constitucionalidad». Son, en éste sentido, originarios.

Es claro que lo añadido por la Adicional no contradice los principios de la Constitución aunque si supone excepciones a su normativa. No la contradice porque el autogobierno que los Derechos Históricos requieren responde al principio autonómico reconocido con carácter general en el art. 2 CE y de ahí que los Estatutos vasco y catalán mencionen expresamente ambos fundamentos. No la contradice porque dicho autogobierno es perfectamente compatible con los valores y principios de la propia Constitución. Pero no es menos claro que la actualización de los Derechos Históricos puede suponer y ya ha supuesto diferencias respecto de la normativa constitucional como es el caso del sistema de económico de Concerto<sup>7</sup>. La cabecera de grupo normativo que es la Adicional Primera puede insertarse, así, en «el marco de la Constitución».

Los Derechos Históricos, por tanto, son la expresión jurídica de una realidad existencial, la personalidad política de un pueblo. En consecuencia, los Derechos Históricos no remiten al autogobierno de lo que fue o pudo ser, es

<sup>6</sup> MUÑOZ MACHADO, «La Disposición Adicional Primera», en MARTÍN RETORTILLO, *Derecho Público Foral de Navarra*, Madrid (Civitas) 1992, p. 235.

<sup>7</sup> v.gr. cfr. Art. 133,1 CE y arts. 41,2,a/ EAPV y 45 LORAFNA o art. 149,118ª 7 art. 49,1. b/ LORAFNA (Cf. SSTC 214/1989 y 140/1990).

decir a la Historia, ni tampoco al imaginario político de una determinada historiografía. Remiten a la historicidad de unos hechos: la existencia de un cuerpo político singular, esto es, diferente e infungible. El tránsito conceptual desde el régimen foral a que se refiere la Adicional primera en su párrafo segundo, al titular de los derechos históricos, sea éste «el pueblo vasco», sea éste Navarra, no es, como se pretende en ocasiones, arbitraria invención del interprete. Consta en la Adicionales únicas del EAPV y de la LORAFNA, respectivamente. Es decir en dos normas de nuestro bloque de constitucionalidad —concepto poco confuso y reafirmado por la doctrina del Tribunal Constitucional— derecho positivo que, incluso los filósofos del derecho no debieran olvidar.

Esta interpretación que vengo denominado existencial y no competencial de la Adicional Primera se hace precisa una vez afirmado por el Tribunal Constitucional tanto su condición normativa, que se predica de toda la Constitución, como que no es una competencia. Si ha de ser algo y negarlo equivaldría a negar el carácter normativo de toda la Constitución, y como, tras muchas dudas, dice el Tribunal no remite a un «haber», es porque ese algo es la remisión a un «ser». Cuando se dice que los Derechos Históricos no suponen un específico régimen competencial sino un mero título, se está diciendo lo mismo, ciertamente con menos énfasis, menor capacidad de evocación y, también con menos virtualidad política.

Los Derechos Históricos, al expresar la singularidad de un cuerpo político, son necesariamente singulares y lo que cada uno es no puede extenderse más allá de su titular. Pero, por ser varios, cabe extraer una idea general de los mismos. Lo que denominé hace ya años *Idea de los Derechos Históricos*, capaz de entregarnos, en expresión de Ortega, «el ser de la cosa misma». Ello permite, a su vez, construir un paradigma, el cual, sin mengua de la singularidad de los diferentes Derechos Históricos proporciona los rasgos esenciales de tal categoría, ya incoados y que debieran ser explicitados. En éste sentido es como puede hablarse y así lo haré a continuación, del paradigma navarro. No porque la situación de Navarra pueda ser exportada a Cataluña o deba ser imitada en Euskadi, sino porque sus rasgos esenciales formales caracterizan la estructura de los derechos históricos ¿Cuáles son estos rasgos?

No voy a reiterar aquí las tesis que he venido elaborando en las dos últimas décadas en torno a los Derechos Históricos, su estructura jurídica, las condiciones de su actualización y su eventual utilidad política, a las que he dedicado tres libros y numerosos artículos de investigación y divulgación a lo que me remito a la hora de explicitar y fundamentar los siguientes tres extremos<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Me refiero fundamentalmente a *Idea de los Derechos Históricos*, Madrid (Austral), 1991; *Derechos históricos y Constitución*, Madrid (Taurus) 1998 y «Qué son y para qué sirven los Derechos Históricos», en *Revista internacional de estudios vascos* 44, 2, 1999, pp. 309 ss.,

Primero, según mi concepción, los Derechos Históricos no son derechos subjetivos, puesto que no actúan una voluntad ni protegen un interés. Igual que ocurre con otros derechos existenciales, como son los de la personalidad en el orden civil o los antiguos derechos fundamentales de los Estados en el orden internacional, los Derechos Históricos son bienes inherentes al ser de su titular. No expresan, como es el caso de los derechos subjetivos, la situación de poder concreto de un sujeto sobre una realidad externa, sino la irradiación jurídicamente relevante de una identidad de la que nadie, ni uno mismo, puede disponer sin dejar de existir. De ahí se deduce, primero que los Derechos Históricos son indisponibles, incluso mediante una pretendida autodeterminación que supusiera su negación. Y segundo que los Derechos Históricos se basan en hechos no menos históricos, no solo por pasados, sino y esto es muy importante subrayarlo, por su propia facticidad presente: la continua conciencia colectiva de la propia identidad diferenciada e infungible que responde a hechos diferenciales objetivos. Una verdadera magnitud que Kant denominaría «intensiva» cuyo paradigma es la nación. Los Derechos Históricos son tan imprescriptibles como la propia realidad que expresan mientras ésta no se extinga de hecho y, por ello, pueden reivindicarse; pero no pueden improvisarse.

Los Derechos Históricos fundamentaran, sin duda, una «haber» competencial, esto es, un determinado autogobierno, pero su «ser» excede dicho haber. Como tales bienes jurídicos, son valiosos por sí. No tanto por su utilidad, sino por la afectividad de la que están cargados. De ahí que los Derechos Históricos tengan, incluso en su proyección competencial, un valor simbólico y deban ser simbólicamente gestionados, porque son los símbolos los instrumentos adecuados para gestionar los afectos<sup>9</sup>.

Segundo, los titulares de los Derechos Históricos a mi entender, son, por un lado, junto con Navarra, Euskadi y sus Territorios Históricos, sobre la base de los arts. 16, 17 y 41 EAPV, como ha terminado por reconocer el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 76/1988 y, de otra, de acuerdo con la doctrina reiterada por el Consejo de Estado, mediante una interpretación sistemática de la Adicional Primera, conjuntamente con el art. 148,1,8ª y la Transitoria 2ª de la propia Constitución, Cataluña y Galicia. Así lo ha reconocido el reciente Estatuto de Cataluña en el Preámbulo y en su art. 5<sup>10</sup>.

