UNIVERSIDAD DE DEUSTO

EL SIGNIFICADO JURÍDICO INTEGRAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA VASCO ANTE EL NORMATIVISMO Y EL INSTITUCIONISMO

Tesis doctoral presentada por D. Javier CAÑO MORENO

Dirigida por el Dr. D. Pablo LUCAS VERDÚ

El Director

El Doctorando

Bilbao, diciembre de 1995

ABREVIATURAS

ANV:	Acción Nacionalista Vasca.
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
CAP:	Capítulo.
CAV:	Comunidad Autónoma Vasca.
CE:	Constitución Española.
CEC:	Centro de Estudios Constitucionales.
CITEP:	Centro de Investigaciones y Técnicas Políticas.
DA:	Disposición Adicional.
DT:	Disposiicón Transitoria.
EACL:	Estatuto de Autonomía de Castilla y León.
EAPV:	Estatuto de Autonomía del País Vasco.
FJ:	Fundamento Jurídico.
IEAL:	Instituto de Estudios de Administración Local.
INEM:	Instituto Nacional de Empleo.
IVAP:	Instituto Vasco de Administración Pública.
LOAPA:	Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autónomico.
LOFCA:	Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LORARFNA:	Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.
LPA:	Ley del Proceso Autónomico.
LTH:	Ley de Territorios Históricos.
MAP:	Ministerio para las Administraciones Públicas.
RD:	Real Decreto.
REV. Dº POLÍTICO:	Revista de Derecho Político.
REP:	Revista de Estudios Políticos.
REV:	Revista.
RO:	Real Orden.
RSBAP:	Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
T:	Título.
TC:	Tribunal Constitucional.

INDICE

Abreviaturas I

INTRODUCCIÓN XV

TÍTULO PRIMERO: SIGNIFICADO JURÍDICO INTEGRAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DEL PAÍS VASCO O TEORÍA PREPOSICIONAL DEL ESTATUTO

INTRODUCCIÓN 3

CAPÍTULO I: EL ESTATUTO COMO ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS FORALES Y CULMINACIÓN DEL PROCESO INSTITUCIONAL HISTÓRICO

I. Consideraciones sobre la función y razón de ser del Estatuto 17

II. Prenotandos sobre el proceso institucional histórico 30

III. Significado Institucional de la Foralidad 35
1. Carácter autónomo y originario del Régimen Foral 37
2. Cáracter evolutivo de la Foralidad. El proceso institucional 40
3. Notas sobre el sistema institucional o institucionalización interna . . 45
3.1. Organización y contenido institucional 46
3.2. Instituciones forales de protección y garantía 55
3.3. Teoría Foral y defensa institucional 59
4. La institucionalización externa: relaciones Señorío-Corona 61
4.1. La Institución Señorial: los Señores-Nobles 61
4.2. Los Señores-Reyes 64
4.3. Relaciones Institucionales Señorío-Corona 66
4.3.1. Siglo XV 67
4.3.2. Siglo XVI 69
4.3.3. Siglo XVII 73
4.3.4. Siglo XVIII 76
4.3.5. Siglo XIX 80
5. La integración social del sistema foral o adecuación social interna . 82
6. Foralidad y Teoría Foral 88
Conclusiones 89

IV. Crisis institucional y Reforma Foral. Fueros y Unidad Constitucional en el siglo XIX 95
1. El problema 95

2. Excurso sobre compatibilidad teórica Fueros-Unidad Constitucional 103
3. Modelo y praxis de convivencia de los principios de Unidad y Fueros en las leyes de 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876 (1839-1876) 108
3.1. La Ley de 25 de octubre de 1839 como modelo 111
3.2. Praxis institucional y Ley de 21 de julio de 1876 120
Conclusiones 135

V. El nuevo proceso institucional (1876-1978) 138
1. La transigencia: del Régimen económico-administrativo concertado a la reintegración foral 142
1.1. Los Conciertos Económicos 142
1.2. El Régimen administrative 145
1.3. La Liga Foral de 1905 y la Reintegración Foral 147
2. La intransigencia: de la reintegración foral al Nacionalismo y al autonomismo 148
2.1. La reintegración foral y la Sociedad Euskalerría 148
2.2. El Nacionalismo 152
2.3. El Autonomismo 155
3. El Mensaje de las Diputaciones Vascas de 1917: autonomía y derechos históricos 157
4. Autonomía y derechos históricos 163
4.1. Significado y alcance de la invocación de los derechos históricos en 1917 165
5. Autonomía y derechos históricos en los Estatutos de la II República 171
6. Autonomía y derechos históricos en la Constitución de 1978 y en el Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 175
6.1. Los derechos históricos en la Constitución y el Estatuto . 182
6.1.1. La "idea" de derechos históricos 184
6.1.2. El concepto jurídico-constitucional de derechos históricos en el "marco" de la Constitución . . . 193
6.1.3. La actualización de los derechos históricos en el marco de los Estatutos 200
6.2. Los derechos históricos en la Doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 209
6.2.1. Los derechos históricos en la Doctrina 210
6.2.2. Los derechos históricos en la Jurisprudencia constitucional 226
Conclusiones 227

CAPÍTULO II: EL ESTATUTO COMO NORMA JURÍDICA: CONCEPTO NATURALEZA Y CONTENIDO 235

INTRODUCCIÓN 237

I. Concepto de Estatuto 242
1. Acepciones del término Estatuto 242
2. Referencias constitucionales y estatutarias al término "estatuto" . . . 250
3. Concepto legal de Estatuto 252
3.1. El Estatuto como ley formal en la Jerarquía de Fuentes . . 253
3.2. El Estatuto como norma material en el sistema de Fuentes de Creación del Derecho 256
3.3. El Estatuto como norma institucional 263
3.4. El Estatuto como norma actualizadora del Régimen Foral 270

II. Naturaleza Jurídica del Estatuto 271
1. El Estatuto como ley estatal 271
2. El Estatuto como norma autonómica 275
3. Naturaleza pactada del Estatuto 278
4. El Estatuto como acto complejo 281
5. Naturaleza jurídica mixta de los Estatutos 283
6. Conclusiones 285

III. Contenido del Estatuto 294
1. Contenidos mínimos 294
2. Orden sistemático de materias 294
3. Diversidad de "status" y de contenidos estatutarios 295
4. Los contenidos estatutarios como expresión del "status" nacionalitario y foral 297

CAPÍTULO III: EFICACIA Y FINALIDAD DEL ESTATUTO 303

Introducción 305

I. Posiciones doctrinales en torno al fin y eficacia social del Derecho . . 307

II. La finalidad y la eficacia como exigencias constitucionales 314

III. La finalidad y la eficacia social como exigencias estatutarias 320

CAPÍTULO IV: EL SIGNIFICADO JURÍDICO INTEGRAL COMO TEORÍA PREPOSICIONAL DEL ESTATUTO 325

1. El Estatuto en la encrucijada 327
2. Teoría preposicional del Estatuto 329
3. Concepto *"de"* Estatuto 333
4. Concepto de Estatuto *"en"* la Constitución de 1978 y *"en"* el Estatuto de Autonomía Vasco 335
   - 4.1. El concepto de Estatuto *"en"* el contexto general constitucional y estatutario 335
   - 4.2. Concepto, naturaleza y contenido del Estatuto *"en"* el Título VIII de la Constitución y *"en"* el Estatuto de Autonomía 337
   - 4.3. Concepto, naturaleza y contenido del Estatuto Vasco *"en"* las Disposiciones Adicional Primera de la Constitución y Adicional única del Estatuto 343
5. Concepto *"sobre"* el Estatuto: finalidad, inspiración valorativa y eficacia social 350

TÍTULO SEGUNDO: EL NORMATIVISMO Y EL INSTITUCIONISMO COMO CONCEPCIONES DEL DERECHO

INTRODUCCIÓN 357
1. Presupuestos metodológicos 358
   - 1.1. Realismo metódico 358
   - 1.2. Explicación integral y suficiente 360
2. Objeto y método de la Ciencia Jurídica 362
   - 2.1. Objeto 363
   - 2.2. El método como lógica material aplicada y realista 364
3. Direcciones metodológicas del Pensamiento Jurídico 367
4. Normativismo e Institucionismo 368

CAPÍTULO I: EL NORMATIVISMO 373

Introducción 375

I. El Positivismo Jurídico como concepción del Derecho, de la Norma y de la Ciencia Jurídica 377
1. Concepción del Derecho 377
2. Concepción de la Norma: diferentes clases de Positivismo 380
3. Concepción científica del Derecho 381

II. El Positivismo en la Ciencia Jurídica del Derecho Privado del s. XIX 384
1. Evolución del pensamiento jurídico desde el Positivismo legalista al conceptualismo dogmático 384
1.1. La Escuela de la exégesis 385
1.2. La Escuela Histórica del Derecho: SAVIGNY 386
1.3. La Jurisprudencia de conceptos y Dogmática Jurídica: IHERING y WINDSCHEID 389
2. Intentos de superación del conceptualismo dogmático desde el Positivismo jurídico 393
2.1. La Jurisprudencia finalista del segundo IHERING 394
2.2. La Jurisprudencia de Intereses: HECK y STOLL 397

III. Del Positivismo dogmático al Normativismo puro en la Ciencia del Derecho Público alemán: GERBER, LABAND, JELLINEK y KELSEN 400
1. La Dogmática del Derecho Público de GERBER y LABAND 401
2. El dualismo metodológico y la doble faceta del Estado de JELLINEK 404
3. El Normativismo de KELSEN 409
3.1. Presupuestos filosóficos: el neokantismo 410
3.2. La oposición ser-deber ser 412
3.3. Concepción del Derecho: positividad e idealidad 414
3.4. Concepción de la Norma: imperativo y juicio lógico . . . 415
3.5. El objeto de la Ciencia del Derecho: la regla del derecho 416
3.6. El "método crea el objeto" 417
3.7. Construcción jurídica de la teoría pura del Derecho 418

IV. La Dogmática del Derecho Público en Francia e Italia 422

V. El Normativismo y el Estatuto Vasco 424
1. El Estatuto como actualización de los derechos históricos y el Normativismo 425
2. El Estatuto como norma institucional básica y el Normativismo . . 427
3. El Normativismo ante la finalidad y eficacia del Estatuto 430

CAPÍTULO II: EL INSTITUCIONISMO 435

Introducción 437
1. El contexto filosófico: recuperación de la Metafísica y resurgimiento de la Filosofía del Derecho en el s. XX 438
1.1. La recuperación de la Metafísica: Vitalismo, Fenomenología Filosofía de los valores, Existencialismo, Realismo y Neotomismo 439

1.2. El resurgimiento de la Filosofía del Derecho: Fenomenología, Realismo crítico, Filosofía de los valores y de la cultura, Jusnaturalismo, Idealismo ético-objetivo, Idealismo absoluto, Neohegelianismo, Neotomismo y Axiología . 442
2. El contexto jurídico: las nuevas direcciones metodológicas de la Ciencia del Derecho en el siglo XX 446
2.1. El origen del sociologismo, finalismo, judicialismo y Derecho libre en F. GENY 447
2.2. El sociologismo jurídico: DUGUIT, HAURIOU, JEZE y EARLICH 448
2.3. Realismo, judicialismo y Derecho libre: KANTOROWICZ 451
2.4. Direcciones finalistas: WINDELBAND y TRIEPEL 452

I. El Pensamiento Institucional de M. HAURIOU 453
1. La teoría institucional de M. HAURIOU 453
1.1. Contexto general 453
1.2. las instituciones sociales 456
1.2.1. El origen y la era de las instituciones 456
1.2.2. Institución y orden constitucional 458
1.2.3. Concepto de institución social 459
1.2.4. Institución y regla de derecho 461
1.3. Teoría jurídica de la Institución 463
1.3.1. Concepto jurídico de Institución 466
1.3.2. Anatomía de las instituciones corporativas o persona 467
1.3.3. Proceso fundacional y fisiología institucional . . 469
1.3.4. La regla de derecho o institución-cosa 470
1.3.5. Principales aportaciones de HAURIOU 471
2. Influjos y reflejos de la Teoría Institucional de HAURIOU 475
2.1. Influjos: GURVICHT, RENARD y DÉLOS 476
2.1.1. GURVICHT: Los hechos normativos 476
2.1.2. RENARD y DELOS: Concepción institucional y analógica del Derecho 477
2.2. Reflejos 482

II. La concepción institucional de SANTI ROMANO 487
1. Características generales de su pensamiento 489
1.1. Preocupación metodológica 489
1.2. Realismo jurídico 490
1.3. La institución como concepto jurídico articulador de la realidad 490
1.4. Superación del normativismo formalista y estatalista 491
2. El Derecho como Ordenamiento e Institución 492
2.1. El Derecho como ordenamiento 492

2.2. El Derecho como Institución 494
2.3. Concepto de Institución 495
2.4. Pluralidad y relación de Ordenamientos 496
3. Influjos del Pensamiento de S. ROMANO 497

CAPÍTULO TERCERO: APORTACIONES DE C. SCHMITT, H. HELLER Y R. SMEND 503

I. C. SCHMITT: "decisionismo", "garantía institucional" y "pensamiento de los órdenes concretos" 505
1. Consideraciones generales 505
2. La Constitución como decisión 507
3. Los derechos fundamentales, la garantía institucional y la teoría de los órdenes concretos o pensamiento ordinalista 509

II. H. HELLER: El Derecho y el Estado en el contexto dialéctico de la realidad social 513
1. Consideraciones generales 513
2. Objeto y método de la Ciencia Política y Jurídica 514
3. Realidad Social y Estado 515
3.1. El Estado y la geografía 516
3.2. El Estado y el pueblo o nación 516
3.3. El Estado, la Economía y la Opinión Pública 517
3.4. El Estado y el Derecho 517
4. Concepto y clases de Constitución 518
4.1. Constitución política y real: normalidad y normatividad . 518
4.2. Constitución jurídica destacada 521
4.3. Constitución escrita 523

III. La Teoría de la Integración de R. SMEND 524
1. Consideraciones generales 524
2. El Estado como proceso de integración personal, funcional y material. Teoría material del Estado 524
2.1. La integración personal 526
2.2. La integración funcional 526
2.3. La integración material 527
3. La Teoría Jurídica del Estado 527
3.1. Naturaleza de la Constitución 527
3.2. Interpretación flexible, extensiva y elástica de la Constitución 528
3.3. Interpretación de la Constitución en su conjunto 529
3.4. Eficacia integradora de las Constituciones 531

IV. Valoración global de las concepciones jurídicas expuestas, en función de su aplicabilidad al Estatuto Vasco 533

TÍTULO III: CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN NORMATIVO-INSTITUCIONAL DEL ESTATUTO: TEORÍA Y PRAXIS

INTRODUCCIÓN 539

CAPÍTULO I. ANÁLISIS DE LA FORALIDAD DESDE EL INSTITUCIONISMO DE M. HAURIOU Y DE S. ROMANO 543

Introducción 545

I. La Foralidad a la luz de la Teoría de la Institución de M. HAURIOU 546
1. La Foralidad como Institución Social 546
2. La Foralidad como Institución Jurídica 547
2.1. Fundación consuetudinaria y refundación legal 548
2.2. Anatomía institucional de la Foralidad 548
2.2.1. La "*idea*" de la Foralidad 549
2.2.2. El "*poder*" foral organizado 550
2.2.3. Aceptación y arraigo social de la Foralidad . . . 550
2.3. Fisiología institucional de la Foralidad 551
2.3.1. Duración, continuidad y crisis foral 551
2.3.2. Acomodación y abolición foral 554

II. La Foralidad desde la concepción institucional de S. ROMANO 556
1. La Foralidad como Ordenamiento 556
2. El Régimen Foral como Ordenamiento jurídico 557
3. La Foralidad como Institución 557
4. Relaciones entre el Ordenamiento foral y el de la Corona de Castilla 558

CAPÍTULO II: CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA 563

INTRODUCCIÓN 565

I. Análisis institucional del proceso histórico: 1876-1979 566
1. El proceso de institucionalización social de la "*idea*" de Foralidad . 566
2. El Régimen de Conciertos como sistema normativo con aspiraciones de institucionalización social 568
3. Convergencia de procesos institucionales 569
4. El Estatuto de 1936 como operación de fundación jurídica formal . 570
5. Reanudación social del tracto institucional 570
6. Reconocimiento institucional del Régimen Foral por la Constitución de 1978 571

II. La concepción institucional del estatuto a través de su articulo 1º . . . 573
1. Importancia y valor jurídico del artículo 1º del EAPV 575
1.1. Antecedentes 575
1.2. Posición en el Título Preliminar 578
2. Estructura y contenido del artículo 1º del EAPV 580
2.1. La declaración de voluntad como decisión constituyente, instituyente y estatuyente 581
2.2. El Pueblo Vasco como sujeto preconstitucional del poder constituyente, instituyente y estatuyente 584
2.3. Contenido valorativo: fines, valores y objetivos 586
2.3.1. El autogobierno como fin y valor 587
2.3.2. El autogobierno como valor y la autonomía como principio 588
2.4. Creación y constitución de la Comunidad Autónoma . . . 591
2.5. La articulación normativa 592
3. Análisis y significado institucional del artículo 1º del EAPV a la luz de las concepciones de HAURIOU 594
3.1. La primera parte del artículo 1º: el proceso social, la fundación jurídica y la anatomía de la Comunidad Autónoma como Institución-persona 594
3.1.1. Proceso de fundación y maduración social de la Institución 595
3.1.2. Fundación jurídica formal y nacimiento de la Comunidad Autónoma Vasca 596
3.1.3. Anatomía institucional 597
3.2. El Estatuto como norma institucional o institución-cosa . . 599
3.3. Relaciones entre institución y norma institucional o institución-persona e institución-cosa 601

4. El Estatuto como organización, ordenamiento e institución, según la concepción institucional de S. ROMANO 606
4.1. Como organización 607
4.2. Como ordenamiento jurídico 608
4.3. Como institución 608
4.4. Relaciones entre el Ordenamiento estatal y el autonómico 609

CAPÍTULO III :INTERPRETACIÓN NORMATIVO-INSTITUCIONAL DEL ESTATUTO 613

Introducción 615

I. Exigencias interpretativas derivadas de la consideración del Estatuto como institución 617
1. La interpretación institucional como garantía de duración y de subsistencia de la institución 618
2. La interpretación institucional y la eficacia y finalidad del Estatuto 619
3. Modelo, praxis y aceptación social 620

II. Exigencias interpretativas derivadas del Estatuto como norma 622
1. Peculiaridades de la interpretación constitucional y estatutaria 623
2. El artículo 3.1 del Código Civil y los métodos de interpretación constitucional 625
2.1. El Texto de la norma 626
2.2. Debates parlamentarios e historia 627
2.3. La lógica jurídica y la razón 628
2.4. La Jurisprudencia de valores 630
2.5. La estructura del poder 630

III. Interpretación normativo-institucional del Estatuto 632

CAPÍTULO IV: MODELO Y PRAXIS INSTITUCIONAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA VASCO 637

I. La Constitución y el Estatuto como modelos legales, abiertos, flexibles y equilibrados 640
1. El modelo constitucional 640
2. La visualización del equilibrio del modelo estatutario a través del artículo 1º del EAPV 644

II. La praxis constitucional y estatutaria como desequilibrio alternativo de los modelos legales 646
1. Interpretación político-jurídica, finalista, voluntarista y pactista del Estatuto: 1979-1981 647
2.Intermedio: reconducción político-jurídica del desarrollo constitucional y estatutario 653
2.1. Congelación del desarrollo estatutario, formulación de propuestas estatales, Informe de Expertos, LOAPA y Pactos Autonómicos 654
2.1.1. La Comisión de Expertos 655
2.1.2. El Informe de la Comisión 659
2.1.3. LOAPA y Pactos Autonómicos 663
2.2. La reacción autonómica 664
2.2.1. El debate doctrinal 664
2.2.2. Dictámenes sobre constitucionalidad de la LOAPA 667
2.3. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 5-8-1983 . . . 671
3. La Ley del Proceso Autonómico -LPA- como mutación constitucional 675
4. La interpretación normológica y la praxis estatutaria a partir de la STC de 5 de agosto de 1983. Ejemplos 677
4.1. Revisión doctrinal y jurisprudencial de la tipología competencial autonómica 678
4.2. El concepto de "*bases*" 683
4.3. Las normas delimitadoras de competencias y el caso de la Ley Ordinaria del Poder Judicial (LOPJ) 687
4.4. La integración territorial de la Comunidad Autónoma . . . 692
Conclusiones 696

III. Recuperación del equilibrio normativo-institucional 702
1. Diagnóstico institucional 703
2. Recuperación del equilibrio y superación de la encrucijada institucional mediante la función mediadora del Derecho 708

CONCLUSIONES 713

BIBLIOGRAFÍA 733

INTRODUCCIÓN

Antes de afrontar el desarrollo de la tesis, considero conveniente adjuntar una breve introducción explicativa sobre las motivaciones, método, materiales, fuentes utilizadas, así como de la estructura y desarrollo del presente estudio.