---

recogido en mi libro *El valor de la Constitución*, Barcelona (Crítica) 2003, pp. 366 ss. También vd. *Ibid.*, pp. 70 ss. Salvo referencia específica en contra, los argumentos y datos del texto aparecen documentados en estas tres publicaciones. Un versión vulgarizada y de talante político en *Ideas sobre el problema vasco* Madrid, 2003.

<sup>9</sup> Cf. mi obra *El valor de la Constitución*, Barcelona (Crítica) 2003, pp. 98 ss.

<sup>10</sup> La STC 88/1993 ha negado esta tesis y separado rígidamente la foralidad civil garantizada en el art. 149,1,8ª CE de los derechos históricos respetados y amparados en la Adicional Primera, pero la realidad, lo que JELLINEK denomino «fuerza normativa de los hechos» y que ningún jurista puede olvidar so pena de confundir la jurisprudencia con el malabarismo, fue por otro

Los Derechos Históricos amparados y reconocidos por la Constitución expresarían, por lo tanto, la plurinacionalidad española. Una plurinacionalidad heterogénea y, por tal, asimétrica respecto del resto de España. De los titulares de los Derechos Históricos en España podría repetirse lo que de las entidades histórico-políticas se afirmaba hace un siglo en latitudes centroeuropeas frente al centralismo austriaco: «La entidad histórico-política supone afirmar un Reino de Hungría y no los departamentos del Danubio, Tisza o los Cárpatos; un país de Silesia y no un departamento de Noppam; un Reino de Bohemia y no un departamento de Moldavia»<sup>11</sup>. Por eso mismo, la Comunidad Foral de Navarra no es una Comunidad Autónoma, ni el Territorio Histórico de Vizcaya una Provincia, ni el Estatuto de Cataluña es análogo al de la Comunidad Autónoma de Madrid y de ahí la importancia de las titulaciones jurídico-políticas que deberían servir para expresarlas. Los argumentos jurídicos para demostrarlo, atendiendo a su estructura y competencias, son numerosos y poderosos, pero la fuerza normativa de lo fáctico, aún mas concluyente. Allí existe una conciencia amplia permanente y arraigada de la propia identidad, basada en la lengua, el derecho, la tradición política e institucional entre otros extremos, y nada más que sentirlo así basta para ser diferente. La historicidad de unos hechos singulares, desplegados en el tiempo y afectivamente cargados, fundamenta los Derechos Históricos. La artificial generalización de los Derechos Históricos, por lo tanto, llevarían a la esterilidad de dicha categoría a la hora de expresar singularidades asimétricas como ya ha ocurrido con el concepto de «nacionalidad» y es posible que ocurra con el de «nación».

La evolución estatutaria valenciana, por su parte, ha mostrado la fuerza normativa de los hechos. En efecto, Valencia, como los demás miembros de la Corona de Aragón, fue un Reino «de suyo», con instituciones y leyes propias, cuya foralidad fue abolida en 1707 y que, frente a lo ocurrido en Aragón o Cataluña no fue, después, parcialmente restaurada en lo que al derecho privado se refiere. Por ello, a efectos del Código Civil, no existió derecho foral valenciano y el constituyente de 1978 no tuvo en cuenta Valencia a la hora de formular el art. 149,1,8ª CE. Sin embargo, ya el Estatuto de Autonomía de 1983 afirma la competencia autonómica sobre el derecho civil valenciano (art. 31) y algunos relevantes juristas del antiguo Reino han puesto el acento en la Disposición Adicional Primera para reivindicar una a modo de restauración

---

camino (cf. mi *Derechos Históricos y Constitución*, p. 230). Sobre el art. 41 EAPV, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (*Crisis y renovación del Concierto Económico*, Bilbao (Concordiam) 2005, pp.64 ss) da una interpretación del mismo sobre la base de los arts. 24 y 37 EAPV que supera y mejora muy mucho la que yo di en su día (*Derechos Históricos y Constitución*, cit., p. 243 ss.).

<sup>11</sup> Scescen citado por EISENANN, *Le compromis autro-hongrois de 1867*, Paris 2ª ed. 1968, p. 172.

foral, especialmente en lo que al derecho civil se refiere<sup>12</sup>. No faltan tampoco en el nuevo Estatuto menciones del derecho público del histórico Reino de Valencia, pero su redacción hace pensar más que en una reivindicación formal de los Derechos Históricos existencialmente entendidos, en una posición historicista que todavía es pronto para saber si trascenderá de la mera retórica<sup>13</sup>.

Tercero, estos Derechos Históricos que, por expresar una personalidad política que la Constitución no crea sino que se limita a reconocer, calificamos de originarios, se actualizan por vía de pacto y así lo demuestran las actualizaciones que respecto de Navarra, Euskadi o sus territorios se han hecho mediante normas estatales o autonómicas. Podrá lucubrarse amplia y profundamente sobre como articular el pacto. Unos preferirán ocultar la relación paccionada revistiendo la coincidencia de voluntades como fases de un procedimiento. Otros, considerándolas elementos de un acto complejo, ya simétrico, ya asimétrico. Otros, en fin lo calificarán de verdadero pacto. Pero sabido es que los diversos nombres de la rosa no alteran la calidad de su perfume. Una relación es paccionada, con independencia de su denominación, cuando es fruto de una coincidencia de voluntades que, como tal, no puede ser modificada ni interpretada sino por el acuerdo de dichas voluntades. La jurisprudencia civil y administrativa lo ha dejado meridianamente claro en sus respectivos campos y no se explica porque el mismo principio lógico no debiera aplicarse al derecho constitucional.

Cuestión distinta que abordaré más adelante, es la de precisar a que tipo de pacto remiten los Derechos Históricos.

Como en la foralidad de la que traen su origen, los Derechos Históricos se caracterizan por su condición originaria y por su actualización pacticia y ambos caracteres se implican recíprocamente, tanto desde un punto de vistas lógico como funcional. Porque son originarios, se relacionan mediante pacto y esta

<sup>12</sup> Cf. DOMINGO CALATAYUD, *Posibilidades constitucionales de la reintegración civil foral valenciana o reflexiones sobre el ejercicio de la competencia atribuida a la Generalitat valenciana para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil valenciano*, Valencia (Discurso de ingreso en la Real Academia valenciana de Jurisprudencia y Legislación ) 2003. Últimamente V. L. Montes, «La inesperada resurrección del derecho foral valenciano», *El Cronista*, 3 (marzo 2009), p. 4 ss.

<sup>13</sup> «Pretende, también, esta reforma el impulso y desarrollo del Derecho Foral Valenciano aplicable... Es necesario que a través de la recuperación de los «Fueros del Reino de Valencia» recupere también nuestra Comunidad la dignidad perdida como consecuencia de la abolición llevada a cabo por la injusta promulgación del Decreto de 29 de Junio de 1707. Por eso mismo, el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat, en plena armonía con la Constitución Española, procurará la recuperación de los contenidos de los Fueros del Reino de Valencia» (E de M). De ahí la modificación que en el art. 7 del Estatuto introduce el art. 8: «1. El desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes a los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y las exigencias de la realidad económica y social valenciana. Esta reintegración se aplicará, en especial, al entramado institucional del antiguo Reino de Valencia y su propia onomástica en el marco de la Constitución española y de éste Estatuto de Autonomía».

relación pactada que excluye su sumisión a la decisión unilateral de la otra parte, es la única consecuencia de su originariedad. Los Derechos Históricos, que en su día califique de a priori material en cuanto expresión jurídica de una magnitud existencial, resultan, a la hora de su actualización, una categoría formal puesto que no tienen otro contenido competencial que el pactado. Su afirmación «se limita a reclamar una negociación y un acuerdo entre las partes para toda decisión que altere el statu quo, sin prejuzgar ningún contenido material para ese necesario acuerdo», concluye García de Enterría<sup>14</sup>. Tal y no otra es «la estructura abstracta, por decirlo así, de esos ordenamientos» a los que tras largas lucubraciones —muy doctas y finas, por cierto— que tratan de impugnar mi propia versión de los derechos históricos, el Pfr. Laporta reduce la concepción de los mismos que el considera aceptable<sup>15</sup>.

2. El problema consiste en si, una vez reconocidos en la Constitución los Derechos Históricos y su consecuencia operativa, las relaciones paccionadas de sus titulares con el Estado son compatibles con el constitucionalismo moderno.

En efecto, no cabe el pacto en lo que Carre de Malberg<sup>16</sup> denominó el «Estado legal», es decir aquel que actúa bajo el imperio de una ley, expresión de la voluntad general, absoluta e incondicionada. Pero, aceptada la crisis de tal forma de Estado<sup>17</sup>, tampoco cabe el pacto en el Estado constitucional en el que todo está sometido a la soberanía de la Constitución entendida como una superley. La cuestión es que dicha soberanía constitucional también se encuentra en profunda crisis y al «usus modernus pandectarum» que sigue la todavía mayoritaria exégesis constitucional, es preciso oponer un «usus novus». Si aquel, como ocurrió con las Pandectas, convirtió los preceptos y las categorías doctrinales sobre los mismos construidas en un nuevo y aún mas aburrido derecho natural inflexible e intocable —no es casual que, amediados del siglo XIX Bachofen opusiera el derecho histórico al derecho natural<sup>18</sup>—, éste, el «usus novus», ha de atender a la realidad de la vida jurídica, política y administrativa, como en la obra de Samuel Stryk (1690-1710) el «usus modernus» inicial supuso una apreciación realista de las «Mores hodiernae» o «nova practica»<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Prólogo a Del Burgo, *Introducción al estudio del Amejoramiento del Fuero (Los Derechos Históricos de Navarra)*, Pamplona, 1987, p.13.

<sup>15</sup> *Op. cit.* p. 27.

<sup>16</sup> CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1920-1923.

<sup>17</sup> En nuestra doctrina vd. la brillante exposición de MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público general*, Madrid (Iustel), 2006, I, pp. 321 ss.

<sup>18</sup> Cf. BACHOFEN, *El derecho natural y el derecho histórico*, trad. esp. Madrid, (IEP), 1955.

<sup>19</sup> Ensayé esta «gemelización» (PÉREZ PRENDES) de categorías en «Aproximación postmoderna a la Constitución» en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LV, número 80, 2002-2003, p. 477. A todo el trabajo (pp. 473 ss.) me remito para lo que en el texto se apunta a continuación.

Los «mores hodiernae» de nuestro derecho muestran que el pacto, desde siempre, núcleo central del derecho privado y del derecho internacional, lo es también del derecho público interno hasta ahora sometido a la jerarquía de la ley, de la que el denominado Estado constitucional es una mera versión mas refinada. En efecto, si, de acuerdo con el esquema de Guasp<sup>20</sup>, consideramos el derecho procesal, el administrativo y el constitucional como las tres grandes ramas del derecho público, es fácil comprobar el auge que en cada uno de ellos esta adquiriendo el principio pacticio.

En cuanto al derecho procesal, aquella rama del derecho público ordenada a la satisfacción de pretensiones de acuerdo con el derecho objetivo, sabido es que el más arcaico fue, por doquier, de naturaleza arbitral, esto es pactada, de manera que, como ahora ocurre con el TIJ, la jurisdicción contenciosa era siempre voluntaria. Es solo la experiencia de las ciudades lombardas, el derecho canónico y la recepción del derecho romano tardío (la «extraordinaria cognitio») lo que permite constituir una jurisdicción ajena y heterónoma respecto de las partes en litigio. Merced a ello, hoy día, las relaciones jurídico-procesales pueden caracterizarse por rasgos que están en los antípodas del pacto. Frente a la igualdad subjetiva, disponibilidad objetiva y flexibilidad formal de éste, son desiguales, indisponibles y rígidas.

Ahora bien, dicho esto, como ha puesto de relieve la doctrina, al menos desde Kohler<sup>21</sup>, existen normas procesales que solo pueden completarse e integrarse atendiendo a la voluntad de las partes. Por ello se ha hablado y se habla de contratos procesales. Y junto al proceso y, como alternativa al mismo, para la satisfacción de auténticas pretensiones, al menos en el sentido sociológico del concepto, aparecen, cada vez con mayor fuerza, las instituciones y procedimientos arbitrales de clara naturaleza contractual<sup>22</sup> y la capitisminución que respecto de todo ello suponía la garantía de la tutela judicial efectiva, se retrae poco a poco. Así resulta, en el caso español de la comparación entre las leyes reguladoras del arbitraje desde 1953 hasta hoy y de la propia interpretación que al efecto el TC hace del art. 24 CE.