1. Justificación y motivos

El Estatuto de Autonomía del País Vasco ha sido objeto de muy diversos estudios y análisis teóricos y ha pasado, al menos, por dos etapas diferentes en su desarrollo y aplicación práctica. En este sentido pueden distinguirse la etapa política del Estatuto que cubre el período 1979-1981, y la etapa jurídica que, tras superar una fase de congelación estratégica, política y doctrinal, llega hasta nuestros días.

La primera de ellas se caracterizó por una interpretación y desarrollo estatutarios fuertemente impregnados por el espíritu de negociación política que presidió la elaboración y aprobación del texto, así como por el consenso político y social manifestado en el Referéndum de 25 de octubre de 1979. Este desarrollo inicial se destacó por la permanente invocación a los pactos, conversaciones y acuerdos políticos, como base para fijar el alcance y contenido interpretativos de sus preceptos. En esta fase inicial de fuerte protagonismo político se propugnó una interpretación competencial extensiva y los conflictos se solventaron, mayormente, mediante el recurso a la voluntad política y sobre la base de alegaciones funcionales y finalistas al Estatuto como medio o instrumento de normalización política.

A partir de 1981, las fechas siempre tienen algo de convencional, se produjo un giro importante en la consideración del Estatuto. Aunque la coyuntura política no fue ajena a este cambio, se operó un enfriamiento valorativo del Estatuto y se generalizó una tendencia reductora del fenómeno estatutario a dimensiones estrictamente jurídico-

normativas, con indisimulada pretensión de expulsar de su consideración elementos o condicionantes históricos y finalistas.

Aunque este cambio se presentó por algunos juristas como reivindicación autónoma de la Ciencia del Derecho, históricamente es demostrable que tuvo su origen en el impulso político motivado por el nerviosismo y preocupación política del momento. La incógnita sobre los auténticos límites de las pretensiones autonómicas de las nacionalidades históricas, agravada con el intento de involución política, aconsejaron a los responsables gubernamentales la reconducción del proceso autonómico mediante el recurso a su racionalización jurídica. A tal fin encomendaron la labor a un grupo de expertos juristas cuyas tesis críticas con el protagonismo político en la confección y contenido del modelo autonómico ya fueron puestas de relieve en el período constituyente, aunque a la postre resultaron desoídas y derrotadas, generándose un revanchismo profesional dirigido a implantar el *"juridicismo"* versus *"politicismo"*.

La confluencia de las preocupaciones gubernamentales con el descontento doctrinal tuvo como resultado un giro político-jurídico que se materializó en el llamado Informe de Expertos y se concretó en el Proyecto de LOAPA y los Pactos Autonómicos.

Si en un primer momento el Estatuto como norma quedó reducido a una consideración meramente instrumental al servicio de finalidades y objetivos socio-políticos, en el siguiente, su interpretación y desarrollo fue objeto de un monopolio jurídico-normativo rescatándose al Estatuto para el ámbito exclusivo de la Ciencia Jurídica en versión marcadamente normativista.

En definitiva, de considerar al Estatuto como *"medio para"* se pasó a través de una concepción normativa estricta a configurarlo como una *"norma en sí y para sí"*, como un *"deber ser"* puro con escaso o nulo anclaje en la realidad social e histórica, fruto de un proceso histórico penetrante –*"penetración de la historicidad"* según LUCAS VERDÚ– con pretensiones de institucionalización social y sentido finalista y

teleológico concreto.

Ambas concepciones del Estatuto son fragmentarias, por lo que hace tiempo me propuse como meta, hoy objeto de la tesis doctoral que presento, el análisis y la investigación del significado del Estatuto como fenómeno o realidad jurídica integral, ser y deber ser, para, una vez establecida tal realidad, ensayar su inserción y explicación desde la/las concepciones jurídicas que mejor se ajustasen a ella, dentro del ámbito del Pensamiento jurídico.

Todo quehacer intelectual o científico auténtico parte generalmente de la curiosidad, de la duda, de la preocupación o de la necesidad sentida de dar respuesta a una situación. En mi caso, la reflexión jurídica propuesta, parte, además, de una vivencia personal. Desde 1979 hasta 1991 me ha correspondido, prácticamente sin interrupción, participar en los principales acontecimientos institucionales del País Vasco. Con mi incorporación en julio de 1979 al Consejo General del País Vasco en calidad de Secretario General, asistí a la última fase de negociación del Estatuto, a la preparación del Referéndum estatutario de 25 de octubre, a la ratificación y aprobación del Estatuto por las Cortes Generales y a la preparación y celebración de las primeras elecciones al Parlamento Vasco.

Designado Consejero de Presidencia del primer Gobierno Vasco en 1980, me correspondió la participación y responsabilidad directa en el montaje institucional y administrativo de la Comunidad hasta 1984. Como miembro de la Comisión Mixta de Transferencias, participé durante tres años en la negociación y traspaso de los medios materiales y personales, en las negociaciones políticas sobre la LOAPA y en la discusión y confección de la Ley de Territorios Históricos. A partir de 1984, como Consejero de Trabajo, tuve oportunidad de experimentar directamente las dificultades técnicas y jurídicas que para la realización de traspasos transferenciales supuso la implantación generalizada en medios estatales de la *"cultura"* jurídica de la LOAPA. Como parlamen-

tario vasco, desde 1986 a 1990, colaboré como miembro de la Comisión Institucional y de la Comisión especial para el desarrollo del Estatuto, en la confección de Informes en este sentido. Finalmente, como Consejero de Justicia en 1991, dediqué la mayor parte de mi tiempo y esfuerzo, al desbloqueo transferencial de los medios personales al servicio de la Administración de Justicia.

Paralelamente dada mi condición de profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, primeramente de Derecho Civil y posteriormente de Derecho Foral y Autonómico Vasco, tuve la oportunidad de complementar y contrastar mi vivencia política del Estatuto, con una visión científica y técnico-jurídica del mismo, generándose en mi interior la necesidad de superar las contradicciones y enfrentamientos mediante la búsqueda de una solución jurídica integradora.

En noviembre de 1982, con motivo de la celebración de las *"Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía"*, tuve oportunidad de manifestar en el discurso inaugural la preocupación por hallar un lugar de encuentro englobante de la visión jurídica y política del Estatuto que expresé en los siguientes términos:

> *"En mi corta experiencia política he tenido oportunidad de descubrir una desconfianza recíproca entre políticos y juristas respecto al quehacer legislativo. Ciertos hombres de leyes sostienen que el político metido a legislar resulta peligroso por su exagerada tendencia a la urgente solución de los problemas y demandas sociales y la consiguiente despreocupación por los aspectos relativos a la perfección o a la simple corrección técnica del instrumento legal. Al político, a su vez, le ocurre otro tanto con el jurista. Por considerarse, tal vez, el intérprete único de los problemas de la Comunidad, desconfía de quienes, desde la cómoda retaguardia de la crítica académica y científica, analizan la norma como un producto técnico, independiente y desconectado de las exigencias sociales que la motivaron".*

Complementando esta percepción, proponía:

> *"Tales visiones contrapuestas exigen una reconciliación desde la complementariedad y la conjunción de esfuerzos como resultado de una jerarquización pactada sobre la base de criterios objetivos. El lugar de encuentro entre el político y el jurista viene ya predeterminado por la función instrumental que el Derecho cumple en la Sociedad. El Derecho, por tender a la organización de la convivencia y a la composición de intereses contrapuestos, tiene su origen en la exigencia social y pretende que su solución sea socialmente eficaz. Estas referencias a la historia, a la razón de ser, al finalismo y a la eficacia social de las normas, no pueden pasar inadvertidas para la exégesis científica, que debe incorporarlas a su análisis".*

Concluía aquella intervención con una aplicación de estas ideas al Estatuto Vasco considerado como norma y como instrumento apto para la solución de los problemas de autogobierno, matizando que estas consideraciones, lejos de mediatizar la libertad de investigación científica, pretendían salvar el principio de eficacia social, vocación inherente a toda norma y razón de ser del Derecho.

Desde entonces hasta el día de hoy, me ha preocupado la búsqueda de una concepción jurídica que desde los postulados más estrictos de la Ciencia del Derecho permitiese cohonestar una interpretación jurídica del Estatuto con su sentido y finalidad como instrumento eficaz para la institucionalización formal y real de la Sociedad vasca. Una concepción jurídica que abarcase *"uno ictu"* el fenómeno jurídico en toda su dimensión de ser y deber ser, como relación dialéctica de totalidad.

Pensando que la objetividad científica exigía un cierto distanciamiento entre sujeto investigador y objeto de investigación, he tenido en más de una ocasión dudas sobre la imparcialidad respecto a la elección del tema, ya que mi implicación vital en él podía constituir un obstáculo de acuerdo con los cánones de frialdad y distanciamiento científicos. No obstante, la lectura de H. HELLER me ha ayudado a disipar los escrúpulos. Según este autor, no es el investigador el que crea los objetos de investigación, sino que es la realidad en que nos hallamos inmersos e implicados la que los proporciona.

No hay separación entre sujeto y objeto, sino relación dialéctica. No tiene sentido científico la teoría por la teoría, sin finalidad práctica. De la misma opinión es G. JELLINEK para quien las construcciones incapaces de conseguir un fin práctico, carecen de valor científico.

2. Objeto

He citado a H. HELLER, quien en su *"Teoría del Estado"* nos advierte que los objetos de investigación no se fabrican artificialmente desde la mente, sino que los proporciona la realidad. Por lo general todas las Ciencias, incluidas las del espíritu, parten de una u otra forma de la realidad y a ella orientan su interpretación, conocimiento o soluciones.

La conexión Ciencia-realidad no es sólo propia de las Ciencias Naturales, la Sociología o la Historia, sino que la propia Filosofía, como ciencia paradigmática del espíritu, en último término no es otra cosa que una profundización a partir de la experiencia.

En el ámbito de la Ciencia del Derecho ocurre otro tanto. Por una parte, según FICHTE, *"la clase de filosofía que se tenga, depende del hombre que se sea"*, por lo que habrá de admitirse que las Concepciones y Construcciones jurídicas dependen de determinados condicionantes subjetivos y de presupuestos culturales, religiosos, filosóficos y educativos. Pero por otra, la reflexión se proyecta sobre una realidad jurídica o normativa del contenido material y formal que a su vez tiene un origen y persigue una finalidad social.

JELLINEK en su monografía sobre *"Reforma y Mutación de la Constitución"*, afirma que toda construcción o modificación del Derecho procede primariamente de lo que hay antes y detrás, de lo que le condiciona. El antes y el después, los antecedentes

y el finalismo. En este contexto cobran sentido sus teorías sobre *"la fuerza normativa de lo fáctico"*, *"el minimum ético"*, o sus afirmaciones sobre las relaciones de complementariedad, no de separación, entre ser y deber ser.

En un sentido más concreto, los tratados de Introducción al Derecho y de Teoría General, destacan la conexión permanente entre norma y realidad social. Federico de CASTRO, al definir la norma *"como mandato jurídico con eficacia social organizadora"*, destaca el imperativo o deber ser, pero también la eficacia social formal y real, que recuerda la conocida tesis de HELLER sobre las relaciones entre normalidad-normatividad-normalización. Cuando trata sobre los efectos de las normas, menciona la eficacia constitutiva como conversión de la realidad social en jurídica, sin dejar de ser realidad. La propia presentación tradicional de la estructura de la norma como presupuesto de hecho y consecuencia jurídica, patentiza la conexión íntima entre ser y deber ser.

Si se analizan las diferentes teorías sobre la función del Derecho organización de la convivencia, sistema de solución de conflictos, norma de conducta, realización de la justicia todas ellas parten de la realidad social y/o inciden sobre ella. En definitiva, REALIDAD SOCIAL-NORMA-FINES Y VALORES integran la realidad o el fenómeno jurídico total. La norma, a su vez, no se entiende sin el antes y el después, sin los antecedentes condicionantes y el télos finalista.

No todas las normas incorporan en igual proporción estos ingredientes. Las normas procesales o administrativas destacan por su mayor formalismo técnico, en tanto que las políticas, al tener por meta la organización básica de la convivencia, son más sensibles a la conexión con la realidad social *"ex ante"* y *"ex post"*.

De la misma manera que la superación del normativismo de KELSEN, a partir de las críticas formuladas por C. SCHMITT, HELLER, SMEND, HAURIOU y otros, no permite, hoy, identificar Constitución con norma constitucional, salvando las distan-

cias, tampoco cabe reducir Estatuto a norma estatutaria.

Constituye, por tanto, objeto principal de esta tesis, la fijación del significado jurídico integral del Estatuto que comprende, al menos, su dimensión y contenido jurídico procedentes de la penetración de la historicidad, su análisis normativo completo que abarca el concepto, naturaleza jurídica y contenido, y su vertiente finalista, valorativa e integradora orientada al logro definitivo de una institucionalización social eficaz. En segundo lugar, y como complemento de la investigación sobre el significado jurídico integral del Estatuto, una vez fijada su realidad concreta, se propone su explicación y encuadramiento científico en la Teoría Institucional del Derecho, para finalmente ensayar una interpretación normativo-institucional del Estatuto.

El procedimiento de análisis parte del estudio de una realidad jurídica concreta, de forma que, una vez fijado el dato, pueda procederse a su conceptualización y sistematización jurídicas dentro de la corriente de pensamiento que mejor se ajuste a esa realidad. En lugar de incrustar la realidad forzadamente en construcciones prefabricadas, se ha optado por el camino inverso, evitando hacer del Estatuto un *"lecho"* de Procusto. Según JELLINEK no es la mejor doctrina del Derecho la que ofrece mayor perfección lógica, sino la que explica la realidad de forma más natural.

Difícilmente se podrán interpretar adecuadamente el artículo 1º del Estatuto, la Disposición Adicional Primera, la Transitoria Segunda o la Derogatoria de la Constitución, sin referencia al proceso institucional histórico, parte de cuyos tramos, como el plebiscito estatutario de 1933, mantienen valor jurídico de presente. En este sentido el *"antes"* del Estatuto cobra valor jurídico, no por la fuerza de la Historia ni lo imprescriptible de sus derechos, sino por el reconocimiento constitucional y estatutario de determinados elementos de esa realidad histórica.

Algo parecido ocurre con el *"después"*, con la finalidad o télos estatutario. El Estatuto supone el cuarto o quinto ensayo institucional desde la Ley de 25-10-1839,

habiendo fracasado por una u otra razón todos los intentos de compaginar Fueros y Unidad o Autogobierno y Unidad. En este nuevo intento de institucionalización, como finalismo legal expreso, difícilmente se alcanzarán los objetivos, si no se tienen en cuenta las causas históricas de los fracasos institucionales. En este contexto, la Disposición Derogatoria 2ª, a la vez que expresa un finalismo integrador evidente, deroga con efectos *"ex nunc"* y *"pro futuro"* una praxis o interpretación constitucional y estatutaria que por reincidir en errores históricos, resulte desinstitucionalizante y opuesta al sentido teleológico de estas normas.

En resumen, el objeto de la tesis se centra en la significación jurídica del Estatuto como norma en su *"antes"* y *"después"*, como ser y deber ser, como institución y norma institucional, como decisión instituyente que culmina un proceso histórico y pretende una institucionalización jurídica, social y real. Una vez establecido este objetivo se complementa con la indagación de la Teoría o Concepción jurídica que de forma más natural y completa explique esta realidad.

3. Desarrollo y estructura

De acuerdo con estos objetivos, la tesis se estructura en tres partes claramente diferenciadas.

El Título I, bajo la denominación de *"significado jurídico integral del Estatuto o Teoría preposicional"*, analiza en un primer capítulo la Foralidad histórica, la crisis y abolición foral y el proceso de recuperación institucional que finaliza en 1979. El objetivo de este estudio es el de fijar las bases materiales e históricas, el *"antes"* del Estatuto, de forma que permitan una interpretación jurídico-material, no sólo formal, de las Disposiciones constitucionales de significado histórico, especialmente de la Disposición Adicional Primera. En el capítulo segundo, se aborda en toda su extensión

el significado jurídico del Estatuto, como norma, como norma institucional, como institución y como decisión institucional, concretándose a continuación su concepto, naturaleza y contenido desde una perspectiva plural y no solamente normológica. En el capítulo tercero se analizan las referencias valorativas y finalistas del Estatuto así como las exigencias de eficacia social institucionalizante, extraídas directamente de los textos constitucionales y estatutarios, o el *"después"* del Estatuto. Finalmente el último capítulo pretende englobar los diversos significados estatutarios dentro de lo que se denomina *"Teoría preposicional"* como concepto *"de"*, *"en"* y *"sobre"* el Estatuto.

Con el estudio de esta primera parte se pretende obtener una visión del Estatuto superadora del normativismo y demostrar que la norma institucional no puede ser analizada en abstracto, sino como parte de un proceso que arranca en la historia y apunta a un futuro, a un *"fieri"*. Sin negar su valor normativo autónomo, se pretende enmarcarla en una perspectiva evolutiva y bifronte, como *"meseta o rellano"*, en acertada expresión de HAURIOU, dentro del ascenso a la cumbre de la institucionalización y eficacia social.

En el Título II, con la denominación *"Normativismo e Institucionismo"*, se analizan los diversos sistemas y concepciones jurídicas de los siglos XIX y XX, al objeto de enmarcar el fenómeno estatutario en el que resulte más adecuado y tenga más fácil encaje su realidad concreta desde una perspectiva integral y realista.

En un primer capítulo se estudia el origen del Positivismo, su evolución hacia el formalismo dogmático, y la superación del conceptualismo en el ámbito del Derecho Privado. Seguidamente se pasa revista a esta misma evolución en el campo del Derecho Público alemán. Se inicia el estudio con el positivismo formalista y dogmático de GERBER, LABAND y JELLINEK, como metodología científica del Derecho Público, para culminar con la exposición del normativismo formalista de KELSEN como concepción general y absoluta del Derecho.

A partir de este momento, como ocurriera anteriormente en el Derecho Privado, la mayor parte de los movimientos jurídicos del siglo XX tienen en común la superación del normativismo formalista. Entre éstos destacamos el movimiento institucional de HAURIOU y de ROMANO, así como aportaciones puntuales de C. SCHMITT, HELLER y SMEND.

Del contraste del Normativismo y del Institucionismo con la realidad jurídica concreta e integral del Estatuto Vasco, se concluye que el Institucionismo combinado de HAURIOU y ROMANO acoge en su integridad el significado jurídico total, en tanto que la dirección normativista sólo ofrece una explicación parcial y formal esencialmente normológica del Estatuto.

En el Título III, se aborda, en primer término, un ensayo de interpretación teórica con el título de *"Concepción institucional del Estatuto"*. Dentro de él se propone una explicación doctrinal de la Foralidad histórica, del proceso institucional histórico y del artículo 1º del Estatuto a la luz de la Teoría institucional de HAURIOU y de ROMANO.