En el derecho administrativo, paradigma del Estado legal, la realidad muestra el progresivo auge del principio pacticio en lo que cabe considerar los cuatro grandes pilares de esta rama del derecho público: la legalidad, la prestación de servicios, el procedimiento, incluidos los recursos, y la responsabilidad de la administración.

---

<sup>20</sup> *Derecho*, Madrid, 1971, p. 459.

<sup>21</sup> Cf. *Prozessrechtliche Forschungen*, Berlín, 1894, pp. 127 ss. y 253 ss.

<sup>22</sup> Cf. GUASP, *El arbitraje en el derecho español*, Madrid, 1956, p. 24 e HINOJOSA, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*, Madrid, 1991, p 56.

En cuanto a la legalidad, la denominada autorregulación ha supuesto el retraimiento del poder público de ámbitos en los que tradicionalmente intervenía, ya como regulador al fijar las normas, ya como prestador de los servicios públicos, para que sean los propios administrados quienes establezcan, asuman y garanticen las normas reguladoras del sector o presten, en régimen de competencia al público, lo que antes era propio de la actividad administrativa. Se dirá, no sin razón, que, en último término es la ley la que sanciona la autorregulación, necesitada siempre de una ultrarregulación, ya, a su vez, en peligrosas vías de autorrealizarse. Pero, en todo caso, el contenido de la regulación nacerá del acuerdo entre las partes y a ello se remite la norma que «reconoce la fuerza vinculante de los convenios» (art. 37,1 CE), principio que la practica muestra va mucho más allá de las relaciones laborales, puesto que es consecuencia del pluralismo proclamado con carácter general en el art. 1,1 CE (cf STC 39/1986, FJ 4º). No es ya la ley la que formaliza la voluntad de las partes dándole carácter de norma, sino que la ley estatal se limita a reconocer como norma lo que las partes han decidido, remitiéndose a ellas<sup>23</sup>.

Por otro lado, el desarrollo de las clásicas técnicas de fomento que trataban de implicar al administrado en la consecución de los objetivos establecidos por la administración y la gestión indirecta de los servicios y las obras públicas mediante técnicas concesionales, son los precedentes inmediatos de lo que se denomina administración concertada, característica de la intervención administrativa actual en la prestación de servicios, el urbanismo, las relaciones sociales o la ordenación de la economía. Sin duda, su naturaleza es discutible desde el punto de vista de las categorías y a quienes la consideran netamente contractual se opondrán las tesis cuasicontractualistas —lastradas por la propia crisis del concepto de cuasicontrato— e incluso quienes consideran que las cláusulas concertadas son meras cláusulas modales que articulan la adhesión a reglamentos unilateralmente establecidas por la administración. Pero, lo que es indudable es que, cualquiera que sea la calificación doctrinal, se trata de una colaboración entre la administración y los administrados, presidida por la autonomía de la voluntad. Un concierto de voluntades cuyas motivaciones psicológicas nunca pueden desvirtuar una causa netamente contractual, incluso cuando de contratos de fijación se trate. El entusiasmo con el que la más autorizada y ortodoxa doctrina ha recibido la noción de administración concertada es el mejor aval, si no de su acierto, si de su actualidad.

En cuanto al procedimiento, tercer gran pilar del derecho administrativo, la evolución del derecho español es paradigmática. El, procedimiento se concibe

---

<sup>23</sup> MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Madrid, 2006, pp. 1267 ss.

por el legislador, desde la precoz Ley de 1889 a la de 1958, como una institución en la cual la producción del acto administrativo, incluso cuando responde a la instancia de los administrados, se supraordina a estos como algo heterónimo, unilateral y rígido. Hay, incluso, esplicita voluntad de independizar la acción administrativa respecto de los administrados, considerando la objetividad del procedimiento garantía fundamental de aquellos. Si se comparan la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 con la Ley de Contratos de 1965 es evidente que el acto, fruto del procedimiento, y el contrato, son dos formas opuestas del actuar administrativo, oposición hoy superada tanto por la expansión de la figura contractual, desde la ley de 1965 y de su reforma en 1993, como por la introducción de formas convencionales en el procedimiento.

En efecto, pese a la escasa elaboración doctrinal al respecto, la práctica sectorial desarrolló técnicas convencionales que sustituían la decisión unilateral de la administración a través del procedimiento, por el concierto con los administrados, no solo de hecho, sino formalmente, como es el caso de los convenios expropiatorios y urbanísticos, de los conciertos fiscales o de la negociación colectiva en la función pública. La ley 30/1992 de 30 de Noviembre en su artículo 88 extrae la consecuencia de todo ello y generaliza la posibilidad para las Administraciones Públicas de «celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado...pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos...». Con ello, al admitir con carácter general la terminación convencional del procedimiento administrativo, el derecho español, que tan precoz fuera a la hora de codificar las instituciones procedimentales, termina siguiendo una tendencia comparada de la que son buenas muestras la ley alemana de 1976 o la italiana de 1990.

No me interesa ahora, por considerarlo innecesario, investigar los posibles fundamentos constitucionales del art. 88 LRJAPPC, sino señalar lo que, con razón, se ha calificado de su significado institucional en función del carácter estructural —«básico aunque no fundamental», diría Pérez Serrano— de la citada ley<sup>24</sup>. Un significado institucional consistente, tanto de la permanencia en el derecho público de la autonomía negocial de la administración pública, como del reconocimiento de los terceros en cuanto partes de dicha negociación y subsiguiente pacto.

---

<sup>24</sup> DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Pamplona 1995, p. 164. No era esta mi opción doctrinal (cf. Ponencia de Estudios del Consejo de Estado «La Reforma de la Ley 30/12992 de 26 de noviembre...», publicada en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* XVIII, nº 4396, de 16 de octubre de 1997, p. 2), pero es la realidad.

Una consecuencia directa de esta afirmación general del principio pacticio es su expansión al campo de la responsabilidad patrimonial de la administración, de lejanos precedentes en la vieja administración militar y que, sobre la base del citado art. 88 LRJAPPAC, generaliza el Reglamento de 26 de Marzo de 1993 (cap. II y III). A tenor de lo dicho, el principio pacticio puede considerarse emergente y aún pujante en nuestro derecho administrativo.

Sin embargo es en el derecho constitucional, llamado ineluctablemente en nuestros días a dar cuenta del policratismo del propio Estado y de su inserción en ordenes supraestales, donde el principio pacticio puede dar sus mejores frutos. Por ello es importante rastrear sus huellas en el campo constitucional.