Admitiendo que la Ciencia Jurídica sitúa en planos diferenciados la comprensión y la aplicación del Derecho, la razón teórica y la razón práctica, concluye la tesis con un capítulo destinado a la *"interpretación normativo-institucional"* del Estatuto. En esta última parte se justifica, en primer término, el método normativo-institucional como el más adecuado al modelo legal propuesto en el Estatuto. Se analiza seguidamente la praxis estatutaria como historia de un desencuentro entre la concepción jurídico-política y normativista del Estatuto, proponiéndose, para terminar, la recuperación del equilibrio a través de la mediación jurídica de la concepción institucional y de la interpretación normativo-institucional del Estatuto.

4. Metodología y Fuentes

Es clásica la distinción entre Ciencias de la Naturaleza y de la Cultura. Las primeras versan sobre la realidad física y material y se basan en leyes necesarias, deterministas, mecánicas y forzosas. Las segundas, en cuanto Ciencias humanas, incorporan elementos de libertad, actuaciones por fines, proyectos con anticipación mental de resultados y combinan en diferente proporción realidad y conexiones lógicas de sentido.

El Derecho, además de Ciencia humana y de cultura, ha sido también clasificado entre las Ciencias del espíritu. En concreto, la dogmática jurídica europea se ha construido básicamente sobre una metodología espiritualista basada, principalmente, en las conexiones lógicas de sentido como formas válidas en sí y emancipadas de las condiciones reales de su proceso de nacimiento. El mundo anglosajón, en cambio, ha optado por un sistema centrado sobre el *"common law"* y el *"precedente"*. La metodología continental es espiritualista y teórica y la anglosajona realista y práctica.

No es necesario optar por un sistema u otro, como *"aut, aut"*. HELLER combatió los monismos metodológicos, ya fuesen mecanicistas o espiritualistas. El Derecho, como parte de la realidad total, tiene una naturaleza sico-física en relación dialéctica, y si en primera instancia destacan más sus elementos lógicos y espirituales, su comprensión total exige tener en cuenta la historia de su nacimiento y los condicionantes sociológicos. El Derecho es normalidad (historia, sociología), normatividad (conexiones lógicas) y normalización (sentido y finalismo), ser y deber ser.

JELLINEK participa igualmente de este dualismo metodológico. Aunque, inicialmente asume el método lógico y dogmático como propio del Derecho, este formalismo metodológico queda equilibrado con su concepción dual de la Teoría del Estado, con sus pronunciamientos sobre la fuerza normativa de lo fáctico, la faceta social y jurídica del Estado, la separación metodológica y la complementariedad entre

ser y deber ser.

La ruptura entre ser y deber ser, realidad y norma, con la consiguiente oposición metodológica, sólo se produce con total nitidez en KELSEN y el positivo formalista-idealista que de él deriva. Las restantes direcciones metodológicas de la Ciencia del Derecho (sociologismo, historicismo, institucionismo, decisionismo, integracionismo, realismo, finalismo, axiología, etc.) combinan en diferente proporción dosis de realismo y espiritualismo en función de sus respectivas convicciones epistemológicas, antropológicas, ideológicas y filosóficas y/o de la realidad normativa concreta objeto de estudio.

En las direcciones metodológicas o corrientes doctrinales que versan sobre la concepción general del Derecho tienen mayor incidencia los presupuestos ideológico-culturales y filosóficos del sujeto investigador, pero en los análisis específicos y puntuales de normas concretas el método viene condicionado por la naturaleza jurídica peculiar del objeto normativo.

Se puede ser normativista, positivista, jusnaturalista o institucionista por predisposición o tendencia natural frente al Derecho en general, sin perjuicio de que en cada caso la opción metodológica concreta venga matizada por el tipo de norma objeto de análisis.

Se puede profesar una adscripción jusnaturalista y a la vez aplicar un método positivista o normativista para la interpretación de institutos positivos en el área civil, administrativa o mercantil. El método varía según el objeto y su pertenencia al Derecho Privado o Público, al Administrativo o al Político.

En el presente estudio, la opción metodológica parte de dos presupuestos: realismo metódico y explicación integral. Por realismo metódico entendemos un pensar desde el objeto, sin aprioris o prejuicios subjetivos, y por explicación integral, un

método combinado que permita la explicación global de la norma.

En la medida en que el Estatuto, entendido en su globalidad, contiene elementos históricos, normativistas y finalistas, resulta adecuado utilizar combinadamente los métodos propios de las Ciencias de la Cultura y del Espíritu.

El análisis histórico de la Foralidad y de los sucesivos procesos institucionales se ajusta a la metodología histórica y a la Ciencia de lo real-social. La constatación de un proyecto, idea o valor, con eficacia social organizadora pertenece al área de las Ciencias de la Cultura caracterizadas por la actuación por fines con previsión o anticipación mental de resultados. Finalmente, la explicación técnico-jurídica de la realidad normativa dentro del conjunto del ordenamiento jurídico en base a conexiones lógicas de sentido, como método propio de las Ciencias del Espíritu, cierra en un intento de combinación equilibrada el plan metodológico de la Tesis.

En suma, análisis del objeto y de la realidad social sobre la que actúa la norma estatutaria, elevándola por efecto constitutivo a realidad jurídica ordenada; captación de la finalidad o télos específico de la concreta solución legal estatutaria y búsqueda de una comprensión jurídica integral que respetando la validez normativa permita una interpretación con garantía de eficacia social, o, si se prefiere, que oriente el proceso de conversión de la institucionalización jurídico-formal, en social-real, con la mira puesta en el *"uti valeat"* normativo y el *"uti efficietur"* social.

En coherencia con la metodología expuesta, las fuentes y materiales empleados varían según los contenidos de cada una de las partes o títulos de la Tesis.

Para la fijación del significado jurídico integral del Estatuto se han utilizado, en primer lugar, materiales y documentos históricos, textos legales, colecciones legislativas, manuales de Historia del Derecho, Historias generales y numerosas monografías especializadas, tanto de autores clásicos como contemporáneos de reconocido prestigio en su

especialidad. En el análisis normativo del Estatuto se han utilizado los estudios de los autores más representativos sobre Parte General del Derecho y Teoría de la Norma, tanto de la doctrina española, como italiana y alemana. En el campo más específico de la fijación de su naturaleza jurídica se han manejado las diversas concepciones y teorías de los especialistas en Derecho Administrativo y Constitucional que gozan de mayor predicamento en el ámbito del Derecho Comparado. En la exposición del contenido finalista y valorativo del Estatuto, partiendo de los propios textos legales, Constitución y Estatuto, se han tenido en cuenta las aportaciones de los principales representantes de las corrientes sociológicas, axiológicas integracionistas y de la Filosofía del Derecho.

En la segunda parte, de claro contenido doctrinal y dirigida a exponer la evolución del pensamiento jurídico de los siglos XIX y XX como marco para situar el Normativismo y el Institucionismo, nos hemos servido de obras generales de carácter panorámico y expositivo de autores como LARENZ, HERNÁNDEZ GIL o RECASENS SICHES y KAUFFMAN, combinadas con el soporte original o traducido de las obras de los fundadores y representantes más cualificados de las diversas corrientes. Así en el ámbito del Derecho Privado se han utilizado las obras de SAVIGNY y IHERING, entre otros muchos. En Derecho Público las de LABAND, JELLINEK, KELSEN, HAURIOU, ROMANO, HELLER, C. SCHMITT o SMEND, así como las de los principales comentaristas y/o especialistas en el Positivismo y el Institucionismo como BOBBIO, RUIZ DEL CASTILLO y un largo etcétera.

Finalmente, en la tercera y última parte, de carácter más aplicativo y conclusivo, salvo la utilización de alguna obra general sobre las diversas técnicas de interpretación constitucional en Derecho comparado, la mayor parte de los materiales utilizados consisten en valoraciones y revisiones críticas del proceso de desarrollo autonómico procedentes de autores domésticos de talla y prestigio indiscutible, ocasionalmente completadas y/o contrastadas con posicionamientos personales producto de mi experiencia directa en el desarrollo institucional y estatutario en el período 1979-1991.

TÍTULO PRIMERO: SIGNIFICADO JURÍDICO INTEGRAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DEL PAÍS VASCO O TEORÍA PREPOSICIONAL DEL ESTATUTO

INTRODUCCION

El estudio del Estatuto Vasco puede abordarse desde diversas ópticas, prestándose a diferentes análisis: histórico, político, sociológico o jurídico.

Probablemente para obtener una visión global de su significado integral sería necesario abordar el conjunto de ellos, pero el rigor y el principio de especialización obligan a circunscribir este estudio a la dimensión jurídica integral del Estatuto, entendida como fenómeno jurídico que transciende, aunque engloba, su significado normativo estricto.

Toda norma y especialmente aquellas que guardan más directa relación con la organización de la convivencia política, constituyen mandatos que persiguen la ordenación social. Es clásica a este respecto la definición de norma de FEDERICO DE CASTRO: *"mandato jurídico con eficacia social organizadora"*[1]. En cuanto *"mandatos"* integran al ámbito del deber-ser y operan una transformación de la realidad social en jurídica[2] dando entrada al ser. al presupuesto de hecho, como parte esencial de la estructura normativa. Aquí no seguimos la tesis de KELSEN y de la Escuela de Viena que defiende la contraposición entre *sollen* (deber ser) y *sein* (ser).

La realidad social se configura como punto de partida sobre la que actúa el deber ser, configurando una nueva realidad, la realidad jurídica, cuya ordenación de acuerdo con determinados valores persigue una eficacia social formal, efecto primario de todo imperativo, y real, producto de su pretendida aceptación social.

---

[1] CASTRO y BRAVO, F. de: *Derecho Civil de España*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1949. Tomo I, pág. 46.

[2] DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Edit. Tecnos. Madrid, 1994. Vol. I, pág. 207.

El Estatuto Vasco en cuanto "*norma institucional básica*"[3] expresa un mandato organizativo, un deber-ser con pretensiones de eficacia social formal y real, que actúa sobre una realidad concreta ordenándola conforme a valores (autogobierno, integración en el Estado) para la consecución de una finalidad largamente deseada: la institucionalización del País. Este conjunto de elementos fácticos, normativos, valorativos y finalistas integran la realidad jurídica total del Estatuto, y todos ellos pertenecen al mundo del Derecho, a pesar de que desde ciertas posiciones doctrinales se reclame como exclusivamente jurídico el análisis estrictamente normativo.

Por otra parte, un estudio de la norma desconectada de su origen, razón de ser y finalidad, se presta a serias reservas jurídicas por desviación de lo preceptuado en el artículo 3º del título Preliminar del Código Civil respecto a la interpretación y aplicación de las normas.

Desde estas consideraciones previas resulta ajustado a Derecho y metodológicamente correcto abordar el estudio del Estatuto Vasco desde sus antecedentes históricos, legislativos, su concepto, contenido, naturaleza jurídica y finalidad.

¿Cuál es el orden adecuado?

Desde una perspectiva óntica, la realidad, el ser, constituyen el dato primario. Y la realidad en este caso no es sólo la letra de la Ley, pues el derecho ha de tener en cuenta la "*vida humana contemplada desde una determinada perspectiva. De ahí que al jurista antes de crear o depurar sus conceptos ha de nutrirse de vida*"[4]: de lo que

[3] Art. 147.1 CE y art. 1º EAPV.

[4] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Idea de los Derechos Históricos*, Austral, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, pág. 13.

hay antes y detrás del derecho, de aquello que lo justifica y lo condiciona[5], como estableció JELLINEK.

Siguiendo estos criterios correspondería iniciar el estudio por los antecedentes históricos y legislativos para detectar los problemas que pretende solucionar el Estatuto.

Si adoptamos una posición técnico-jurídica, el artículo 3.1 del Código Civil induce a centrarnos en el *"sentido propio de las palabras"* y para su correcta comprensión relacionarlo con los antecedentes, el contexto, la realidad social y el espíritu y finalidad de las normas. El criterio hermenéutico principal es la letra de la ley, y el resto (historia, contexto, finalidad, etc.) criterios auxiliares y de alguna forma exteriores a la norma.

A pesar de que DIEZ PICAZO[6] entiende que los criterios hermenéuticos citados no son cerrados ni están jerarquizados, de la lectura del precepto se desprende que la historia y el finalismo no son criterios autónomos de interpretación, sino relativos y ordenados a la clarificación del texto.

Cierto es, como apunta BETTI[7], que tampoco el criterio semántico es independiente puesto que su claridad, incluso en los supuestos *"in claris non fit interpretatio"*, resulta de la conexión de las palabras con el sentido teleológico y éste queda esclarecido por su relación con la problemática precedente, pero ello no obsta a reconocer preminencia a la letra de la norma. Desde esta posición el orden adecuado de estudio del Estatuto debiera comenzar por el análisis del concepto, naturaleza jurídica y con ocasión

[5] JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado*. Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales. Madrid, 1915, Tomo I, págs. 19 a 28.

[6] DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil... ob. cit.*, Vol. I, pág. 170.

[7] BETTI, E.: *Interpretazione della legge e dagli atti giuridici*. Giuffré, Milano, 1949, pág. 182.

de las dudas u oscuridades, recurrir a los antecedentes y la finalidad de las normas.

Ahora bien, si nos detenemos en el Estatuto y en la Constitución, en su letra, observamos que desde el propio texto se efectúa un llamamiento expreso a la Historia, no siempre, ciertamente, con el mismo alcance y sentido. No se trata propiamente del recurso a los *"antecedentes históricos"*, al menos en el sentido del artículo 3.1., ni de criterios auxiliares y externos de interpretación de las normas, sino de recepción, o penetración[8], *"historia en tiempo de constitución"*[9] de historia en presente, actualizada en y por las normas antedichas. Se trata en definitiva del reconocimiento de un "*continuum*", no de una ruptura constitucional.

P. LUCAS VERDÚ[10] en su estudio sobre "*Penetración* de la historicidad en el Derecho Constitucional Español", enumera diversas referencias que patentizan la *"innegable penetración de elementos historicistas en nuestro ordenamiento constitucional"* integrando la llamada Constitución sustancial. Unos poseen alcance general. Así: el pluralismo político-social (art. 1, preámbulo de la CE), la Corona, nacionalidades y regiones (art. 2º), lenguas y símbolos (arts. 3 y 4), características históricas (art. 43), identificación histórica (art. 147). Otros se refieren a los Territorios Forales (art. 149.1.8) y finalmente algunas referencias conciernen exclusivamente al País Vasco: Disposición adicional, 1ª, Disposición derogatoria 2ª y Disposición transitoria 2ª, compartida con Galicia y Cataluña, del texto Constitucional. Sin olvidar aquellas referencias del Estatuto de Autonomía (arts. 10.5, 17, Disposición Adicional, etc.) que remiten y actualizan la foralidad histórica.

---

[8] LUCAS VERDÚ, P.: "Historicismo y Positivismo ante la conceptualización de los derechos históricos vascos" en *Jornadas de estudios sobre la actualización de los derechos históricos vascos*. UPV. San Sebastián, 1985, págs. 271 y ss.

[9] CLAVERO, B.: *Fueros Vascos: Historia en tiempo de Constitución*. Barcelona, 1985, págs. 74 y ss.

[10] LUCAS VERDÚ, P.: "Penetración de la historicidad en el Derecho Constitucional español. El artículo 149.1.8 y la Disposición Adicional 1ª de la Constitución", en, *Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil*. Oñati, 1983, págs. 21 y 22.

Es cierto que no todas las remisiones históricas presentan idéntico alcance ni significado. El Estatuto, los estatutos en general, deben ser interpretados en el marco y conforme a la Constitución[11] por lo que parece oportuno analizar previamente cuál es el sentido de las diferentes referencias históricas recogidas en el texto Constitucional.

Por lo que concierne al Estatuto Vasco hay tres tipos diferentes de llamamientos a la historia institucional: El primero, el más conocido y tratado por la doctrina y la Jurisprudencia constitucional, es el que efectúa la Disposición Adicional 1ª. Sin entrar de momento en la exposición de las variadas interpretaciones y alcance parece obvio que la Constitución reconoce, garantiza y asume determinados contenidos materiales y/o institucionales del Régimen Foral histórico, un determinado contenido positivo de historia de autogobierno. El segundo referente histórico, algo más olvidado, lo constituye la Disposición Derogatoria 2ª.

En este caso y al margen de discusiones sobre el alcance positivo y/o testimonial del precepto y los debates del período constituyente[12], sí parece que la finalidad de la disposición obedece a un intento de institucionalización integradora del País Vasco en el nuevo modelo de Estado por vías y procedimientos distintos a los utilizados por las leyes de 25 de octubre de 1839, y 26 de julio de 1876, que se derogan por haber constituido, real o sicológicamente, un obstáculo y un fracaso para la convivencia de los principios de unidad y Fueros.

Aunque, como afirmó FRAGA IRIBARNE[13], la Historia no se deroga con

[11] Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., MUÑOZ MACHADO, S., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R y otros. Así como la DA1ª de la CE.

[12] Vid. CORTES GENERALES: *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*. Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980. Tomo III.

[13] FRAGA IRIBARNE, M.: "Sesión plenaria del Congreso de 21 de julio de 1978" en CORTES GENERALES: *Constitución española. Trabajos parlamentarios... ob. cit.*, Tomo II, pág. 4587.

efectos *"ex tunc"*, sí cabe proscribir o derogar, con efectos *"ex nunc"* y *"pro futuro"*[14], una experiencia o una historia negativa para el objetivo integrador que se inicia con el nuevo proceso constitucional en 1978.

En tercer y último lugar está la Disposición Transitoria 2ª que evita a los *"Territorios que hubieren plebiscitado afirmativamente en el pasado proyectos de Estatuto...."* la repetición del trámite del referéndum de iniciativa previsto por el artículo 151 CE.

Esta singular disposición, que MUÑOZ MACHADO[15] califica como *"notable"* por reconocer retroactivamente efectos jurídicos al plebiscito del Pueblo Vasco de 1933, LEGUINA VILLA[16] como *"curiosa y pintoresca"* coincidiendo con E. AJA[17] en justificarla *"por entender los constituyentes que tales voluntades ya se manifestaron afirmativamente en el pasado"*, significa, también, que la decisión institucional expresada por el artículo 1º del EAPV[18] no es sólo la culminación normativa de un proceso postconstitucional, sino que se inscribe en un proceso institucional histórico anterior a la Constitución, que al menos nos remonta provisionalmente a Diciembre de 1933, fecha del Plebiscito del Estatuto Vasco.

Si esta referencia histórica del contenido material es importante, su inclusión y calificación formal como Disposición transitoria es al menos significativa, ya que si alguna significación encierra el Derecho Transitorio desde el punto de vista normativo

---

[14] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Los derechos históricos de los territorios forales*. Ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 83.

[15] Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Ed. Civitas. Madrid, 1982, Tomo I, pág. 261.

[16] Vid. LEGUINA VILLA, J.: "Las Comunidades Autónomas". En, La *Constitución española de 1978*, Ed. Civitas. Madrid, 1981, pág. 795.

[17] AJA, E.: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*. Ed. Tecnos. Madrid, 1985, pág. 95.

[18] "El Pueblo Vasco... 'se constituye'..." . Artículo 1º, EAPV.

es la de expresar el principio de continuidad del Ordenamiento Jurídico, no su ruptura. El respeto a situaciones adquiridas de contenido personal o institucional, a través del principio de irretroactividad, "*Non placet Janus in legibus*"[19], se complementa con el principio de continuidad del Ordenamiento Jurídico a través de las normas que regulan el "*tránsito*" normativo[20].

Esta triple referencia histórica nos impulsa a un estudio singularizado del Estatuto Vasco, en el que además de aplicar los principios interpretativos generales que se derivan del Título VIII de la Constitución y en especial de su consideración normativa, el Estatuto como norma institucional (art. 147.1. C.E.), consideramos al Estatuto Vasco como una norma que se inscribe en un proceso institucional histórico (D.T.2ª), que persigue una finalidad de integración política estatal a través del reconocimiento de una realidad histórica de autogobierno (Disposición adicional 1ª), y que para evitar que este nuevo intento institucional de integración de UNIDAD y AUTONOMIA reedite un nuevo fracaso histórico de convivencia, emplaza a un desarrollo normativo diferente del que siguió a las leyes de 25-10-1839 y de 21 de julio de 1876, cuya praxis, según la Disposición Derogatoria nº 2, debe ser "*vitanda*", y en tal sentido se procede a su derogación.

No estamos, por tanto, ante un mero criterio de conveniencia interpretativa en base a "*antecedentes históricos y finalistas*", útiles pero exteriores a la norma objeto de interpretación (art. 3.1. Código Civil), ni presionando desde posiciones historicistas una determinada interpretación forzada. Tampoco, al menos de momento, estamos invocando la necesaria conexión ser-deber ser, normalidad-normatividad[21], realidad social-realidad

[19] BORRELL Y SOLER, A.M.: *Derecho Civil español*. Ed. Bosch. Barcelona, 1955. Tomo I, pág. 13.

[20] CASTRO y BRAVO, F. de: *El Derecho Civil... ob. cit.*, Tomo I, págs. 643 y ss.

[21] HELLER, H.: *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1942.

jurídica, sino que estamos atendiendo a un requerimiento normativo-constitucional que nos obliga a analizar el Estatuto desde la triple consideración histórica apuntada anteriormente. Junto a este argumento normativo-constitucional, existen otras razones para iniciar el estudio del Estatuto desde la consideración de la historia institucional vasca.

En la Ciencia del Derecho se ha dado un debate permanente entre *"facta"* y *"jus"*, ser-deber ser. Así JELLINEK[22] habla de la fuerza normativa de lo fáctico, H. HELLER[23] de las relaciones entre normalidad-normatividad, H. KELSEN[24] de la radical separación entre ser y deber ser, o entre realidad social y jurídica, L. DUGUIT[25] de objetivismo normativo versus subjetivismo, y M. HAURIOU[26] de la síntesis del elemento objetivo y subjetivo del Derecho a través de la Teoría de Institución.

A pesar de estos debates doctrinales desde que la doctrina alemana, representada en este caso por BINDING[27], penalista y teórico del Derecho, popularizó entre los civilistas la distinción entre supuesto de hecho –*"Tatbestand"*– y consecución jurídica –*"Rechstfolge"*– como elementos integrantes de la norma, carece de sentido la contraposición de *"facta"* y *"jus"*, ya que el efecto constitutivo operado por el acotamiento normativo de una parte de la realidad social y su conversión en realidad jurídica convierte a los *"facta"* en *"facta juris"*. El ser, por el efecto constitutivo, deja de consistir en simple motivo para el deber-ser, para el mandato o consecuencia jurídica y se

[22] JELLINEK, G.: *Teoría General... ob. cit.* págs. 428 a 437.

[23] HELLER, H.: *Teoría del Estado... ob. cit.*, págs. 269 y ss.

[24] KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba, Buenos Aires, 1973, págs. 66 a 69.

[25] DUGUIT, L.: *Traité de droit constitucionel*. Ed. Fontemoing, París, 1921, Tomo 1º, págs. 6 a 16.

[26] HAURIOU, M.: *La Teoría de la Institución y de la Fundación (Ensayo de vitalismo social)*. Obra escogida. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1976, págs. 265 y ss.

[27] BINDING: *Strafrecht*, I, pág. 179, citado por F. de CASTRO, *ob. cit.*, Tomo I, pág. 53, nota nº 3.

convierte en ser normado y normativo, integrando la realidad jurídica total.

Algo semejante ocurre cuando la norma, en este caso constitucional, acoge el ser, el supuesto o la realidad social histórica. Esta deja de ser antecedente normativo, motivo, explicación o justificación de la norma como elemento externo a ella, para convertirse en "*facta juris*".

LUCAS VERDU[28], comentando la obra de G. HUSSERL[29] recoge unas interesantísimas referencias a las relaciones Derecho y Tiempo (Historia) que me permito reproducir:

> *"Los ordenamientos jurídicos tienen una historia y ellos mismos son historia".*
>
> *"La norma jurídica hinca sus raíces siempre en una determinada situación histórica".*
>
> *"Todo acto legislativo estriba en una situación histórica concreta que orienta y motiva la labor del legislador".*
>
> *"Todo ordenamiento jurídico vale en tanto que sus normas vinculan a los miembros de la Comunidad jurídica que reconocen aquel orden. La máxima duración vital de un ordenamiento depende de la tensión existencial de la Comunidad en que está vigente".*
>
> *"La validez de la norma jurídica no sólo depende del comienzo de su existencia, sino que remite al pasado. Toda norma implica una imputación a su prehistoria". "Vorgeschichte".*
>
> *"La raíz de la existencia de una norma jurídica no consiste, necesariamente, en un acto creador humano. Sólo en escasa medida pueden reconducirse las líneas directrices de la conducta humana de un sistema orde-*

[28] LUCAS VERDÚ, P.: *Historicismo y positivismo... ob. cit.* pág. 257.

[29] HUSSERL, G.: *Recht und Zeit.* (Derecho y Tiempo). En LUCAS VERDÚ, P., *ibid*, págs. 259 y ss. G. HUSSERL fue hijo del famoso fundador de la Fenomenología, Edmundo HUSSERL.

> *nador de una comunidad a actos de voluntad creadores, generalmente éstos son "encontrados", se producen y crecen en un tiempo histórico".*
>
> *"Si una proposición jurídica recaba sus raíces existenciales en un acto de creación jurídica, también debemos contar con la prehistoria de modo que el acto legislativo creador no es el inicio, sino el punto final de esa prehistoria".*

Nos hemos permitido la licencia de transcribir esta larga serie de reflexiones porque todas ellas pueden aplicarse a las referencias constitucionales a la Historia Institucional Vasca, y especialmente las últimas que consideran a la norma como la culminación jurídica de un proceso histórico.

Pero fundamentalmente interesaba aclarar que si estas consideraciones tienen valor con carácter general y son aplicables a todo producto normativo, con mayor razón deberán ser consideradas y tenidas en cuenta cuando es la propia Constitución, quien efectúa expresamente este llamamiento histórico, garantizando un contenido esencial de autogobierno (Disposición Adicional 1ª), proscribiendo un desarrollo del Estatuto históricamente negativo (Disposición Derogatoria) e incorporando su gestación en el marco de un proceso histórico (Disposición Transitoria 2ª).

Como conclusión de cuanto queda expuesto interpreto que el método más adecuado para el análisis del Estatuto como realidad jurídico-integral, norma en su antes y después, objeto del presente TÍTULO, es el siguiente:

CAPÍTULO I: El Estatuto como actualización de los Derechos históricos forales y culminación del Proceso Institucional Histórico.

CAPÍTULO II: El Estatuto como norma jurídica.

CAPÍTULO III: Eficacia y Finalidad del Estatuto.

CAPÍTULO IV: El significado jurídico integral como teoría preposicional del Estatuto.

CAPÍTULO I: EL ESTATUTO COMO ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS FORALES Y CULMINACIÓN DEL PROCESO INSTITUCIONAL HISTÓRICO.

I. CONSIDERACIONES SOBRE LA FUNCIÓN Y RAZÓN DE SER DEL ESTATUTO VASCO

Toda norma posee una razón de ser y se justifica por una finalidad.

Es tradicional, en las obras de Introducción al Derecho[30], asignarle como funciones generales la organización de la convivencia, la resolución de los conflictos, la realización de la justicia, o el establecimiento de normas de conducta.

Toda norma tiene un pasado, una prehistoria como afirma HUSSERL[31], y mira a un futuro: organización de la convivencia conforme a valores socialmente asumidos. Toda norma, por tanto, tiene un antes y un después[32], razón de ser y finalidad están estrechamente unidos, y de la explicación que se dé a lo primero, depende lo segundo. Preguntarse por la razón de ser del Estatuto es preguntarse por su finalidad.

Para un determinado sector doctrinal (GARCIA ENTERRIA, S. MUÑOZ MACHADO, T.R. FERNANDEZ, L. VANDELLI, y otros) partidario de una consideración general de los Estatutos, o del sistema autonómico en su conjunto, la cuestión se resuelve en niveles constitucionales y la pregunta se transforma en la razón de ser del título VIII de la Constitución.

Así, E. GARCIA DE ENTERRIA[33] justifica el Título VIII y con él al nuevo modelo autonómico en las siguientes razones:

---

[30] ANGEL YAGÜEZ, R. de: *Introducción al estudio del Derecho*. Universidad de Deusto. Bilbao, 1986, págs. 26 y ss.

[31] HUSSERL, G.: *ob. cit.*, pág. 260.

[32] JELLINEK, G.: *ob. cit.*, Tomo I, págs. 23 y ss.

[33] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Estudios sobre Autonomías Territoriales*. Ed. Civitas, Madrid, 1985.

a) Superación de un problema de hondas raíces históricas entre quienes se dan abiertamente a la irresponsabilidad regionalista y cantonalista y aquellos otros que basan su mensaje en el patriotismo espasmódico y la invocación enfática de la unidad de España[34].

b) La solución descansa en la apuesta decidida por un regionalismo moderno, de futuro, y no como tributo a un modelo histórico más o menos arcaico y singularizador. Un regionalismo generalizante y europeo, que viene a suceder al sistema burocrático-centralizado hoy en crisis[35].

c) Este regionalismo pretende superar al tradicional, romántico, culturalista, rural, egoísta, historicista, basado en la invocación de títulos históricos y técnicas jurídicas arcaizantes como Fueros, pactos y Derecho histórico[36]. Se trata de *"conducir la presión autonómica hacia su resuelta racionalización, reconducir los visceralismos hacia modelos funcionales del mundo occidental"*[37].

d) El Título VIII y los primeros Estatutos aprobados, vasco y catalán, proceden de una reivindicación política.

"A la muerte del General desenfundan sus viejas reivindicaciones, y el Poder Constituyente y el Gobierno advierten que la letra cuyo vencimiento ha sido sucesivamente prorrogado debe finalmente ser pagada. Pero tales concesiones con base en la indeterminación y ausencia de norte político deben retornar a técnicas funcionales y operativas.

[34] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 41-42.

[35] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *ob. cit.*, pág. 43.

[36] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *ob. cit.*, pág. 44.

[37] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *ob. cit.*, Prólogo, pág. 27.

> *La reconducción debe encomendarse a los juristas para enfriar y racionalizar el proceso hacia pautas eficaces y operativas mediante la construcción "a posteriori" de un sistema jurídico ya que "la ley suele ser más inteligente que el legislador"*[38].

e) Finalmente el modelo resultante debe ser general no particularista o excepcional, debe regionalizarse el país entero, por lo que rechaza el *"principio dispositivo"* como error histórico en que ya incurrió la Constitución de 1931[39]

Destaca en la exposición del Profesor GARCÍA ENTERRÍA la constatación de las motivaciones histórico políticas en la formulación del Título VIII, junto a la necesidad de aprovechar la oportunidad para arbitrar una solución moderna, general y sin concesiones al tradicionalismo arcaizante e historicista. Pretensión legítima y loable.

Pero debe igualmente reseñarse que ante la contumacia constitucional de desoír sus consejos mediante la consagración del principio dispositivo y las concesiones a los derechos históricos y a la foralidad, se esfuerza en la reconducción *"racional"* del problema a través de la técnica jurídica y del recurso al principio de que *"la ley es más inteligente que el legislador"*, en expresión utilizada por el filósofo del Derecho alemán RADBRUCH.

A pesar de que en varias ocasiones[40] admite que este regionalismo no excluye al de signo romántico y que el peso del regionalismo histórico no puede desoírse ya por más tiempo, la solución interpretativa propuesta se sitúa en el plano general sin lograr síntesis entre la finalidad genérica del Título VIII y la particular del Estatuto Vasco,

[38] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *ob. cit.*, págs. 23, 24, 70 y 458.

[39] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *ob. cit.*, págs. 62 y 63.

[40] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *ob. cit.*, págs. 54 y 57.

entre modernidad y eficacia administrativa de la Organización del Estado y solución institucional del problema histórico vasco.

S. MUÑOZ MACHADO[41] encuentra la razón de ser y finalidad del Título VIII en la crisis del sistema centralizado, en las ideologías contrarias a la idea de Estado-Nación y en la presencia de movimientos nacionalistas y autonomistas:

a) El sistema centralista-uniformista que inicialmente equilibra los criterios participativos y la eficacia administrativa a través de órganos plurales representativos y unipersonales monocráticos, se rompe a favor de estos últimos mediante el vaciamiento de contenidos y competencias de las Corporaciones Locales y la proliferación de agentes periféricos del Estado. Si a ello sumamos la burocratización, el sistema se convierte en ineficaz. Si a una Administración centralizada, burocratizada e ineficaz se le asignan nuevos cometidos el problema se agrava y el edificio se derrumba, no resiste más carga[42].

   A la crisis del modelo deben sumarse, en línea con GARCIA ENTERRIA[43] y T.R. FERNANDEZ[44], el alistamiento en las corrientes europeas de signo regionalista[45].

b) La búsqueda de alternativas al sistema centralista no se justifica sólo en la incapacidad demostrada de esta fórmula organizativa, sino también en

[41] MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público ... ob. cit.*, Tomo I.

[42] MUÑOZ MACHADO, S.: *ob. cit.*, Tomo I, pág. 67.

[43] GARCÍA ENTERRÍA, E.: *ob. cit.*, pág. 43.

[44] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Entre el Derecho y la Política*, Public. Abella, Madrid, 1987, págs. 95 a 101.

[45] MUÑOZ MACHADO, S.: *ob. cit.*, págs. 100 y ss.

la viva contestación desde antiguo de corrientes ideológicas contrarias a la idea de Estado-Nación[46].

c) Por último y con base en el Informe FOESSA 1977, el cambio de modelo también se debe a la presencia viva de movimientos nacionalistas y autonomistas particularmente intensos en algunos territorios españoles y a la vinculación de democracia y descentralización[47].

En conclusión, las causas del Título VIII se basan, esencialmente, en la crisis del modelo centralista provocada por la burocratización, fagocitación, ineficacia, deslegitimación popular y corrientes europeas descentralizadoras, y al tiempo se da respuesta a las reivindicaciones de autogobierno cuya satisfacción era de estricta justicia[48]. Esta explicación representa un intento ecléctico por reunir el conjunto de causas del cambio de modelo, si bien destaca en su jerarquización la importancia del factor descentralización por agotamiento del sistema centralista.

Se aprecia en este conjunto de explicaciones el deseo de ofrecer una justificación racional y calculada, sin tener en cuenta que los nuevos procesos de institucionalización rara vez obedecen a movimientos espontáneos de autoconversión del Poder, sino que generalmente proceden de estímulos y/o exigencias sociales del Estado-Comunidad y no del Estado-aparato. LUCAS VERDU[49] nos recuerda que el proceso de institucionalización no es simple tarea reflexiva creada, sino que hay que tener en cuenta la espontánea anticipación social, tantas veces más oportuna, certera y justa que la artificialmente

[46] MUÑOZ MACHADO, S.: *ob. cit.*, pág. 77.

[47] MUÑOZ MACHADO, S.: *ob. cit.*, pág. 82.

[48] MUÑOZ MACHADO, S.: *ibidem.*

[49] LUCAS VERDÚ, P.: *Principios de Ciencia Política*, Ed. Tecnos. Madrid, 1979. Tomo II, pág. 137.

impuesta desde el poder.

En el caso del Título VIII, la crisis del modelo anterior no explica suficientemente la urgencia de las Preautomías, ni el consenso constitucional sobre la autonomía, ni las demandas sociales. Para ello hay que recurrir a las pretensiones de institucionalización originadas desde y por el Estado-Comunidad. La centralización-descentralización obedecen a criterios de eficacia administrativa y de racionalidad organizativa, pero no suelen ser razón suficiente para suscitar apoyos sociales, ni prisas o urgencias políticas como ocurrió en el proceso constituyente.

Para L. VANDELLI[50] el Título VIII de la Constitución de 1978 encuentra su justificación y antecedentes en la oposición iniciada en el S. XIX entre centralismo y regionalismo, constantes históricas en permanente enfrentamiento:

a) Desde el S. XIX la centralización de corte napoleónico ha supuesto un factor persistente que no ha conocido altibajos destacables. Desde 1812 en que se inicia, hasta su culminación, en 1833, con la implantación del sistema uniformista de provincias, opera un reparto abstracto y racional del territorio sin tener en cuenta raíces y tradiciones históricas[51].

b) La supresión de las demarcaciones tradicionales e históricas, va a generar otra constante, de signo opuesto, identificada con la tendencia a la institucionalización de circunscripciones regionales superadoras del sistema provincial[52].

[50] VANDELLI, L.: *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*. Instituto Estudios de Administración Local. Madrid, 1982.

[51] VANDELLI, L.: *ob. cit.*, págs. 31-32.

[52] VANDELLI, L.: *ob. cit.*, pág. 33.

c) La excepcionalidad de los momentos de implantación del regionalismo no siempre coincide con aperturas democráticas, ya que a veces la implantación de Regiones está al servicio del propio centralismo[53].

Efectivamente en la Reforma ESCOSURA (1847), la Reforma MORET (1884), en el proyecto SILVELA-SANCHEZ TOCA (1891), parece que la superposición de regiones sobre el mapa provincial obedece más a proyectos de reformas desde el Poder para garantizar el control, que a la fuerza de los movimientos regionalistas.

Sin embargo el Proyecto federal de PI i MARGALL (1873), el de MAURA (1907), o el de ROMANONES (1919), especialmente estos dos últimos, vienen precedidos de presiones sociales catalanistas y vascas[54], Solidaridad catalana y Mensaje de Diputaciones Vascas, que supondrán una apertura decisiva hacia la autonomía regional de 1931.

Estas consideraciones junto a la constatación de que el modelo republicano de 1931 introduce el principio dispositivo, no contemplando la generalización del sistema autonómico a todo el Estado, permite relativizar, aunque sin negar su importancia, el argumento del Profesor VANDELLI.

Las causas esenciales de las aperturas históricas al regionalismo, no se justifican, al menos principalmente, desde la confrontación de opciones ideológicas o tendencias generales –centralismo versus regionalismo–, sino de movimientos concretos y singulares, catalán y vasco, que presionan al Poder en una determinada dirección de autogobierno y obtienen de él, siquiera coyunturalmente, soluciones igualmente concretas y

[53] VANDELLI, L.: *ob. cit.*, págs. 34 a 38.

[54] ORUETA, J.: *Fueros y Autonomía*. Nueva Editorial, S.A. San Sebastián, 1934, págs. 23 y ss.

singulares, en ningún caso generalizables[55].

Esta circunstancia confirma la afirmación anterior. Los modelos organizativos pueden generar críticas y oposición racional, pero no concitan movimientos, presiones ni urgencias sociales procedentes del Estado-Comunidad, o de parte de él, que acaben por imponerse al Estado-aparato.

La precedente puntualización no es obstáculo para admitir que en momentos posteriores, más agudamente dictatoriales y centralistas como el período franquista, se generalice la oposición, y la doctrina reaccione contra lo que considera un "mal grave" para el País[56], o que a partir de 1960 el regionalismo se convierta en el problema más discutido[57] y en el repuesto organizativo de un centralismo agotado. Pero conviene insistir en que esta causa real, que no es ni única ni principal, explica la conveniencia del recambio en el modelo, pero no justifica la relativa prisa o precipitación con que se ha llevado a cabo su sustitución. La conveniencia sirve como explicación general, y la necesidad de solucionar el problema de institucionalización histórica de determinados territorios como explicación particular, pero sin subordinar jerárquicamente una a otra; ni relativizar su importancia respectiva.

Si las tesis expuestas propenden a englobar las causas y los significados particulares en una teoría general explicativa del conjunto del modelo estatal, no es menos cierto que desde posiciones historicistas y de marcado componente político e ideológico se ha intentado una relativización del significado del Título VIII singular y particularizante, forzando una explicación *"pars pro toto"*, e interpretando la Constitución (T VIII) desde el Estatuto de Autonomía, o buscando la finalidad y la razón de ser de éste al margen

[55] Los únicos Estatutos aprobados en el período republicano fueron el catalán (1932) y el vasco (1936).