Primero, en el mismo origen de la Constitución cuya consideración realista obliga a disolver la noción clásica de poder constituyente como unitaria, unilateral e incondicionada, en ácido pactista, y a reconocer lo que Lasalle denominó «fragmentos de constitución», actores cuando no sujetos del proceso constituyente cuya importancia política obliga a darles relieve jurídico si la doctrina del poder constituyente ha de responder a la realidad. La Pergola, en una obra que merecería una pronta versión española<sup>25</sup> ha rastreado, en el espíritu de Calhoun las huellas del pactismo en las Constituciones federales y aún menos federales. Las constituciones, en apariencia otorgadas, fueron pactadas y la ruptura del pacto acabó con ellas (v.gr. Francia 1814-1830); el doctrinarismo, que inspiró gran parte del constitucionalismo decimonónico, era una versión del pactismo y hoy día el consenso constitucional supone un pacto todavía más amplio. En anteriores ocasiones he abundado sobre tal extremo<sup>26</sup>.

Segundo, atendiendo al sentido mismo de la Constitución. La IIª postguerra, continuó, ingenuamente, algunas de las frustradas «nuevas tendencias» del constitucionalismo posterior a la Iª GM, y concibió la Constitución como una superlegalidad omnicompreensiva, organizadora de todos los poderes públicos, reguladora de su actividad y garante de la sociedad toda, cuya efectividad se aseguraba mediante una jurisdicción constitucional. No solo el derecho descendía en majestuosa cascada desde la Constitución a los actos de ejecución administrativa, sino que la propia política era mera ejecución de las directrices constitucionales y el legislador, no menos que el juez o la administración, la invocaba para justificar cada una de sus actuaciones o medidas. Se trata de un verdadero «empeño en remitirse a la ejecución de la Constitución» (Stern), fruto de la doctrina kelseniana de reducir política a derecho. Fue el pleno triunfo del kelsenianismo cuando, paradójica y significativamente, el propio Kelsen debía

---

<sup>25</sup> *Residui «contrattualistici» e struttura federle nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milan 1969. Cf. *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994.

<sup>26</sup> Cf. *El Valor de la Constitución*, Barcelona, 2003, pp. 34 ss.

de optar por el exilio y la enseñanza en una Facultad de Letras. Para comprobarlo basta atender, como fruto tardío de dicha tendencia —siempre a la penúltima moda, decía Clarín—, a los preámbulos de muchas de nuestras leyes post-constitucionales.

Sin embargo, pronto la realidad volvió por sus fueros y una sociedad abierta exigió una interpretación abierta de la Constitución. Como he señalado en otro lugar<sup>27</sup>, abierta en dos sentidos. Por un lado, Constitución abierta a un proceso público de interpretación, del cual no es la menor de las manifestaciones la concertación política que en tantas ocasiones sustituye cuando no vincula al propio legislador y que es de índole claramente convencional<sup>28</sup>. Baste pensar, por solo poner ejemplos españoles, desde los Pactos Autonómicos de 1982 —generadores de una verdadera «convención constitucional» a juicio de Vandelli<sup>29</sup>— a los pactos antitransfugismo, pasando por el AISS o los diferentes pactos locales. Por otro lado, lo que aquí interesa aún más, abierta estructuralmente a realidades supra, para e infra constitucionales, como es el caso de la integración inter y supranacional, los derechos humanos y los nuevos regímenes de minorías. Es evidente que dicha apertura se realiza frecuentemente por vía de pacto, porque el Estado se entiende con entes distintos a él mismo. Así se reconoce doctrinal y jurisprudencialmente en cuanto al ejercicio mancomunado de la soberanía en la Unión Europea (vd. STC alemán 12 de Octubre de 1993, con ecos en el Conseil Constitutionnel francés y, a veces roncós, en el TC español.) y sería absurdo negar su posibilidad entre los miembros de una comunidad que se autocalifica de nacional como la española, lo que se acepta en una sociedad internacional.

Tercero, la mejor prueba en éste sentido la ofrece nuestro propio bloque de constitucionalidad que expresamente reconoce el carácter paccionado de las relaciones de Navarra con el Estado. En efecto la naturaleza paccionada de la ley de 1841, siempre impugnada desde fuera del antiguo Reino, fue constantemente afirmado por los foralistas navarros cuya «vigorosa tenacidad» —la expresión es de García de Enterría<sup>30</sup>— consiguió, desde el RD de 21 de Enero de 1871 hasta el el de 26 de Enero de 1979, pasando por el Fuero Nuevo de 1974, reafirmar una categoría doctrinal que sentó plaza de convención constitucional<sup>31</sup> hasta ser formalmente recibida en la LORAFNA de 1983 (arts. 1, 2, 64,

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 45 ss.

<sup>28</sup> Cf. APARICIO, «¿Hacia una nueva figura de actos de Gobierno?», en *El Gobierno en la Constitución y en los estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985, pp. 195 ss.

<sup>29</sup> *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982.

<sup>30</sup> Prólogo a J. I. DEL BURGO, cit. p. 13.

<sup>31</sup> Cf. SANTAMARIA PASTOR, en MARTÍN RETORTILLO, *El Derecho Público Foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Madrid (Civitas), pp. 49 ss. Para esta evolución cf. RAZQUIN, *Fundamentos jurídicos del Amejoramiento del Fuero. Derechos históricos y Régimen Foral de Navarra*, Pamplona, 1989, p.

71 ect.). El pactismo navarro, guste o no, es hoy una realidad que solo puede negarse prescindiendo del derecho positivo.

Lo que he venido denominando el «paradigma navarro» en el que la categoría de ley paccionada es una constante desde el Antiguo Régimen a la actualidad, muestra las raíces del principio pacticio tanto como su vigencia. No es lícito rechazar las categorías de ayer cuando el hoy muestra su permanencia; antes bien, su restauración sirve para explicitar e incluso resolver los problemas actuales que, en ocasiones, proceden de un remoto ayer. No se trata de hacer historia contrafactual, sino de que el constitucionalista sepa y pueda aprovechar la historia en función técnica.