[56] VANDELLI, L.: *ob. cit.*, pág. 66.

[57] VANDELLI, L.: *ob. cit.*, pág. 67.

del contexto constitucional, en la propia historia o en los debates y pactos constitucionales.

RECASENS SICHES[58] entiende el Derecho como obra humana social, con forma normativa para la realización de valores. Hecho-idea-valor, ser-deber-ser y valores integran la realidad jurídica. El Derecho según este autor, pretende la solución de los conflictos de intereses, responde a una necesidad y procura la solución de los problemas mediante respuestas jurídicas conformes a determinados valores[59]. Destaca el problema, la solución eficaz, los valores.

También T.R. FERNANDEZ en la introducción a su monografía sobre Derechos Históricos[60], cifra el objeto del Derecho en la paz civil, paz que sólo es posible después de fijar los términos del problema, o del conflicto. El conocimiento del problema es presupuesto mismo de todo quehacer jurídico en cuanto obra humana destinada a asegurar la pacífica convivencia.

Estas reflexiones, especialmente la necesidad de fijar el problema al que la ley responde, nos conducen inevitablemente a la Historia, cuando el problema es histórico, y a los debates parlamentarios.

La Historia tiene un valor indudable, aunque limitado. La Escuela Histórica del Derecho durante el siglo XIX, de corte romántico-idealista, sirvió como construcción doctrinal para el mantenimiento de la pluralidad jurídica, especialmente en los debates sobre unidad, codificación civil y mantenimiento de los Derechos forales. Pero introdujo

[58] RECASENS SICHES, L.: *Panorama del pensamiento jurídico en el S. XX*. Ed. Porrúa. México, 1963. Tomo I, pág. 501.

[59] RECASENS SICHES, L.: *ob. cit.*, Tomo I, pág. 504.

[60] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Derechos Históricos... ob. cit.*, pág. 15.

igualmente tensiones y debates sobre evolución y petrificación del Derecho y el discutible *"espíritu del pueblo"*. Resultó útil par explicar la diversidad de ordenamientos en base a las convicciones –principios generales– inherentes en una determinada Comunidad político-cultural y el origen de las normas e instituciones, pero no puede condicionar su interpretación y aplicación jurídica futuras ya que la realidad social es evolutiva.

El Historicismo, así entendido, fue la constante de la doctrina foral de los siglos XVII y XVIII basada en la teoría del pacto y la entrega voluntaria, e inspiró toda la literatura política-foral del siglo XIX[61].

Esta Historia calificada por T.R. FERNANDEZ de *"defensiva e ingenuamente apologética"*[62], tiene el riesgo que algunos filósofos atribuyen a las vías de santo Tomás para demostrar la existencia de Dios, que sólo convencen a los previamente convencidos. La Historia es necesaria para comprender la razón de ser y la finalidad de las normas, pero no para presionar constantemente sobre su interpretación y contenido, y erigirse en criterio autónomo y principal de interpretación, al margen del texto y del contexto.

Algo semejante puede ocurrir con los antecedentes legislativos y los debates parlamentarios. Es indudable que en los debates constituyentes[63] quedó claro que la causa fundamental de la orientación autonómica de la organización territorial del Estado, se debió fundamentalmente a la necesidad de dar solución al contencioso vasco, y que el Estatuto fue objeto de una negociación política paralela en la Moncloa[64]. Pero si

[61] Así, en autores como ARANGUREN y SOBRADO, M. MORAZA, EGAÑA y otros.

[62] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, págs. 16 y 17.

[63] LEGUINA VILLA, J.: *Las Comunidades Autónomas... ob. cit.*, págs. 776 y ss.

[64] CASTELLS ARTECHE, J.M.: "La Transición en la Autonomía del País Vasco: de los Regímenes Especiales al Estatuto de Guernica". *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 2, enero-abril, 1982, pág. 60.

parcial es la consideración estricta del Estatuto como norma, igualmente lo es su calificación como simple instrumento político basado en pactos, acuerdos y negociaciones parlamentarias o extraparlamentarias. Los antecedentes históricos y legislativos del art.3.1. del Código Civil constituyen criterios de interpretación auxiliar como quedó anteriormente expuesto[65], y como tales son métodos jurídicos pero no autónomos ni principales.

En la historia del pensamiento jurídico la escuela que hace descansar en la *"voluntas legislatoris"* la interpretación de la ley recibe el nombre de originalismo, que en el campo constitucional se identifica con la intención de los constituyentes o del propio pueblo a través del Referéndum. Este originalismo, según ALONSO GARCÍA[66] presenta diversas variantes y ha tenido aplicaciones importantes en U.S.A.[67], y parciales en Alemania y Austria[68] pero en Europa ha primado el sistema objetivo, la *"ratio legis"*. Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a los debates parlamentarios en diversas sentencias[69] en las que destaca su valor relativo y subordinado a otras fuentes interpretativas[70], pero no único.

La Historia política y socio-cultural, el análisis de los pactos y la negociación estatutaria y los propios debates parlamentarios tienen, por tanto, un valor concreto y determinado al fijar la *"voluntad constitucional histórica"*, la intención de los constituyentes, pero una vez aprobada la Constitución y el Estatuto como normas, se convierten

[65] Vid. pag. 5.

[66] ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 138.

[67] ALONSO GARCIA, E.: *Ibid.*, pág. 141.

[68] ALONSO GARCIA, E.: *Ibid.*, pág. 142.

[69] SSTC de: 30-1-81, 8-4-81, 20-7-81.

[70] S.T.C. 13-2-81.

en criterios auxiliares de interpretación para hallar la *"ratio legis"* a la que quedan subordinados.

Ahora bien, ambas formas de explicación de la razón de ser y finalidad del Estatuto vasco, desde la generalidad abstracta del Título VIII o desde la singularidad histórica del caso vasco y de la solución del contencioso histórico, encuentran su síntesis en el propio texto constitucional a través de las Disposiciones Adicional 1º, Transitoria 2º y Derogatoria, equilibrando motivaciones generales y particulares mediante la expresa remisión a la Historia Institucional, remisión que convierte a los *"facta histórica"* en *"facta juris"* cuyas consecuencias jurídicas cabe analizar.

Como establece T.R. FERNANDEZ[71] las Disposiciones Adicional y Derogatoria de la Constitución que son complementarias entre sí han llegado al texto por cauces políticos, pero una vez incorporadas a él adquieren la condición de conceptos jurídicos y como tales han de ser tratados.

En definitiva la Constitución no ha querido hacer tabla rasa del pasado. Admitiendo la existencia de un problema histórico, la falta de arreglo foral, se pretende *"empezar otra vez y empezar mejor, dejando intactos los contenidos positivos del pasado inmediato y remoto a través de la Disposición Adicional 1ª que los ampara y respeta, y eliminar las huellas negativas del pasado"* que han impedido la integración institucional, la institucionalización del País Vasco, a través de la Derogación con efectos "ex nunc" de una praxis institucional negativa[72].

La solución del problema y por tanto la finalidad objetiva de la norma estatutaria (*ratio legis*) analizada desde la Constitución, Título VIII y disposiciones citadas en su conjunto, apunta al logro de la institucionalización e integración del País Vasco en el

[71] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Los Derechos históricos... ob. cit.*, pág. 20.

[72] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Ibid.*, págs. 82 y 83.

marco estatal, al arreglo definitivo, a cuyo fin hay que tener en cuenta a la historia para evitar la reiteración de errores en el nuevo proceso abierto en 1978[73].

La historia positiva, el contenido de los derechos históricos, ha sido profusamente tratada por la doctrina y analizada en varias sentencias del Tribunal Constitucional[74]. En cambio la llamada *"historia negativa"*, los errores del pasado que han impedido el *"arreglo"*[75], apenas ha sido objeto de consideración doctrinal, por la que juzgo importante analizar el proceso institucional iniciado en el siglo XIX y ensayar una concreción de las causas de su fracaso, al objeto de tenerlas en cuenta y evitarlas en lo posible en este nuevo proceso, como quiere la Disposición Derogatoria, apartado 2. Este análisis abarca también a la Disposición Adicional 1ª, y a la Disposición Transitoria 2ª.

[73] PEÑARANDA RAMOS, J.L.: "Disposición Derogatoria. Constitución y Ordenamiento Preconstitucional", págs. 667 a 669.

[74] S.S.T.C. 26-4-88.

[75] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Los Derechos históricos... ob. cit.*, pág. 82.

II. PRENOTANDOS SOBRE EL PROCESO INSTITUCIONAL HISTÓRICO

El objetivo de este acercamiento a la Historia Institucional no es el de *"hacer historia"*, sino el de comprensión de un problema mediante el conocimiento *"mutuo"* de las partes en conflicto, como afirma T.R. FERNANDEZ, y *"si ello es aconsejable con carácter general, lo es más respecto al que ha dado en llamarse problema vasco, problema pendiente desde hace más de siglo y medio que no hemos acertado a resolver porque ni siquiera lo conocemos del todo"*[76].

1. El problema vasco objetivamente considerado, al margen de las causas y del reparto de responsabilidades, se concreta en el fracaso histórico de la convivencia de los principios de unidad constitucional y de autogobierno que pretendió la ley de 25 de octubre de 1839, fracaso que trajo, como consecuencia la desinstitucionalización interna y externa del País Vasco, con excepción de Navarra cuyo arreglo se plasmó en la ley paccionada de 16 de agosto de 1841[77].

2. Por desinstitucionalización, entendemos una situación objetiva, un hecho, caracterizado por la desaparición de un sistema institucional interno y de una forma de estar, o de relacionarse con el Estado (institucionalización externa), propia de las formaciones políticas secundarias. G. MONREAL, citando a HINTZE[78] entiende que un análisis cabal de significado institucional de la Foralidad requiere también abordar todo lo referente a la forma y delimitación externa de la entidad política, sus relaciones externas, su forma de estar, su articulación a esa totalidad de configuración estatal. De ahí que procede distinguir la institucionalización interna y la externa.

---

[76] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Los Derechos históricos... ob. cit.*, pág. 16.

[77] Sobre el particular existe una coincidencia doctrinal absoluta. Así J.P. FUSI, B. CLAVERO, M. HERRERO DE MIÑON, T.R. FERNÁNDEZ y otros.

[78] MONREAL CIA, G.: "Entidad y problemas de la cuestión de los derechos históricos". En *Jornadas de Estudios sobre la actualización de los derechos históricos vascos, ob. cit.*, San Sebastián, 1985, nota 8, pág. 70.

3. **Por proceso institucional**, entendemos un proceso temporal *"ex ante y ex post"*, de carácter histórico, jurídico y social, necesario para la formación de las instituciones, para su conformación normativa y para su asentamiento social.

Sin perjuicio de profundizar más adelante en la Teoría Institucional, toda institución hace referencia a una consolidación estable de conductas, valores, ideas y usos que por su aceptación social adquieren carácter de permanencia. Se objetivan y plasman en estructuras organizadas y adquieren o alcanzan, aunque no siempre, rango normativo[79]. Cabe por tanto distinguir instituciones sociales y jurídicas. Nosotros nos centraremos en las Instituciones jurídicas, pero tanto unas como otras son producto de un proceso.

M. HAURIOU en *Principios de Derecho Público y Constitucional*[80] analiza el proceso de formación de las Instituciones en su aspecto dinámico social y jurídico, correspondiendo su configuración normativa a una fase avanzada dentro del proceso total. Esto significa que habitualmente a la institución jurídica le precede un período de conformación social (idea, fundación, organización, etc.) más o menos prolongado.

ALBERONI, en su obra *"Movimiento e Institución"*[81] describe el proceso de maduración de las Instituciones a partir de la Idea fundacional, del Estado naciente. Pero este proceso histórico, no finaliza con la aparición de las Instituciones jurídicas, con las normas institucionales, sino que éstas se orientan al cumplimiento de una función social[82], persiguen un fin, se abren a una nueva dinámica interna para la realización de

---

[79] LUCAS VERDÚ, P.: *Principios... ob. cit.*, Tomo II, pág. 125.

[80] HAURIOU, M.: *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Ed. Reus, S.A., Madrid, 1927, págs. 84 a 90.

[81] ALBERONI, F.: *Movimento e instituzione*. Bologna, 1973. Traducc. española: *Movimiento e Institución*. Edit. Nacional. Madrid, 1984.

[82] LUCAS VERDÚ, P.: *Principios... ob. cit.*, pág. 125.

los objetivos[83]. De ahí que el proceso histórico de conformación sea *"ex ante"*, pero el de consecución sea *"ex post"*, derivado de la praxis institucional. Este segundo proceso lo que persigue es la consolidación institucional, lo que podemos llamar institucionalización.

A este respecto en un estudio sobre *"El Estatuto y el proceso Institucional"*[84] efectuado en el año 1985, diferenciaba los procesos institucionales históricos de origen consuetudinario y los modernos que se efectúan por medio de ley.

Establecía entonces que toda institución pretende ser un reflejo de valores dominantes y compartidos por el grupo social. Ahora bien la institucionalización real, entendida como adecuación y asentimiento del Grupo Social a los valores efectivamente reflejados en las Instituciones, tiene diferente tratamiento jurídico en el pasado que en el presente.

Las Instituciones forales históricas al proceder por vía consuetudinaria constituyen formas amasadas pacientemente por la colectividad y en un determinado momento adquieren estabilidad institucional, lo que aporta tres consecuencias importantes:

a) La institución histórica representa más que el comienzo, la culminación de un proceso.

b) Al proceder del Grupo Social revisten carácter peculiar y propio.

c) Antes de convertirse en instituciones, ya han sido previamente asumidas por la colectividad, con lo que tienen escasas posibilidades de ser contes-

[83] LUCAS VERDÚ, P.: *ibid.*, pág. 125.

[84] CAÑO MORENO, J.: "El Estatuto y el proceso institucional". En *Euskalherria. Realidad y Proyecto*. Servicio de Estudios. Caja Laboral Popular. San Sebastián, 1985. Tomo II, págs. 483 y ss.

tadas socialmente.

Los procesos institucionales que operan por vía de ley, presentan notables diferencias:

a) Al tener su origen en la ley, más que reflejar peculiaridades y originalidad propenden a la importación-imitación de modelos estandarizados ya ensayados en otras latitudes.

b) Integran un proceso múltiple y voluntarista que impone considerar su asunción por el Grupo Social en diferentes momentos. En la Cámara legislativa, en el refrendo popular (Constitución, Estatuto) y en la praxis institucional.

Se trata de un proceso obligado a mostrar su eficacia en el tiempo, cuya duración depende de la aceptación social por la praxis. En ese momento podremos afirmar que un País, dotado de Instituciones, está institucionalizado. La mera dotación de Instituciones por vía de ley, sea ésta constitucional o estatutaria, no implica que un Estado o que un Pueblo esté institucionalizado.

JELLINEK[83] nos recuerda al respecto que *"las leyes pueden mucho menos de lo que se creía hace un siglo, expresan siempre un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente"*. El deber-ser institucional, no se convierte, sin más, en ser-institucionalizado.

Las diferencias establecidas entre procesos institucionales legales y consuetudina-

[83] JELLINEK, G.: *Reforma y mutación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, pág. 6.

rios no implican añoranza de estadios jurídicos ya superados, sino la constatación de un hecho del que se desprende una o varias reglas:

a) Los procesos institucionales por ley se expresan en tres momentos:
   - modelo institucional.
   - praxis institucional.
   - aceptación institucional.

b) Los procesos consuetudinarios se inician por la praxis, se aceptan socialmente y finalmente se convierten en instituciones o modelos vinculantes.
   - praxis.
   - aceptación social.
   - modelo institucional.

En consecuencia los procesos institucionales hoy tienen un antes y un después en cuyo contexto deben ser analizadas las normas institucionales para que su eficacia formal, propia de toda norma, se convierta en eficacia real mediante la aceptación social no sólo del modelo, sino de su praxis posterior.

Para analizar el fracaso institucional que origina el problema vasco, no es tan importante el análisis del modelo institucional instaurado genéricamente por la ley de 25-10-1839, cuanto su praxis posterior, 1839-1876. Puede admitirse como hipótesis que a pesar de haber sido considerada como ley abolitoria y en tal sentido desinstitucionalizante por la literatura nacionalista, no lo fuese tanto el modelo cuanto la praxis.

En todo caso es necesario efectuar algunas reflexiones sobre el significado institucional de la Foralidad en los aspectos anunciados: institucionalización interna, externa y adecuación o aceptación social.

III. SIGNIFICADO INSTITUCIONAL DE LA FORALIDAD

Los territorios vascos peninsulares, salvo momentos esporádicos,, llevaron una vida política e institucional diferenciada, no obstante poseer un sustrato institucional semejante *"y un elevado grado de homogeneidad en la estructura y funcionamiento del modelo institucional de cada uno de los territorios vascos"*[86]. Partiendo de esta coincidencia sustancial no violentamos la realidad, si analizando el sistema institucional de uno de los territorios, Bizkaia en este caso, introducimos conclusiones de alcance general.

En todo caso no podemos olvidar que a partir del S. XVIII, como establece MONREAL[87] *"la maduración histórica de la comunidad natural vasca presionaba hacia formas de articulación y de organización que permitieran superar las barreras y limitaciones de los Fueros Provinciales"*. Del mismo parecer son A. MAÑARIKUA[88] y CELAYA[89] entre otros. Por estas razones y por constituir el sistema Institucional de Bizkaia, uno de los más desarrollados, se va a centrar el estudio en este Territorio.

Lo deseable sería enfocar el estudio de la Foralidad desde su encuadramiento tipológico o categorial. Pero tratándose de un fenómeno histórico anterior a las grandes conceptualizaciones modernas, no ha merecido la atención de los tratadistas y la historiografía tampoco ayuda demasiado ya que se bifurca entre el idealismo político de la Teoría Foral decimonónica y el reduccionismo de algunos autores contemporáneos a

---

[86] MONREAL CIA, G.: "Las Instituciones Vascas". En *Cultura Vasca I*. Ed. Erein, San Sebastián, 1977, pág. 355.

[87] MONREAL CIA, G.: *Entidad y Problemas... ob. cit.*, pág. 51.

[88] MAÑARIKUA NUERE, A.E.: *Alava, Guipúzcoa y Vizcaya a la luz de su Historia*, Ed. Leopoldo Zugaza, Bilbao, 1977, págs. 10 y ss.

[89] CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Civil Vasco*. Universidad de Deusto. Bilbao, 1993, págs. 21 y 22.

determinados aspectos puntuales. De ahí que MONREAL[90] prefiere hablar de descripción de las Instituciones, antes que de la esencia de la Foralidad. Por su parte, CELAYA[91] ensaya una calificación como régimen de autonomía política, aunque reconoce la dificultad de aplicar categorías propias del Derecho moderno.

El problema, a mi modo de ver, reside no sólo en la calificación del sistema institucional interno, sino en la propia indefinición del sistema externo, ya que no cabe propiamente hablar de Estado español, en sentido moderno, hasta la instauración de la dinastía borbónica, en el siglo XVIII. Difícilmente podemos calificar a la Foralidad hasta esa fecha, si no coincidimos en la calificación del marco estatal en que ésta nace y se desarrolla. En el momento en que la investigación histórica aclare la articulación real entre la Institución Señorial originaria, considerada extraña al Fuero por la literatura nacionalista desde Sabino Arana[92], y las Instituciones propias del Señorío de Bizkaia, se habrá dado un paso importante en este sentido.

Dejando por tanto esta cuestión, y evitando una definición esencialista del Régimen Foral, vamos a destacar las siguientes notas del Sistema Foral:

- carácter autónomo y originario,
- carácter evolutivo-proceso,
- institucionalización interna,
- institucionalización externa,
- asentamiento o aceptamiento social,
- Foralidad y Teoría foral.