Los historiadores y teóricos del derecho han distinguido dos concepciones del pactismo: la historicista y la filosófica. Respectivamente, en expresión de Vicens Vives, «como mecanismo constitucional y como comprensión racional de los hechos relativos al Estado»<sup>32</sup>. En efecto, el pactismo filosófico, desde la antigüedad a Rousseau, pasando por Suárez, trata de explicar el origen y la legitimación del poder. En el pactismo historicista, tal como se conoció, por ejemplo, en Navarra o la Corona de Aragón, puede diferenciarse entre un pactismo mítico y un pactismo jurídico. El primero, ocupado fundamentalmente en las cuestiones propias del pactismo filosófico, pero en relación con una determinada entidad política, reivindica lo que Mañaricua<sup>33</sup>, denominara «mitos historiográficos», sean estos el pacto de los vascones con Jaun Zuria o los «pactos de Sobrarbe». El pactismo jurídico, único que aquí interesa, se centra en la articulación técnica de determinadas normas, las normas paccionadas, en su gestación, jerarquía, interpretación y condiciones de modificación. La distinción es importante, porque mientras el pactismo filosófico no tiene inmediatas consecuencias en como se gesta, interpreta y modifica la ley, estas son las cuestiones claves en las doctrinas pactistas que denominamos jurídicas y que no requieren en absoluto justificarse recurriendo a orígenes míticos que hoy solo invocan quienes pretenden descalificarlas.

Basta, a los efectos que aquí interesan, destacar los siguientes tres extremos, relativos al concepto de leyes paccionadas, a los caracteres que de ello se derivan y a su función político-jurídica

Son leyes paccionadas aquellas que se acuerdan entre dos instancias de poder, ya sean estas el Príncipe y la representación del «reino» —como ocurría

<sup>32</sup> *Noticia de Catalunya*, Barcelona, (ed. 62.) 1966, p. 96. Cf. los planteamientos de LEGAZ Y LALINDE, en vv.aa. *El Pactismo en España*, Madrid (Instituto de España) 1980 sobre los términos utilizados en el texto aunque con otro significado.

<sup>33</sup> *Historiografía de Vizcaya (Dede Lope García de Salazar a Labayru)*, 2ª ed. Bilbao (La Gran Enciclopedia Vasca), 1973, p. 135 ss. Cf. LALINDE, «Apuntes sobre las ideologías en el derecho español», *AHDE*, XLV, 1975, pp. 123 ss.

en Aragón, Cataluña o Valencia<sup>34</sup>—, ya sean estas el Príncipe y un «Reino» hasta entonces ajeno —como ocurrió con ocasión de la incorporación de Navarra<sup>35</sup>—. Y el acuerdo, el pacto, se produce, cualquiera que sea su motivación, fuerza o dineros, que no causa<sup>36</sup> y con independencia de que se respete la «maiestas» del Príncipe<sup>37</sup>, puesto que el acuerdo radica en el contenido de la ley no, necesariamente, en su forma. Tal es el antecedente directo de la distinción entre ley formal y material a la que más adelante se hace referencia. Este principio se da hoy en Navarra cuya situación se determina, por una norma estatal — la Ley de 1841 primero, el Amejoramiento del Fuero hoy— cuyo contenido es fruto de un pacto entre las instituciones navarras y el Estado. Es el desconocimiento de esta distinción categorial y el de sus antecedentes en el Antiguo Régimen, lo que ha llevado a afirmar la falta de autonomía legislativa en Navarra, las provincias vascas o la Corona de Aragón antes de la abolición foral, aduciendo que en ellas el Rey era la única fuente de la ley. Porque, a mas que el Rey, con ser uno no era único, dada la existencia de diferentes Reinos «de suyo», su potestad legislativa estaba condicionada, en determinados supuestos y en cuanto al contenido, por la intervención de las instituciones representativas.

De este carácter paccionado resultan tres importantes consecuencias. Primero, tales leyes no pueden ser modificadas unilateralmente, sino que su derogación o reforma requiere el acuerdo de las dos partes que intervinieron en su creación. Segundo, tampoco pueden ser unilateralmente interpretadas. Tercero, las leyes paccionadas tienen una jerarquía superior a otras normas no pactadas y, en especial no pueden ser conculcadas por las, en su día, denominadas provisiones de gobierno, esto es en lenguaje actual, singularmente derogadas<sup>38</sup>. Las tres consecuencias se dan hoy en la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la LORAFNA.

Las funciones de la ley paccionada, en consecuencia, eran y son, de una parte limitar el poder de quienes pactan, puesto que mediante el pacto limitan su capacidad de decisión y, de otra y por ello mismo, garantizar a ambas partes una situación que no puede modificarse sin su consentimiento.

La exclusión de la unilateralidad introduce insensiblemente una noción de cosoberanía a la altura del tiempo presente. En efecto, una expresión de «pico y garras» como la de soberanía es, se reduce en derecho a la «competencia sobre

<sup>34</sup> Cf. LALINDE, «El pactismo en Aragón y Valencia» en vv.aa. *El pactismo en España*, cit. pp. 115 ss.

<sup>35</sup> Así, por ejemplo, respecto de Navarra en las Cortes de Pamplona de 1513.

<sup>36</sup> LALINDE, *loc. cit.*, p. 133 (vd. Vallet, *ib.*, p. 80).

<sup>37</sup> Cf. LALINDE, *loc. cit.* p. 126.

<sup>38</sup> Cf. LALINDE, «La creación del derecho entre los españoles», *AHDE*, XXXVI, 1966, pp. 359 ss.

la propia competencia», esto es, en términos políticos a la decisión última sobre el propio ser y estar del cuerpo político sobre su identidad. Así coinciden los asépticos conceptos de Laband y Jellinek con los planteamientos existenciales de Schmitt. Pero si la competencia sobre la propia competencia, tanto la del Estado como la de los titulares de Derechos Históricos originarios, se encuentra, en virtud del pacto, limitada a la hora de decidir por el necesario acuerdo con el otro; esto es, si la decisión es una codecisión, la competencia sobre la propia competencia es una competencia compartida y la soberanía una cosoberanía.

No es distinta la conclusión a que se llega aplicando al caso la categoría de inmunidad, de antecedentes en el viejo derecho foral y, a juicio de los teóricos del derecho, compatible con el moderno Estado constitucional. La inmunidad de un actor —dice Laporta<sup>39</sup>— se corresponde con o es equivalente a la no-competencia o no-poder de otro actor, es decir que cuando un actor cualquiera es inmune jurídicamente respecto de otro, eso significa que este otro carece de la competencia necesaria para producir un cambio legal adverso en el status del primero. Y, tras señalar que esta es la característica del régimen foral del que los derechos históricos traen causa, afirma que ello supone «una apelación tácita a la negociación y al acuerdo entre poderes». Oponer inmunidad a sujeción y deducir de la no sujeción la coordinación mediante la negociación y el pacto es lo mismo que hablar de cosoberanía. Pero esta última palabra tiene lo que los lógicos del lenguaje llamaron un halo emotivo, útil a la hora de movilizar y encauzar los afectos y aún las pasiones, algo de lo que no puede prescindir el jurista que pretenda ser útil a la hora de resolver conflictos eminentemente pasionales.

En la disyuntiva entre decisionismo y normativismo que tan brillantemente proyectara en la historia del derecho español Lalinde Abadía<sup>40</sup>, es claro que la idea de ley paccionada corresponde al segundo y tiene tanto más vigor cuanto que se trata de articular cuerpos políticos normativizados. Si bien Lalinde diagnóstica y augura el ocaso del normativismo ante un decisionismo, por democrático, no menos unilateral, heterónomo y motorizado y no faltan argumentos para darle la razón, las recientes transformaciones del derecho público permiten vislumbrar un renacimiento del normativismo historicista, siempre que el adjetivo se remita a la historicidad, más que a la historia y en el sustantivo se incluyan las nuevas formas de creación del derecho.

3. Ahora bien, aun demostrada la compatibilidad entre esta interpretación existencial de los Derechos Históricos y su consecuencia pactista, cabe plantear cual sea, a la altura de nuestro tiempo, su utilidad. ¿No son, acaso, expresión de

<sup>39</sup> *Op. cit.*, p. 30 siguiendo las categorías de HOFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. esp. Buenos Aires, 1964.

<sup>40</sup> Cf. «La creación del derecho...» cit., p. 301 ss., y también *Iniciación histórica del Derecho español*, Barcelona (Ariel), 1970 y *Derecho histórico español*, Barcelona (Ariel) 1974.

una concepción arcaica del derecho, definitivamente arrumbada por la racionalización inherente al moderno constitucionalismo? E, incluso admitiendo su función democratizadora de antiguos marcos institucionales y de matriz de reivindicaciones nacionales ¿No han cumplido ya su función y pueden considerarse cancelados como el mito lo es por la razón? Porque, en efecto tal es la cuestión cuando de categorías jurídicas se trata. O son útiles instrumentos a la hora de explicar la realidad y permitir manipularla o merecen ser desechados como chatarra inservible. Las categorías son herramientas y la utilidad es su único criterio de valoración. Por ello he insistido en el concepto de «constitucionalismo útil».

Creo que el pensamiento contemporáneo, al redescubrir la historicidad y lo que ello supone de singularidad, temporalidad y afectividad, supero la radical separación que el racionalismo había introducido entre razón y vida —el viejo «tema de nuestro tiempo» orteguiano— y revalorizado, también en la teoría del Estado y del derecho, lo que suponen las formas simbólicas y las virtudes de la ambigüedad. Todo ello poco moderno, si por tal se entienden las brillantes doctrinas acuñadas en la Iª Postguerra, pero, siguiendo de nuevo a Ortega, muy propio de nuestro siglo, porque, en efecto, la utilidad de los Derechos Históricos se despliega en una triple dimensión: política, técnica y simbólica

En primer lugar, una mera consideración de táctica tanto dogmática (si se me permite conciliar ambos términos), como política. Desde la primera perspectiva, me remito a la lucida distinción entre la concepción racional-normativista y la concepción historicista del derecho que Laporta, en su ya citado estudio, ha traído a colación para situar la polémica en torno a la interpretación de la Adicional en cuestión. Mientras a la primera concepción corresponde una idea del derecho como deber ser expresado en ordenamiento lógicamente cerrado, basado en la Constitución, en la segunda el derecho histórico aparece como un ser, ajeno a la propia Constitución, con propia fuerza normativa. A mi entender, entre ambas concepciones se pueden tender puentes y en el trabajo de Laporta hay elementos para ello, al reconocer que el deber ser normativo de la Constitución se abre y remite al ser de los derechos históricos. Nada se quita a éstos, puesto que se les reconoce y ampara ni para nada se niega el valor de aquella, puesto que de sus normas deriva el amparo y reconocimiento.

Desde la segunda perspectiva, la mención de los Derechos Históricos, en la interpretación existencial que de los mismos he propuesto como fundamento y horizonte del autogobierno, constituyen un posible punto de encuentro entre visiones en apariencia antagónicas de España y de sus diferentes identidades. La ambigüedad de su significado es, así, una baza para el acuerdo. De la misma manera que la Adicional Primera de la Constitución, por su condición de Adicional, permitiría que, a través de ella, acepten la Constitución quienes consideran los propios Derechos Históricos su única Constitución y los mismos Derechos Históricos se aceptasen por quines se declaran constitucionalistas.

Y, pasando de la táctica a la estrategia, la concepción de los Derechos Históricos que acabo de esbozar supone el reconocimiento de diferentes cuerpos políticos, incluso de carácter nacional, puesto que en ellos hay una conciencia de nación. Pero al fundamentar su identidad presente en la respectiva historia, la vuelve indisponible porque los inserta necesariamente en la España politerritorial anterior a la Nueva Planta y a la abolición foral.

En segundo término, la utilidad técnica de los Derechos Históricos se proyecta, a su vez, en tres dimensiones. Por una parte, la singularidad de los Derechos Históricos permite fundamentar sobre ellos autogobiernos asimétricos que es lo que requiere la asimetría nacional española.

De otra, los Derechos Históricos no son un residuo, más o menos retórico añadido a las autonomías, sino que aparecen como causa eficiente, formal y final de las mismas que en ellos se basan. Eficiente, porque de ellos traen origen; formal, como se expresa en su articulación; final, porque la reintegración de los mismos se menciona expresamente como meta del régimen estatutario. Tres notas que quedan claras desde el Estatuto Vasco al nuevo Estatuto catalán, pasando por el de 1979 o el Amejoramiento del Fuero navarro y que tienen la mayor importancia si se extraen de ellas todas sus consecuencias. La invocación de los Derechos históricos (o de la reintegración foral plena) ha sido, en la historia preestaturaria vasca e, incluso, en las actuales adicionales del Estatuto del País Vasco y del Amejoramiento navarro tal como las interpreta la tesis adversa a los mismos, otras tantas descalificaciones de las cotas de autogobierno establecido en dichos instrumentos. Cualquiera que sea dicho autogobierno, la reserva de derechos históricos lo hace insatisfactorio, al menos potencialmente. Sí, por el contrario, los Estatutos se fundamentan en los Derechos Históricos y los actualizan plenamente, su mención ya no descalifica el autogobierno estatuario, sino que lo cimenta y blindo frente a reivindicaciones expansivas y pretensiones involucionistas.

En fín, la proyección pacticia de los Derechos históricos permite expresar simbólicamente la integración voluntaria de sus titulares en el Estado común y garantiza a ambas partes frente a una alteración unilateral de su posición en el mismo.