---

[90] MONREAL CIA, G.: *Entidad y Problemas... ob. cit.*, pág. 56.

[91] CELAYA IBARRA, A.: "La decadencia del Régimen Foral y los Derechos Históricos". En *Jornadas de Estudio sobre Actualización... ob. cit.*, pág. 40.

[92] ARANA GOIRI, S.: *Bizcaia por su Independencia*. Ed. Verdes Achirica, Bilbao, 1932, págs. 43 a 45. En la página 45 denomina "*antiforal*" a la institución señorial.

1. Carácter autónomo y originario del Régimen Foral

El carácter originario del Régimen Foral se deriva de su origen consuetudinario.

Durante algún tiempo[93] utilizando el sentido anfibológico del concepto de Fuero se pretendió identificar Fuero con Derecho o Privilegio otorgado, pero esta seudo-cuestión quedó superada históricamente. No cabe confundir el Derecho o Fuero de Villas, Cartas Pueblas, Fueros de Población, etc., con Fuero General o Fuero de Bizkaia.

Dejando aparte el Fuero de Durango, Fuero de Encartaciones, Ordenanzas, Cuadernos de Hermandad, y determinados Derechos rogados para poner fin a la inestabilidad social de Vizcaya (Cuaderno de Núñez de Lara, Gonzalo Moro, Chinchilla y otros), el Fuero del Señorío, Fuero Viejo de 1452, deja clara constancia de la existencia de un Fuero consuetudinario, no escrito, cuyo origen es imposible precisar.

CELAYA[94] califica de fantástica la noticia de Iturriza sobre la existencia de unos Fueros escritos en vascuence en Forua-Gernika, aunque confirma su existencia como usos y costumbres por referencias en Fueros Municipales otorgados por Alfonso XI a Arceniega, en 1272, y en otros posteriores como los de Ayala (1363) y Miravalles (1375).

Pero es el propio Preámbulo del Fuero Viejo y la estructura y encabezamiento de sus Leyes quienes testimonian su carácter consuetudinario. El Preámbulo del Fuero de 1452 recoge expresamente la mención al Fuero consuetudinario, al dirigirse los

[93] LLORENTE, J.A.: *Noticias históricas de las tres provincias vascongadas en que se procura investigar el estado civil antiguo de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya y el origen de sus Fueros*. Madrid, 1806-1808.

[94] CELAYA IBARRA, A.: *Derecho civil... ob. cit.*, pág. 28.

vizcaínos al Corregidor y manifestarle que *"como bien sabía los vizcaínos tenían sus privilegios, franquicias y libertades y otros Fueros de albedrío que no estaban escritos*, en cuántos males y errores caían los vizcaínos, durangueses y Encartaciones *"por no tener las dichas franquezas y libertades y Fueros o costumbres que razonablemente se pudiesen escribir"*[95].

Confirmada por el Corregidor la existencia de tales costumbres, se procede a la redacción del Fuero Viejo, que no es Derecho nuevo, sino tránsito a ley escrita del Derecho preexistente. Ello queda aclarado tanto por el propio contenido del mandato de las Juntas Generales a los comisionados para su redacción, como por la estructura de la redacción de las leyes del Fuero, cuyo comienzo siempre se inicia con la fórmula: *"Habían por Fuero, uso y costumbre y establecían por ley..."*[96].

El carácter autónomo del Derecho vizcaíno ha sido discutido por algunos autores[97], al cuestionar las facultades legislativas de las Juntas Generales, ya que el Corregidor como representante del Señor o del Rey era órgano colegislativo.

CELAYA[98] habla de dos sistemas legislativos o normativos: las Juntas con el Rey a través del Corregidor y el Rey con las Juntas mediante el Pase foral, sistema que se asemeja al principio autonómico de distribución de competencias.

Pero si se observa la aprobación del Fuero el 21 de junio de 1452 y el acta correspondiente mencionada por MAÑARIKUA[99], se advierte que *"Las Juntas de*

---

[95] "Fuero Viejo de Bizkaya". En LABAYRU, E.: *Historia General del Señorío de Bizkaia*. La Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1972. Tomo III, pág. 145.

[96] Leyes del Fuero de 1452.

[97] Así, ARTOLA, M., citado por MONREAL CIA, G. en *Entidad y Problemas... ob. cit.*, pág. 72.

[98] CELAYA IBARRA, A.: *La decadencia... ob. cit.*, pág. 41.

[99] MAÑARIKUA NUERE, A.: *Alava, Bizkaia y Gipuzkoa... ob. cit.*, págs. 36 y 37.

Gernika aprueban el Fuero, piden al Rey de Castilla como Señor de Bizkaia que se lo confirme, pero no esperan a dicha confirmación para su entrada en vigor, sino que mandan a los alcaldes y jueces que lo apliquen desde ese momento":

> *"Que de oy en adelante, e aun fasta confirmar las dichas leyes e fuero e derecho por el dicho Señor Rey, usen por ellos e juzguen, e determinen por el dicho fuero e uno por otro..."*[100].

Es sintomática la constación en Actas que el Corregidor se ausentó de la asamblea mientras se leyó y aprobó el texto legal.[101].

El Régimen Foral se configura por tanto como propio, originario, y autónomo en virtud de las facultades legislativas de las Juntas, constituyendo nota esencial de la Foralidad tanto su contenido institucional, como la facultad de dotarse de un Derecho propio.

Será, por tanto, discutible la tesis de la subsistencia del Régimen Foral con posterioridad a la ley de 21 de julio de 1876[102], a través del Concierto Económico puesto que el Decreto de su concesión priva a éste del carácter autónomo esencial a la foralidad.

---

[100] *Fuero de Vizcaya de 1452*. Edic. de Astuy. Bilbao, 1909, pág. 215.

[101] MAÑARIKUA NUERE, A.: *ob. cit.*, pág. 37.

[102] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Los Derechos históricos... ob. cit.*, págs. 65 y 66.

2. Carácter evolutivo de la Foralidad. El proceso institucional

La Foralidad no se presenta como un Cuerpo inicialmente perfecto, ni elaborado. Desde sus orígenes remotos hasta el siglo XVII, siglo de la madurez y esplendor de la Foralidad[103] en expresión de G. MONREAL, transcurre un proceso de paulatina conformación del sistema institucional que afecta a:

a) La aparición de nuevas instituciones y asentamiento de las existentes.
b) Integración territorial y orgánica del Sistema.
c) Conformación legal del régimen consuetudinario.
d) Institucionalización social interna y externa.
e) Elaboración de la Teoría Foral.

A partir de una organización institucional embrionaria sustentada sobre la articulación de niveles locales y territoriales, Anteiglesias –Repúblicas– Merindades y Juntas Generales, se irá complicando el sistema organizativo con la aparición de Villas y Diputación, Regimiento y Gobierno General del Señorío[104].

Como consecuencia de la consolidación de la Institución Señorial, especialmente desde la vinculación con la Corona de Castilla, cobrará nueva dimensión el Juramento y la Confirmación de Fueros y surgirá la institución del Pase Foral[105] como garantía de preservación del ordenamiento propio, garantía que TOMAS y VALIENTE encuadra entre los mecanismos institucionales de defensa del Derecho propio frente al ordena-

[103] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya*. Publicaciones Excma. Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1974, pág. 136.

[104] Estas últimas instituciones proceden del S. XVII.

[105] GÓMEZ RIVERO, R.: *El pase foral en Guipúzcoa en el siglo XVIII*. Public. Diputación Foral de Gipuzkoa. San Sebastián, 1982, pág. 17.

miento regnícola[106].

La configuración del Señorío es también producto de un proceso histórico de integración territorial en el que a partir de un núcleo, la llamada por MONREAL Vizcaya Nuclear[107], comprendida entre la margen derecha del Nervión y el Río Deba o Galarraga, se incorporarán Duranguesado y Encartaciones conformándose para el Siglo XVI, el territorio del Señorío en su configuración actual.

La integración institucional de los núcleos locales es igualmente producto de un proceso. El fenómeno de la creación de Villas, que inicialmente sólo supone una dualidad legislativa de Derecho privado, como consecuencia de las tensiones con la Tierra Llana va a degenerar en enfrentamientos que salpicarán a las instituciones del Señorío. Las Villas permanecerán apartadas de las Juntas Generales, creando sus Juntas de Villas y rompiendo sus relaciones políticas en el Señorío desde 1487 a 1630, fecha en que se produce la concordia entre Villas y Tierra Llana, dando lugar en palabras de MONREAL[108] *"al acta de nacimiento de la estructura institucional de Vizcaya en la época de madurez foral"*.

El propio origen consuetudinario del Fuero experimenta un proceso de maduración legal con la redacción escrita en 1452. Pero esta transformación no resulta definitiva, y el proceso de actualización se plasma en sucesivas reformas del Fuero en 1506 y de 1526. En los preámbulos de ambas Reformas[109] se deja constancia expresa de la necesidad de acomodación a los nuevos tiempos, y especialmente en la de 1526, en la

[106] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español*. Ed. Tecnos, Madrid, 1981, pág. 290.

[107] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, págs. 13 y ss.

[108] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 136.

[109] *Legislación Foral de Vizcaya*. Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1991, págs. 205 y 219.

que se afirma que se *"escribieron en el dicho Fuero muchas cosas que al presente no hay necesidad de ellas, y otras, que al presente son necesarias... se dejaron de escribir en el dicho Fuero"*.

En particular se refiere a la pacificación social del Señorío, sometido hasta ese momento a enfrentamientos banderizos entre parientes mayores, con cuya desaparición cabe hablar de la culminación del proceso de integración social interno, que hace innecesario el mantenimiento de determinadas instituciones.

Las relaciones externas con la Corona atraviesan, también, diferentes fases que van desde el mutuo respeto con la dinastía de los Austrias hasta el enfrentamiento abierto con la absolutismo borbón. Estas circunstancias impulsan igualmente al proceso de acomodación institucional del Fuero, pero especialmente darán origen a una incipiente teoría foral estructurada sobre la defensa del Fuero con motivo de los contrafueros, surgiendo las teorías del pacto, la entrega voluntaria, y otras semejantes de las que se va a nutrir hasta el siglo XIX la literatura foral[110].

Como consecuencia de este conjunto de procesos interactivos va a ir cuajando una valoración social, y un sentimiento favorable al Régimen Foral. Esta consideración no nace solamente del carácter popular o consuetudinario del Derecho Foral, carácter que garantiza por su propia esencia la aceptación social previa[111], sino de la defensa popular de la Foralidad especialmente en los siglos XVIII y XIX. No resulta impropio de un estudio jurídico la utilización de conceptos como el de sentimiento foral[112]. Del

[110] Así: ANDRÉS DE POZA, MATEO DE ECHEVARRI, ITURRIZA, FONTECHA Y SALAZAR, etc.

[111] Vid. págs. 38 y 39.

[112] LARREA, Mª.A.: *"La Teoría Foral en el siglo XVIII"*. En Los Derechos Históricos Vascos, II. Congreso Mundial Vasco. Oñati, 1988, pág. 63.

"sentimiento jurídico" habla L. DUGUIT[113] y P. LUCAS VERDÚ[114] entre otros. El sentimiento jurídico enlaza más con las instituciones que con las normas, ya que debe recordarse, con EHRLICH, que las instituciones políticas capitales, antes han sido instituciones sociales.

En definitiva, reconocer que el Sistema Foral se inscribe en un proceso institucional histórico, es afirmar el carácter evolutivo de la foralidad, y su capacidad de respuesta y acomodación a las diversas circunstancias políticas y sociales. Esta nota característica es asumida por cuantos se han acercado a su estudio[115] pero no en todos tiene idéntico significado.

T.R. FERNANDEZ[116] cifra la esencia de la foralidad no en sus contenidos ni en sus soluciones institucionales, ni siquiera en su carácter autónomo, sino en su naturaleza histórica evolutiva y en constituir un sistema de respuestas cambiantes a las necesidades también cambiantes generadas por la comunidad o por los titulares del poder. Esta constatación del carácter acomodaticio foral, soportada en ejemplos extraidos de la situación menos propicia para la foralidad, siglo XIX, le permite aventurar una interpretación peculiar[117] de la ley del 21 de julio de 1876, y en concreto partiendo de su art. 4º afirmar que no hubo abolición sino evolución foral. Por tanto la foralidad subsiste a través del sistema de Conciertos Económicos. Esta afirmación, históricamente sorprendente, aunque legalmente posible, se presta a algunas consideraciones.

---

[113] DUGUIT, L.: *Traité de droit... ob. cit.*, págs. 49 a 52.

[114] LUCAS VERDÚ, P.: *El sentimiento constitucional*. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1985.

[115] Entre otros: MONREAL, CELAYA, T.R. FERNANDEZ y MAÑARIKUA.

[116] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Los Derechos históricos... oh. cit.*, pág. 45.

[117] *"Peculiar"*, no significa original, ya que fue sostenida por el sector histórico de la *"transigencia"*, sino escasamente compartida.

Toda evolución lo es respecto a una esencia que permanece. La evolución no se entiende sin un mínimo de identidad y permanencia como soporte de la evolución misma. Algo o alguien evoluciona, sin este referente no hay evolución. Ese algo, o alguien, en este caso los Fueros, no pueden evolucionar sino se mantienen todas, parte o alguna de sus notas esenciales, subsistencia que niegan historiadores como MAÑARIKUA y MONREAL entre otros.

Así, MAÑARIKUA, poco dado a afirmaciones sin fundamento histórico comprobado, afirma tajantemente, *"la ley (21-7-1876) no emplea la palabra derogación, pero en realidad con ella muere el régimen foral. No puede calificarse tal, la reminiscencia que constituyen los Conciertos Económicos que se inician a partir de 1878"*[118].

MONREAL matiza más: *"El artículo 4º de la ley de 21-7-76 habla de autorizar al gobierno a la reforma del régimen foral; pero no hay que engañarse, esta autorización nada tiene que ver con la ley de 25-10-1839, ya que con excepción de los órganos forales, han quedado derogadas todas las instituciones forales. Con la disolución de los órganos forales de noviembre de 1877 concluye la etapa foral"*[119]. *"Con el régimen de Conciertos* –concluye– *nace una figura menor de autonomía: el régimen económico administrativo concertista"*.

El pactismo de los conciertos que algunos autores[120] invocan para justificar la continuidad (evolución?) de la foralidad no forma parte de la foralidad material, sino de la formal, de la teoría foral de la que hablaremos más adelante.

[118] MAÑARIKUA NUERE, A.: *Alava, Bizkaia y Gipuzkoa... ob. cit.*, pág. 43.

[119] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, págs. 66-67.

[120] ZAVALA, F.: *De los Fueros a los Estatutos*. Ed. Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones, S.A. San Sebastián, 1976, pág. 59.

3. Notas sobre el sistema institucional o institucionalización interna

Anteriormente hemos constatado las dificultades que se presentan a la hora de caracterizar el Régimen foral. Desde el reduccionismo de algunos autores[121] que centran la foralidad en el sistema de aduanas, la fiscalidad, o la estructura social, al idealismo de otros que la presentan como soberanía nacional[122], pasando por quienes afirman que constituyó un sistema de autonomía política[123]. Por ello hemos optado por describir las instituciones y obtener algunas notas elementales, renunciando de antemano a definiciones categóricas o esencialistas en un sentido u otro.

Hasta este momento no he encontrado ninguna obra que ordene las diversas Instituciones, no ya desde un criterio cronológico, sino desde su naturaleza y finalidad, cuestión que nos aproximará a la caracterización del Régimen Foral. Tras algunas reflexiones sobre esta cuestión, me he permitido efectuar una clasificación de las instituciones, atendiendo a un orden o graduación conforme a su importancia intrínseca, probablemente influenciado por la distinción consagrada desde M. HAURIOU entre Instituciones Persona (esenciales) e Instituciones Cosa (instrumentales)[124].

Así, cabe sistematizar el Régimen foral en base a círculos concéntricos cuyo núcleo, sigo eludiendo el concepto de esencia, viene formado por Instituciones que integran la foralidad material, su organización y contenido. Un segundo círculo de encuadramiento formado por las Instituciones de garantía. Y el último, el más exterior, compuesto por Instituciones de defensa, la Teoría o la Foralidad formal.

---

[121] FERNANDEZ PINEDO, FERNANDEZ ALBADALEJO, ARTOLA, entre otros.

[122] SABINO ARANA, E. ARANZADI, etc.

[123] MONREAL y CELAYA, entre otros.

[124] HAURIOU, M.: *La Teoría de... ob. cit.*, pág. 266.

De acuerdo con este criterio puede distinguirse la organización institucional y el contenido institucional de la foralidad.

Desde otra perspectiva el Régimen Foral convive históricamente con la Institución Señorial y para preservar su propio sistema surgen otra serie de Instituciones cuya finalidad consiste en limitar las posibles alteraciones del Régimen, aunque no añaden nada positivo al sistema. Estas pueden calificarse como Instituciones de garantía en cuanto marcan un círculo de prevención o de reserva.

Finalmente, y con motivo de las tensiones históricas con la Corona, surgirán por vía erudita determinadas interpretaciones sobre la relación Señorío-Reino que irán conformando la Teoría foral en base a principios o Instituciones de corte defensivo.

3.1. Organización y contenido institucional

Toda institución hace referencia esencial y primariamente a una organización que persigue la estabilidad y la permanencia en las relaciones interpersonales o sociales[125], y constituyen límites a la libertad individual. Institución, desde esta óptica, hace referencia a organización social, aunque también se suele aplicar impropiamente a la persona individual, especialmente en Derecho Civil y Constitucional, en cuanto realidad o *"a priori"* cuyo reconocimiento se impone al ordenamiento jurídico.

A su vez, los sistemas organizativos caminan desde la simplicidad a la complejidad, por lo que el orden lógico y cronológico sería: persona, familia, municipio y organizaciones superiores (Juntas Generales, Merindades, Diputación, Regimientos, etc.).

[125] Sobre institución y organización vid. S. ROMANO, HAURIOU, LUCAS VERDÚ y MALINOWSKY. Este último autor desde el campo de la Antropología cultural.

- La persona

En el Fuero surge en primer término la afirmación neta de la personalidad individual[126].

Como ha destacado CELAYA[127] los pronunciamientos del Fuero contienen afirmaciones materialmente constitucionales sobre la igualdad, la libertad y la dignidad personal. A tal fin responden las instituciones forales o libertades públicas de la hidalguía universal vizcaína, las garantías procesales y la exención de tormento o amenaza de tormento de todos los vizcaínos contenidas expresamente en las leyes del Fuero de 1452 y 1526[128]. La hidalguía universal vizcaína recogida en toda su extensión en el Fuero reformado de 1526, viene ya reconocida documentalmente en el Capitulado de Hermandad de 1394 de Vizcaya[129] de NUÑEZ DE LARA.

MAÑARIKUA extiende la igualdad de derechos al acceso a los cargos públicos basándose en el pleito de labradores contra el acuerdo de Juntas Generales que excluía a éstos de los cargos de diputado general, regidor, síndico y bolsero del Señorío[130].

- La familia

La regulación foral de la Institución familiar concierne esencialmente al Derecho

[126] MAÑARIKUA NUERE, A.: *ob. cit.*, pág. 45.

[127] CELAYA IBARRA, A.: *El Derecho Foral de Vizcaya en la actualidad.* Universidad de Deusto, Bilbao, 1970, págs. 10 y ss.

[128] Así: Leyes XII y XIII del Título I y Título VII del Fuero de Vizcaya de 1526.

[129] GALINDEZ SUÁREZ, J.: *La legislación penal en Vizcaya.* Prólogo al Cuaderno de Juan Núñez de Lara, Bilbao, 1934, pág. 74.

[130] LABAYRU, E.: *Historia General... ob. cit.*, Tomo IV, págs. 429 y ss.

privado (troncalidad, libertad de testar, etc.). Pero además sirve de base como unidad de tributación para el sistema impositivo, las conocidas fogueras[131], y para el encuadramiento de las milicias municipales[132].

- El municipio

Estas organizaciones locales, también llamadas Repúblicas, surgen con la espontaneidad de los procesos naturales. Los problemas comunes-(aprovechamientos comunales, pastos, términos territoriales, alimento-pesos y medidas, pleitos, defensa, etc.)[133] y la búsqueda de soluciones crean lazos necesarios de solidaridad que favorecen la aparición de estas organizaciones rudimentarias.

Su denominación originaria de Anteiglesias[134] evoca el lugar primitivo de reunión a falta de Casas Consistoriales. La circunscripción parroquial marca sus límites y el entorno de la Iglesia se erige en centro religioso, jurídico (allí se efectúa los llamamientos forales) y político. El carácter democrático de la composición de sus órganos o asambleas y del sistema de elección de cargos municipales y de apoderados a Juntas Generales, marcará para el futuro la impronta institucional de un sistema electoral propio.

Con la aparición de las Villas a comienzos del siglo XII se produce una división territorial interna denominándose Tierra Llana al territorio rural de Vizcaya reservándose la denominación de Anteiglesia para los municipios de la Tierra Llana. Las villas constituyen un fenómeno excepcional en Vizcaya, no así en Gipuzkoa, y obedecen a

[131] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones vascas... ob. cit.*, pág. 376.

[132] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 377.

[133] MONREAL CIA, G. en cita a GARCÍA GALLO, *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 170.

[134] Vid. MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 270, nota 576, en la que reproduce la definición del P. HENAO.

motivaciones muy diversas –económicas, viarias, portuarias, defensivas– ampliamente estudiadas por MONREAL[135]. Su organización interna es similar a la de las Anteiglesias, aunque sus cargos representativos reciben diversa denominación.

Su nacimiento procede de un acto de concesión o privilegio señorial mediante el otorgamiento de Fuero o Carta Puebla. No responde por tanto a un proceso de evolución institucional natural o espontáneo y expresa una penetración del Poder Señorial, al que las Juntas Generales responderán limitando las facultades fundacionales del Señor. El Capítulo XI del Fuero Viejo[136] establece que el Señor de Vizcaya no podrá *"facer Villa alguna sino estando en la Villa de Gernika consintiendo en ello todos los vizcaínos"*. Su creación va a generar un fenómeno que subsiste hasta nuestros días: la dualidad legislativa en materia de Derecho privado con la consiguiente penetración del Derecho de Castilla o Común.

Las permanentes tensiones entre Villas y Tierra Llana por motivos económicos, jurisdiccionales y representativos en las Instituciones territoriales van a marcar decisivamente la evolución institucional del Señorío y en su fase final, primer tercio del siglo XIX, algunas Villas se erigirán en protagonistas cualificados del proceso de abolición. A pesar del progreso que la Concordia de 1630 supuso para la convivencia de estos núcleos antagónicos, la pacificación nunca fue total ni definitiva. La institución de las Villas, en razón de su origen y por los efectos de dispersión jurídica, económica y política que su creación supuso, no responde a la categoría de institución foral y será vista con recelo por las Instituciones del Señorío.

[135] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, págs. 62 a 67.

[136] Fuero de Vizcaya de 1452. Ed. Astuy, Bilbao, 1909.

• Las Merindades

Tampoco se puede calificar a la Merindad de institución foral. Su razón de ser y origen castellano[137] indican el marco territorial de actuación de los oficiales del Señor: prestamero, merino y alcalde de Fuero. Se corresponde, en Castilla[138], con el desarrollo de las funciones de los antiguos Condes, especialmente en materia recaudatoria, y en Vizcaya sirve también como circunscripción judicial y precedente de los futuros Partidos Judiciales.

Ahora bien como indica MONREAL[139] esta circunscripción administrativa será también utilizada por la Comunidad natural que la integrará como parte de su organización institucional al crear las Juntas de Merindad como institución foral. En cualquier caso, su importancia foral irá decreciendo notablemente siendo absorbidas por las Juntas Generales y quedando reducidas en el S. XVIII a su posición original de ámbito de actuación de los oficiales del Señor[140].

• Las Juntas Generales

Con esta Institución culmina el proceso de organización institucional autónomo del Señorío. Las Diputaciones responden a un proceso interno de distribución de las funciones de las Juntas como consecuencia de la creciente complejidad, pero no representan propiamente un nivel de institucionalización social nuevo.

De manera que se puede afirmar que el núcleo institucional básico se compone

[137] GARCÍA GALLO: *Curso de Historia del Derecho español*. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1950. Tomo I, págs. 189, 194, 195 y 196.

[138] GARCÍA GALLO: *Curso de Historia... ob. cit.*, pág. 196.

[139] MONREAL CIA, G: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 149.

[140] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 168.

por el nivel municipal, anteiglesias o repúblicas, y el territorial por Juntas Generales. El sistema de equilibrios y de relaciones entre ambos expresará la esencia de la organización institucional[141]. Ya hemos destacado más arriba que las Villas y las Merindades tiene un origen señorial y por tanto no comunitario o natural.

MAÑARIKUA[142] recoge como mención más antigua a las Juntas Generales la fecha de 1308, si bien tanto este autor como MONREAL[143] establecen como posible antecedente la escritura de donación del Monasterio de S. Juan de Gaztelugatxe en 1053 que se efectúa ante *"omnium seniorum de Vizcaia"*.

De su carácter representativo y popular se pasó, más tarde, a la representación territorial mediante la designación de apoderados designados por los municipios de la Tierra Llana, Villas, Encartaciones y Duranguesado.

La amplitud de sus competencias sólo se ve limitada por ser un órgano de convocación periódica, no permanente[144]. Destacan entre sus funciones primitivas, la legislativa y la toma de juramento al Señor[145]. Con el tiempo y a medida que se va complicando la vida política del Señorío, asumirá competencias administratias que posteriormente pasarán a ser desempeñadas por el Regimiento o Diputación General.

---

[141] Al organizarse las Juntas con un criterio de representación municipal no es previsible la existencia de tensiones entre Anteiglesias y Juntas Generales.

[142] MAÑARIKUA NUERE, A.: *ob. cit.*, págs. 33-34.

[143] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, págs. 51-53.

[144] MAÑARIKUA NUERE, A.: *ob. cit.*, pág. 35.

[145] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, págs. 57 a 59.

• Diputación General

Afirma MONREAL[146] que con la creación del Regimiento, luego Diputación, se ultima el esquema institucional, aunque su origen no radica en una exigencia social, sino burocrática.

Hasta el año 1500[147] la Junta era el único órgano representativo de la Comunidad. En esta fecha se crea por Ordenanza confirmada por los Reyes Católicos un Regimiento para que *"entienda en la buena gobernación del Señorío"*. Su finalidad es atender con carácter ordinario y permanente los asuntos administrativos. Esta Institución que finalmente recibirá el nombre de Diputación General, y que depende, como órgano delegado, de las Juntas, opera una distribución interna de funciones asumiendo competencias esencialmente administrativas. Tras la Concordia de 1630 recibirá el nombre de Gobierno General del Señorío.

• La Organización de la Justicia

Las disposiciones del Fuero relativas a la Justicia son abundantes[148]. Comprenden la organización, nombramiento de Jueces y Oficiales, desarrollo del proceso, competencia vertical y horizontal y jurisdicción civil y penal.

La función jurisdiccional o Poder Judicial recae en el Alcalde de Fuero, Alcalde de Tierra, Teniente Corregidor, Corregidor y Diputación[149]. La ejecución de los mandamientos y disposiciones judiciales corresponde a Merinos y Prestameros. La provisión

[146] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, págs. 441 y ss.

[147] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 412.

[148] Vid. Título II del Fuero de Vizcaya de 1526.

[149] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 158.

de estos oficios, pertenece al Señor.

Las demarcaciones judiciales coinciden con las Merindades. Las dos primeras instancias están situadas dentro del Señorío. En materia civil la 1ª Instancia corresponde a los Alcaldes de Fuero y Tierra, y la 2ª al Teniente, Corregidor o Diputación. En materia penal la competencia es del Corregidor. La sala de Vizcaya de la Real Chancillería de Valladolid cumple una función similar al Tribunal Supremo para las causas civiles y penales.

A pesar de que la Organización Judicial no participa totalmente del movimiento institucional interno, al confluir en ella elementos señoriales y comunitarios, su arraigo social parece demostrado por la oposición y resistencia a la implantación del Reglamento de Justicia en 1835[150].

- Hacienda autónoma

El gasto público ocasionado por el funcionamiento institucional y por los servicios y obras públicas, se atiende por las autoridades forales mediante el reparto entre las unidades fiscales, llamadas *"fogueras"*, correspondientes más o menos a una unidad familiar[151]. Esta simplicidad fiscal se verá alterada más tarde por el establecimiento de arbitrios permanentes.

En todo caso la competencia fiscal recae en órganos forales, no en el Señor que según el Fuero[152] sólo tenía derechos de prebostad en las Villas, rentas en casas cen-

[150] CELAYA IBARRA, A.: "El Poder Judicial y los Estatutos de Autonomía". En *Simposium sobre el Estatuto Vasco de 1936*. Oñati, 1988, págs. 182 y ss.

[151] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones vascas... ob. cit.*, pág. 376.

[152] Ley IV, Título I, Fuero de Vizcaya de 1526.

suarias, y derechos sobre los productos de las ferrerías y *"otro pedido, tributo, alcabala, moneda, martiniega, ni derechos de puesto seco nunca tuvieron ya que los vizcaínos son libres y exentos, quintos y franqueados de todo otro pedido, imposición"*, etc. Lo que no resultará infrecuente es que ante pedidos de dinero de la Hacienda Real, responda la Diputación concediendo donativos.

Más que exención impositiva o privilegio, se produce la no sujeción al poder tributario del Señor que carece de tal facultad[153], respecto a los vizcaínos.

- Ejército

La defensa del territorio corresponde a las Diputaciones que se apoyan en las milicias municipales, habiéndonos dejado la tradición de los *"alardes"*[154] el recuerdo del adiestramiento vecinal en el manejo, revisión y mantenimiento de armas.

La obligación de defensa acaba en los límites territoriales del Señorío. El Fuero fija este límite en el árbol Malato *"que está en Lujaondo"*. Para acudir al servicio del Señor o de la Corona, el trámite es el *"pedido de hombres"* al que la Diputación accederá frecuentemente.

- Libertad de Comercio y Aduanas

El origen de la libertad de Comercio que refleja la Ley X, Título Primero del Fuero *"que los vizcaínos sean libres y exentos para comprar, vender y recibir en sus casas todas mercaderías, así de pan como de hierro..."* pudo radicar[155] en la necesidad

[153] CAÑO MORENO, J.: "El Derecho de Vizcaya en su Historia". En *Cultura Vasca I*. Ed. Erein, San Sebastián, 1977.

[154] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones vascas... ob. cit.*, pág. 377.

[155] ZABALA, F.: *De los Fueros... ob. cit.*, pág. 25.

de aprovisionamientos dada la pobreza del territorio.

Esta institución se complementa con la ubicación de Aduanas en los Puertos Secos o de montaña para los productos que provenían de Castilla, y la libertad aduanera para los productos procedentes por vía marítima y de ultramar[156].

3.2. Instituciones forales de protección y garantía

La convivencia con la institución Señorial, obliga a evolucionar al Régimen Foral, en la misma medida en que la consolidación del Poder Real se va consituyendo en amenaza para la preservación de la integridad foral. Así:

- El juramento de Fueros

Constituyó desde antiguo la principal garantía de la legalidad vizcaína. Entre las primeras referencias escritas al papel y funciones de las Juntas Generales, destaca la de tomar juramento al Señor[157] *"Do suelen facer junta cuando toman señor"*.

El Fuero abre sus disposiciones[158] estableciendo pormenorizadamente la obligación, el ceremonial y las circunstancias del juramento o confirmación de Fueros, condicionando a su cumplimiento la prestación de obediencia al Señor, a sus oficiales y representantes, y a sus mandamientos y provisiones. Esta institución ha sido interpre-

[156] Ley IV, Título I, Fuero de Vizcaya de 1526.

[157] Crónica del Rey D. Fernando IV, Capítulo XV, mencionada por MAÑARIKUA NUERE, A., *ob. cit.*, pág. 32.

[158] Ley I, Título I del Fuero de Vizcaya de 1526.

tada por Celaya[159] como sometimiento del poder al principio de legalidad.

- El pase foral

La obligación de respetar el derecho foral queda plasmada en la edad moderna mediante la institución del pase foral[160]. Resulta claro que el régimen político-administrativo resultaba incompatible con una concepción absoluta del Poder Real. De ahí que el capitulado de Chinchilla (1487) suprima el pase foral en Vizcaya por ser *"grande ofensa de la Majestad Real y en gran usurpación de su jurisdicción y preeminencia"*[161], pero pocos años después aparece reafirmado y confirmado por Carlos I en el Fuero nuevo.

Si el juramento de Fueros es condición previa a la aceptación del Señor, el pase foral es garantía en el ejercicio ordinario de sus facultades. Así queda recogido en la Ley XI, Título I del Fuero Reformado. *"... que cualquier carta o provisión real que el Señor diese o mandase dar, que sea o ser pueda contra las leyes y fueros, que sea obedecida y no cumplida"*.

Parece tratarse, según R. GÓMEZ RIVERO[162] de una Institución trasvasada al área jurídica vasca desde el Derecho castellano. El pase foral cobra sentido cuando la Institución Señorial pasa a la órbita de la Corona castellana, acrecentándose, con la lejanía y distancia, la presumible confusión de ámbitos de poder. Por ello es significativo que antes de desplazarse el Señorío a Castilla en 1376, los vizcaínos obtienen del Rey D. Pedro en 1356 una escritura con una formulación parecida al pase foral para el caso

[159] CELAYA IBARRA, A.: *El Derecho Foral de Vizcaya... ob. cit.*, pág. 19.

[160] MAÑARIKUA NUERE, A.: *ob. cit.*, pág. 38.

[161] Capitulado de Chinchilla en LABAYRU, E.: *Historia General... ob. cit.*, Tomo III, págs. 380 y ss.

[162] GÓMEZ RIVERO, R.: *El pase foral... ob. cit.*, pág. 16.

de que éste fuese reconocido por Señor[163].

La consignación escrita de la fórmula aparece ya en el Fuero Viejo de 1452, y constituye un examen previo de legalidad no sólo de las disposiciones legales sino de las providencias y mandatos de los representantes del Señor. El pase foral abarca[164] tanto a las leyes y pragmáticas reales como a las provisiones, ejecutorias de los Consejos y Chancillería de Valladolid, incluidos exhortos y despachos de los demás tribunales y juzgados.

- Nueva formulación de derechos e instituciones

Las libertades originarias se trocan en exenciones como consecuencia de la convivencia con la Institución Señorial. Constituyen exenciones frente al Poder del Señor, adoptando una denominación defensiva. Así:

a) la primitiva libertad de comercio reconocida en el capítulo XIV del Fuero Viejo, se confirma en el Título I, Ley X, del Fuero Nuevo, como libertad y exención.

b) la libertad impositiva consagrada por el capítulo IV del Fuero Viejo, se transforma en libertad y exención en la Ley IV, Título I del Fuero Nuevo, conociéndose en lo sucesivo como exención impositiva.

c) lo mismo ocurre con el servicio de armas, que se convertirá en exención (Ley V, Título I) o la exención de tormento y amenazas (Ley XII, Título I Fuero Nuevo).

[163] GÓMEZ RIVERO, R.: *ibid.*, pág. 17.

[164] GÓMEZ RIVERO, R.: *ibid.*, pág. 9.

Resulta al menos significativo que donde el Fuero Viejo hablaba de libertades, el Fuero Nuevo añada exenciones. La nueva formulación de derechos no varía los contenidos, pero se destacan en ella matices de protección y defensa frente al Señor. A este propósito puede obedecer la nueva formulación de la hidalguía universal vizcaína en el Fuero Nuevo. *"Que todos los naturales, vecinos y moradores del Señorío, Tierra Llana, Villas, Ciudad, Encartaciones y durangueses, eran notorios hijosdalgo. Y gozaban de todos los privilegios de hombres hijosdalgo"*[165].

El estatuto de hidalguía implica un privilegio de grupo social: exención impositiva, militar, eliminación de tormento y torturas, garantías procesales y publicidad del proceso[166], y por otra parte su generalización a todos los vizcaínos significa igualdad ante la ley y reconocimiento de derechos fundamentales, no igualitarismo social imposible como escribe en el siglo XVII el autor del *"Tordo Vizcaíno"*[167].

La hidalguía la encontramos por primera vez en el capitulado de Hermandad de 1394 de Vizcaya que al justificar la dificultad de la probanza de los delitos de Vizcaya, que se hacía previsiblemente vía tormento para arrancar la confesión del delincuente, dice: *"porque en la dicha tierra comúnmente todos son fixosdalgo y no aver tormento"*[168]. La hidalguía, por tanto, es la que mejor expresa la doble condición de libertad y

exención. Su afianzamiento jurídico, especialmente en el siglo XVI[169], ilustra su carácter de garantía frente a conculcaciones o falta de reconocimiento de derechos cada vez más frecuentes en la medida en que se consolida el Reino de Castilla y el Poder Seño-

[165] Ley XVI, Título I, Fuero de Vizcaya de 1526.

[166] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones vascas... ob. cit.*, pág. 373.

[167] MAÑARIKUA NUERE, A.: *ob. cit.*, pág. 50.

[168] GALINDEZ SUÁREZ, J., *ob. cit.*, pág. 74.

[169] El siglo XVI, según ELÍAS DE TEJADA, se caracteriza por pleitos y contrafueros en materia de hidalguía.

rial.

3.3. Teoría Foral y defensa institucional

La fijación exacta de la fecha en que comienza la reflexión histórica y doctrinal sobre el sistema foral resulta difícil de precisar[170]. Según ELÍAS DE TEJADA, se inicia en el s. XV con LOPE GARCÍA DE SALAZAR y Fray Gonzalo de ARREDONDO en cuanto a la historia y con Fray Martín de COSCOJALES en cuanto a la concepción política y la Teoría foral[171]. En todo caso surge de la mano de historiadores y juristas y adopta generalmente un tono apologético y defensivo. La historia es doctrinal y la teoría, con acusadas notas de historicismo, se construye sobre la base de alegatos jurídicos con motivo de contrafueros, en Memoriales, Exposiciones y Recursos elevados al Poder Real.

Así en el siglo XV aparece LOPE GARCÍA DE SALAZAR con su famosa obra de *"Bienandanzas y fortunas"* en la que destaca los acontecimientos banderizos y la introducción de elementos legendarios como la batalla de Arrigorriaga y la elección de Jaun Zuria.

En el XVI sobresale Fray Martín de COSCOJALES que, al decir de ELÍAS DE TEJADA[172], expone la primera concepción política aplicando a Vizcaya la calificación jurídica de Señorío y no de Condado, como dominio directo del Rey y no de la Corona de Castilla por tratarse de unión personal y no territorial.

---

[170] LARREA, Mª. A.: *La Teoría Foral... ob. cit.*, pág. 57.

[171] ELÍAS DE TEJADA, F.: *El Señorío de Vizcaya*. Bibliografía vasca. Ed. Minotauro. Madrid, 1963, págs. 73 y ss.

[172] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ibid.*, pág. 80.

El jurista ANDRÉS DE POZA, letrado y defensor del Señorío, es el teórico de la hidalguía universal y en este siglo resume los principios de la teoría foral en la autarquía de Vizcaya, en el nombramiento electivo de los señores y en los Fueros como condiciones impuestas al Señor vía juramento[173].

La plasmación más acabada de los títulos históricos y jurídicos en que se basa la teoría foral en el siglo XVIII, se debe a Mateo de ECHEVARRI que con motivo de contrafuero del "estanco de la sal", eleva en 1631 una Memoria al Rey Felipe IV, basando su argumentación en la independencia originaria de Vizcaya, el pacto mutuo con la Corona en virtud del cual los vizcainos prestan obediencia y el Señor respeta los Fueros, la unión personal entre Vizcaya y el Señor, y el carácter popular, originario y no privilegiado del Derecho Foral.