Y, tercero ¿En que consiste este valor simbólico del pacto? Nada mejor, para esclarecerlo que atender a las palabras de quien propuso su utilización en las Cortes constituyentes. «Somos perfectamente conscientes —decía Xabier Arzallus en el Congreso de los Diputados— de que la idea de pacto produce en muchos algo así como si aquí viniéramos a discutir de tu a tu con el Estado un determinado territorio. Y, sin embargo, no es así. Es simplemente la afirmación de que el Estado, el Reino, se formo de una manera determinada. Esa manera determinada que realmente daba satisfacción por lo menos a esos ámbitos del país que se vieron distorsionados unilateralmente, esa manera de

integración ha de ser reproducida para que efectivamente el Estado... a través de una fórmula de siglos, pueda encontrar un acomodo, una integración consensuada y pacífica»<sup>41</sup>.

No se trata, por lo tanto de un pacto inter-partes, como sería el caso de un tratado internacional, algo que curiosamente, han reivindicado numerosos foralistas navarros de cuyo españolismo no se ha dudado nunca, sino de un pacto supra-partes porque no se da con el Estado sino en el Estado. No se trata de un pacto contrato, sino de un pacto de unión de voluntades en el que todas las partes acceden a una forma de vida, un concepto, dígase lo que se diga, ciertamente nada confuso en teoría general del derecho, al menos a partir de Binding. No se trata en fin de un pacto histórico, ni remoto, puesto que, a la altura de nuestro tiempo, no proceden las justificaciones míticas, ni próximo, aunque, los titulares de Derechos Históricos, si no fueron sujetos del proceso constituyente, si se encontraron entre sus actores.

No faltará quien interprete esta serie de caracterizaciones negativas como un artificio destinado a escamotear el derecho a decidir y que, en todo caso, deja sin contenido al principio pacticio. Y, en efecto, volviendo a las categorías del historiador Lalinde, el normativismo al que los Derechos Históricos parecen vinculados se opone al decisionismo tanto estatal como periférico. Los Derechos Históricos que excluyen la decisión unilateral del legislador, del gobernante y aún del interprete estatal —incluido, a mi juicio, el del juez constitucional—, no habilitan tampoco, antes al contrario, la decisión unilateral de su titular que ni puede disponer de ellos ni prescindir del pacto que de ellos se deduce. Los Derechos Históricos garantizan, por lo tanto, frente a la decisión ajena, pero limitan también la propia y obligan a ambas partes a la negociación y acuerdo permanentes.

Los Derechos Históricos que no son una decisión, tampoco son una norma, sin perjuicio de que su concreción suponga, entre otras cosas, múltiples conjuntos normativos. Prueba de ello es que el derecho civil propio que, frente al catalán, el legislador vasco todavía denomina foral, o el régimen económico de convenio o concierto, solamente como derecho histórico, esto es como elemento de un conjunto, cobra sentido y como tal es defendible, v.gr. frente a las instancias de la Unión Europea<sup>42</sup>.

En consecuencia, los Derechos históricos que no son una decisión, aunque su actualización requiera múltiples decisiones, y tampoco son una norma, aunque se concreten, al actualizarlos, en múltiples normas, solamente pueden ser

---

<sup>41</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Comisión de Asuntos Constitucionales) 20 de Junio de 1978*, pp. 3.494-b ss.

<sup>42</sup> Cf. EZEIZABARRENA, *Los Derechos Históricos de Euskadi y Navarra ante el Derecho Comunitario*, Zarauz (Eusko Ikaskuntza), 2003, pp. 40 ss.

comprendidos e interpretados como ordenes concretos<sup>43</sup> a cuya configuración concurren instituciones civiles y públicas, principios generales, tradiciones jurídicas vivas y, en no pequeña medida imaginarios políticos cargados de afectividad colectiva y, en consecuencia, de dinamismo, algo perfectamente lógico en una sociedad abierta al futuro tanto como a su propio pasado. Este orden concreto es el que da sentido a las normas que en él se integran y condiciona las decisiones que la vitalidad del mismo exige. Un orden concreto que se corresponde a la singularidad histórica que hay detrás: el cuerpo político del que el grupo normativo no es más que la epidermis y a cuya expresión simbólica concurre.

Ello permite dar un significado muy concreto al pacto, a pesar de las caracterizaciones negativas atrás expuestas. El pacto que no es histórico, sino lógico, que no es contractual, sino de unión, que no es inter-partes o «con» el Estado sino supra-partes y «en» el Estado, es la expresión simbólica de una relación voluntaria, bilateral, irrevocable y estable que determina la situación en el Estado común de un cuerpo político distinto y separado, de una «anexa pars»<sup>44</sup>.

El que la Corona, símbolo de la unidad y permanencia del Estado (art. 56,1 CE) sea el referente de dicho pacto no es sino la culminación de su carácter simbólico. «Efectivamente —decía Arzallus en las Cortes— cuando yo hablo de pacto con la Corona no estoy hablando de un trato directo con Su Majestad el Rey... He enunciado el hecho de que cuando se restaura una Monarquía puede ser perfectamente, sin que gobierne... pueda ser representativa también de una estructura íntima e interna del Estado»<sup>45</sup>. Precisamente la Monarquía puede significar no solo una forma de la Jefatura del Estado, esto es una forma de gobierno como fue el caso de la Constitución española de 1869, sino como dice el art. 1,3 CE una «forma política del Estado», esto es, la articulación en una entidad dotada de instituciones comunes de una pluralidad de entidades y cuerpos políticos<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Cf. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburgo, 1934. Me remito a *Derechos históricos y Constitución*, pp. 328 ss.

<sup>44</sup> Éste sería el engarce de lo hasta aquí dicho y la categoría de fragmentos de Estado acuñada por Jellinek en 1898 y que yo he contribuido a restaurar (cf. JELLINEK, *Fragmentos de Estado* trad. esp., Madrid, Civitas, 1978).

<sup>45</sup> *Diario de Sesiones...* cit. 9 de Mayo de 1978, p. 2115-a Vd. 5 de Mayo de 1978 p. 2063 ss en especial p. 2065-b. Cf. mi trabajo «El Pacto con la Corona ¿Ocasión perdida u opción abierta?», en *Estudios de Deusto. Homenaje al Profesor Don Pablo Lucas Verdú*, 51/1 enero-junio 2003, pp. 211 y ss.

<sup>46</sup> Cf. mi contribución en *Cuadernos de historia del derecho. Homenaje al Profesor Dr. D. José Manuel Pérez Prendes Muñoz de Arraco*, Madrid (Universidad Complutense), 2004, pp. 147 ss.