El siglo XVIII, época de la ofensiva foral dará a conocer las figuras de LARRAMENDI, LA LINDE, FONTECHA Y SALAZAR cuya argumentación proseguirá la línea tradicional.

Lo mismo ocurrirá en el siglo XIX con las figuras de Francisco de ARANGUREN, Pedro NOVIA SALCEDO, Mateo MORAZA y EGAÑA, entre otros.

Estas construcciones eruditas procedentes del terreno de la defensa legal, constituyen la Teoría foral cuyos temas reiterados versan sobre:

a) Independencia originaria de Vizcaya.
b) Señorío electivo.
c) Unión personal y no territorial.
d) Pacto con la Corona y unión igual, principal y respectiva, que en palabras de Fontecha y Salazar significa tanto como compromiso generador de mutuas obligaciones entre Vizcaya y el Señor.

[173] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ibid.*, págs. 91 y 92.

4. La institucionalización externa: relaciones Señor-Señorío

El análisis de la Institución Señorial no se ha incorporado dentro del estudio del sistema institucional interno o propio porque, salvo las aportaciones de la leyenda, de la teoría foral y de la literatura nacionalista, no hay fundamento histórico suficiente para calificar a la figura del Señor como Institución de origen autóctono.

Por otra parte, resulta indispensable su consideración ya que la Foralidad, como formación política secundaria[174], no se comprende sin este referente obligado, y su propia evolución y conformación está condicionada históricamente por las relaciones con el Poder Señorial.

4.1. La Institución Señorial: Los señores-nobles

La teoría foral tradicional considera al Señor como una Institución propia de origen electivo popular, con base en la leyenda de la elección de Jaun Zuria después de la Batalla de Padura o Arrigorriaga[175].

La literatura nacionalista, a partir de Sabino Arana[176], no niega este origen, aunque sostiene que la institución señorial fue una forma histórica no esencial que, al evolucionar hereditariamente y confluir con la Corona de Castilla, fue la causa de la pérdida de la independencia y soberanía forales originarias.

---

[174] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 70.

[175] MAÑARIKUA NUERE, A.: *Edad Media y Señoríos: El Señorío de Vizcaya*, Diputación Foral de Vizcaya. Bilbao, 1972, págs. 18 a 21.

[176] ARANA GOIRI, S.: *Bizcaia por su... ob. cit.*, págs. 43 a 45.

MAÑARIKUA y MONREAL[177] coinciden en señalar el siglo XI como referencia histórica a partir de la cual se puede seguir la sucesión de los Señores de Vizcaya. La penumbra de los siglos VIII al X afecta tanto al mundo de las instituciones, como a las funciones y nombres de los Señores. La única forma de acercarse a esa oscuridad institucional es la leyenda y el mito.

Siguiendo a MAÑARIKUA, la leyenda o mito que va a adquirir carácter de dogma intocable intimamente ligado a la dignidad del Señorío y a la defensa de sus Instituciones, procede de una tradición colectiva oral, recogida en el siglo XIV por el Conde de BARCELOS que establece el carácter electivo del Señor y que aporta con GARCIA DE SALAZAR elementos eruditos referidos al pacto con el Señor, probablemente inspirados en el Fuero de Sobrarbe o en el propio Fuero Viejo de 1452, ya redactado cuando él escribe. Respecto al valor de las leyendas, mitos y tradiciones colectivas[178] puede afirmarse que parten de un núcleo de verdad que posteriormente se reviste de fantasía por la imaginación popular, y su valor es todavía mayor si su creación en lugar de individual es colectiva. No obstante resulta insuficiente para servir de base histórica.

Dejando la leyenda, y de la mano de la Historia, el siglo XI nos sitúa ante el primer Conde o Señor del que hay referencias históricas: Iñigo López[179]. F. TOMAS Y VALIENTE[180] escribe que *"durante el reinado de Alfonso VI (1065-1109) Vizcaya se incorpora a Castilla. El entonces Conde de Vizcaya accede a ayudar a Alfonso VI a cambio de que el rey castellano reconozca a dicho Conde (Iñigo López) y a sus*

[177] MAÑARIKUA NUERE, A.: "Orígenes del Señorío de Vizcaya" en *Edad Media y Señoríos... ob. cit.*, págs. 17 y ss. En el mismo sentido MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 17.

[178] MAÑARIKUA NUERE, A: *ibid.*, pág. 20.

[179] MAÑARIKUA NUERE, A.: *ibid.*, pág. 17.

[180] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia... ob. cit.*, pág. 257.

sucesores el Señorío jurisdiccional y hereditario sobre Vizcaya". En este momento Vizcaya se convierte de Condado en Señorío Jurisdiccional y hereditario. G. MONREAL coincide con esta tesis cuando, al tratar sobre Iñigo López, Conde de Vizcaya, coloca en este personaje el cambio de Condado a Señorío jurisdiccional[181].

El Conde, siguiendo a este autor, es un oficial designado por el Poder Real al frente de una demarcación territorial –Condado– que en nombre del Rey ejerce funciones gubernativas, administrativas y fiscales. Cuando este oficial se convierte en vitalicio y su cargo es hereditario, el Condado se convierte en Señorío Jurisdiccional. A veces puede ocurrir que un propietario latifundista consiga que sus propiedades y tierras queden exentas del control del oficial real, como tierra apartada o exenta, y él mismo ostente todas o alguna de las facultades del Conde. Esta figura se llamará Señorío dominical-jurisdiccional[182]. En cualquiera de los dos casos, el cambio de Condado a Señorío implica el carácter vitalicio y hereditario del cargo y/o la exención o liberación de la autoridad de los oficiales reales como tierra exenta o apartada. Así se explica que F. TOMAS Y VALIENTE[183] afirme que con la conversión en Señorío *"la intervención real en Vizcaya fue en adelante mínima"*, ya que las funciones del Conde pasan al Señor.

En todo caso no queda aclarado por la Historia cuál es el origen del Condado, ni el título en que se apoya el Rey para designar Conde en Vizcaya con anterioridad a su incorporación a Castilla en el reinado de Alfonso VI.

Según el Códice de Roda y la Crónica General que mandó componer Alfonso

[181] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 26.

[182] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, págs. 22 y ss.

[183] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Derecho... ob. cit.*, pág. 257.

XI[184], se habla de un Conde Momo de Vizcaya en el siglo X, pero la penumbra histórica no permite precisar el título de su nombramiento, por lo que no es de extrañar que esta franja histórica haya sido cubierta por la leyenda del pacto y la entrega voluntaria condicionada al respeto a los Fueros. De las dos hipótesis posibles –entrega voluntaria o conquista– la primera de ellas justifica mejor las instituciones que aparecerán más tarde como el juramento de Fueros y el Pase Foral.

4.2. Los Señores-Reyes

Durante el período anterior, siglos XI-XIII, nos encontramos con una *"Comunidad sólidamente estructurada y con fuerza suficiente para pactar con el Señor –sea electivo o hereditario– la observancia del sistema político establecido"*[185]. TOMÁS Y VALIENTE destaca que la incorporación de Vizcaya a Castilla se efectuó sin perjuicio del mantenimiento de su régimen jurídico propio[186].

Nos situamos, por tanto, en el siglo XIV, con un Señorío Jurisdiccional y hereditario, con una tierra apartada y exenta, con una mínima intervención directa del Rey y con una sociedad estructurada que mantiene intacto su ordenamiento jurídico frente al Señor, desarrollando su sistema institucional y sus peculiaridades[187].

La sucesión en el Señorío de los llamados nobles-Señores, va a dar paso en 1379 a la de Reyes-Señores como consecuencia de la subida al trono de Don Juan, que había heredado de su madre Dña. Juana Manuel descendiente de la familia de Haro, los

[184] Citados por MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 21.

[185] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 357.

[186] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia... ob. cit.*, pág. 251.

[187] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ibid.*, pág. 257.

derechos sucesorios sobre el Señorío de Vizcaya. En este momento se cierra la etapa propiamente señorial caracterizada por la coexistencia de un Poder Señorial, semi-independiente de la Corona de Castilla, con una Comunidad sólidamente institucionalizada y defensora de su propio régimen jurídico-político[188], para dar paso a una relación más directa entre la Corona y el Señorío, como consecuencia de la fusión de títulos de Señor y de Rey en una sola persona. Existe unanimidad práctica en los historiadores al admitir que la incorporación al realengo del Poder Señorial no produjo la fusión o despersonalización jurídico-política del Señorío[189], sino la unión en la persona del Rey de títulos diferentes sin incorporación territorial ni política del Señorío al realengo.

Esta diferenciación de niveles se advierte en la suma de Títulos (Rey de Castilla y Señor de Vizcaya), en los límites institucionales al ejercicio del poder (juramento de Fueros y Pase Foral), en el reconocimiento oficial de Vizcaya como Tierra apartada[190] de Castilla, habitada por gentes libres[191], ratificación efectuada por Enrique I en 1401 cuando dice que *"el dicho mi Señorío de Vizcaya es apartado sobre sí en sus fueros y libertades"*[192], y demostrada por Isabel la Católica al asumir el título de Señora en 1473 antes que la Corona de Castilla, y por los Reyes Católicos en carta dirigida a los cónsules en Brujas calificando a Vizcaya de *"nación separada"*[193].

El propio Fuero Viejo de 1452 confirma esta separación entre Señor y Rey,

---

[188] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 49.

[189] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Derecho... ob. cit.*, pág. 258. En el mismo sentido, MONREAL y ELÍAS TEJADA.

[190] "Crónica del Rey D. Juan I", en MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 50.

[191] MARICHALAR Y MANRIQUE: *Historia de la Legislación y recitaciones del derecho civil de España*. Ed. Gasset y Cía. Madrid, 1868, Tomo VIII, pág. 69.

[192] MARICHALAR Y MANRIQUE: *ibid.*, pág. 71.

[193] MARICHALAR Y MANRIQUE: *ibid.*, pág. 71.

según ELIAS DE TEJADA, en sus leyes 7,8,9,10,12 y 17[194] donde se distingue en todo momento los títulos de *"Rey, como Señor de Vizcaya"*.

4.3. Relaciones institucionales Señorío-Corona

Una vez conformados los dos núcleos organizativos que integran el cuadro institucional –oficiales del Señor: prestameros y merinos alcaldes de fuero, corregidor y teniente, y representantes de la Comunidad: Juntas Generales, Juntas de Merindad, etc.–[195], ¿cuál fue el grado o nivel de relación entre ambos poderes?

CELAYA[196], con aplicación de categorías actuales, califica al sistema foral como régimen de autonomía basado en el reparto competencial a) del poder legislativo (las Juntas legislan con el Señor, a través de su representante el Corregidor, y el Señor con las Juntas, a través del pase foral), b) del poder judicial (oficiales reales y organización autónoma), c) del autogobierno, (Diputación-Corregidor) y de la ordenación de impuestos (derechos del Señor y Hacienda Autónoma). Deslinde competencial delimitado por la Ley Foral que arbitra el sistema de relaciones institucionales y lo preserva mediante las instituciones de protección y garantía, especialmente el pase foral.

Al margen de calificaciones jurídicas, es cierto que coexistieron dos niveles de poder político-administrativo, cuyo equilibrio formal residía en la Ley Foral y el real quedaba garantizado por el control de los contrafueros y la utilización del Pase Foral. De ahí que para analizar el grado de institucionalización o de adecuación institucional práctico entre ambos niveles, el camino más seguro sea el seguimiento de los roces institucionales a través de los contrafueros.

---

[194] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ob. cit.*, pág. 19.

[195] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 50.

[196] CELAYA IBARRA, A.: *La decadencia del... ob. cit.*, pág. 40.

Previamente cabe advertir que ambos núcleos se hallan en proceso de evolución. La progresiva integración territorial, personal y política de Vizcaya va a culminar en el siglo XVII, siglo de la madurez foral[197]. Pero también la monarquía castellana representada inicialmente por la fusión de las Coronas de Aragón y Castilla va a ir cobrando entidad objetiva en un proceso de expansión cuyo apogeo imperial se consolida en el mismo siglo XVII. Las relaciones institucionales de este siglo con ambos núcleos conformados y maduros ofrecen gran interés.

El análisis de las relaciones siglo a siglo, comienza a partir de la aprobación del Fuero Viejo, 1452, como punto de partida que permite el contraste objetivo de contrafueros o alteraciones del Derecho escrito.

4.3.1. Siglo XV

Este siglo se caracteriza internamente por la inestabilidad social provocada por las luchas de banderías y las repercusiones de este enfrentamiento en las relaciones Tierra Llana-Villas. La oposición Tierra Llana-Villas va a ser una constante hasta 1630 fecha de la escritura de Concordia, y tiene diversos motivos (económicos, jurídicos, sociales, etc.).

Las Juntas Generales de 1452 limitan la penetración del Poder Real y del Derecho común impidiendo al Rey que funde nuevas Villas sin estar en Juntas Generales y convenir en ello todos los vizcaínos[198] *"Por cuanto todos los montes e usos e ejidos son del Señor de Vizcaya e de los fijosdalgo e pueblos a medias"*.

La Villa de Bilbao se siente amenazada y solicita al Rey la aplicación de orde-

[197] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 136.

[198] Capítulo XI, Fuero Viejo de 1452.

nanzas para poner fin a las luchas de bandos. Los Reyes Católicos envían al licenciado Chinchilla quien en 1487, concierta las ordenanzas que llevan su nombre con las Villas y ciudad, en virtud de las cuales y con esta finalidad pacificadora, altera el sistema judicial, suprime el Pase Foral y prohíbe a las Villas su asistencia a las Juntas Generales para evitar conflictos.

Estas medidas alteran el espíritu y la letra del Fuero[199] y el núcleo de sus disposiciones modifica profundamente el sistema jurídico vizcaíno[200]. Tendrá efectos negativos al reforzar la dualidad jurídica Villas-Tierra Llana, y especialmente peligrosa resulta la negación de fundamentos jurídicos del Pase Foral, que servirá de precedente histórico para actuaciones posteriores de la Corona en el siglo XVIII, ya que tales Ordenanzas se insertarán en la Ley II, Título I del Fuero Nuevo de 1526.

La gravedad de este episodio para el equilibrio y adecuación institucionales, queda atenuada por tratarse de un derecho o legislación excepcional, rogado o pedido por las Villas para acabar con las pugnas banderizas, no resultando claro que se extendiese a pesar de los intentos, a la Tierra Llana[201], como aclaró Pedro NOVIA DE SALCEDO. En esta caótica situación sólo existía un árbitro: el Poder Real[202].

Ambos acontecimientos de signo opuesto –limitaciones impuestas al Rey para fundar Villas y supresión del pase foral en las Villas patentizan el equilibrio institucional en estos momentos, que no ofrece mayores motivos de confrontación que los provocados por la propia inestabilidad social interna.

---

[199] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ob. cit.*, pág. 49.

[200] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 94.

[201] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ob. cit.*, pág. 50.

[202] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 92.

4.3.2. Siglo XVI

Este siglo se estrena con dos acontecimientos importantes para el sistema foral: las reformas del Fuero de 1506 y de 1526.

La primera de ellas tiene como causa *"la variación, confusión y debates sobre cómo y en qué manera se debían guardar, aplicar e interpretar algunas leyes del Fuero"*[203], en materia de *"Probanza de leyes"*, garantías procesales, dificultades que presentaba la hidalguía para arrancar confesión a los delincuentes por la exención de tormento, pena de muerte, juramento decisorio y querellas criminales[204]. Las Juntas a través de estas nuevas disposiciones pretenden la normalización del derecho a través de la interpretación auténtica del Fuero.

La segunda reforma, Fuero Nuevo de 1526, explica sus motivos en el preámbulo: *"Como el Fuero fue antiguamente escrito, en tiempo que no había tanto sosiego, justicia e tanta copia de letrados, a cuya causa se escribieron muchas cosas que al presente no hay necesidad de ellas, y otras, que de la misma manera según curso del tiempo y experiencia están superfluas y no se platican, y otras que al presente son necesarias para la paz e sosiego de la tierra"*[205].

En esta justificación sobresale el carácter evolutivo de la foralidad y la necesidad de acomodar las leyes a los nuevos tiempos, así como la necesidad de dotar de determinada técnica legal a la redacción de las leyes. En este último aspecto ya la reforma de

[203] Reforma del Fuero Viejo de 1506 en *Legislación Foral de Vizcaya... ob. cit.*, págs. 203-204.

[204] Reforma de Fuero Viejo 1506. *Legislación Foral de Vizcaya... ob. cit.*. Otrosís nºs. 1 al 11, págs. 204 a 212.

[205] Fuero Nuevo de 1526. *Legislación Foral de Vizcaya*, pág. 219.

1506[206] hace referencia a la *"común opinión de los doctores"*, y el de 1526[207] a *"tanta copia de letrados"*.

Al margen de motivaciones jurídicas, sociales y técnicas, las principales innovaciones afectan a la regulación de la hidalguía universal[208]. (Andrés de POZA[209] ensaya la demostración teórica de la nobleza universal vizcaína, y el Fuero recoge en las Leyes XIII a XVI del Título I, una completa regulación sobre la hidalguía), y un tratado sistemático, ordenado y nítido de las garantías procesales, tema especialmente actual en aquella época, que engloba el mandamiento de prisión, garantías, iniciación del proceso, llamamiento, publicación, medios de prueba y límites de la acusación[210].

En cuanto a las relaciones Señorío-Corona, en este momento es conveniente enmarcar la cuestión en el ambiente general que TOMAS Y VALIENTE[211] califica de *"Unión de la Monarquía y diversidad de Reinos y de Ordenamientos Jurídicos"*, bajo el Título, *"Entre Absolutismo y Pactismo"*.

Este autor, al analizar las relaciones Poder Real-Ley o Fuero, a la luz de la doctrina política del Siglo XVI, afirma que España, en esta época, constituye una Comunidad de Naciones, cohesionada por la persona del Rey, quien a su vez personifica al Estado: *"Un solo Estado, una sola Monarquía, un solo Soberano. Pero hay diversidad de Reinos y de Sistemas Jurídicos. Y hay una realidad más profunda y permanente:*

[206] Reforma de Fuero Viejo 1506, otrosí 7°, en *Legislación Foral... ob. cit.*, pág. 208.

[207] Fuero Nuevo. "Preámbulo". *Legislación Foral... ob. cit.*, pág. 219.

[208] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ob. cit.*, pág. 77.

[209] POZA, A. de: *Discurso de la nobleza de España*, citado por ELÍAS DE TEJADA, *ibid.*, pág. 89.

[210] CELAYA IBARRA, A.; *El Derecho Foral de Vizcaya... ob. cit.*, págs. 14 a 18.

[211] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, págs. 281 y ss.

diversidad de Naciones"[212].

Esta situación incómoda para el Rey, va a intentar superarse doctrinalmente a través de la doctrina de la *"plenitudo potestatis"*, *"divinización del Rey"*, *"Princeps legibus solutus"*, etc., postura que hallará respuesta en teólogos y moralistas opuestos a esta tesis. Pero especialmente hará surgir las instituciones legales de defensa de los ordenamientos nacionales o forales como son *"el contrafuero"* de Castilla, el *"derecho de sobrecarta"* en Navarra el *"pase foral"* de Gipuzkoa, Alava y Vizcaya, el *"poc valdrá"* de Cataluña, o el *"Juez de Agravios y Contrafueros"* de Aragón[213].

Al margen de los mecanismos de defensa generales, por lo que concierne a Vizcaya surge un embrión de Teoría Foral, con Fray Martín de COSCOJALES, IÑIGUEZ DE IBARGÜEN y Andrés de POZA, centrada en la separación de Vizcaya y Castilla, el pacto foral o Tablas Forales y la autarquía vizcaína[214].

Respecto a las relaciones personales Rey-Señorío, tal como se deduce de las Cartas de Carlos V y Felipe II[215], atraviesan una auténtica *"luna de miel"*, circunstancia que no conviene magnificar puesto que las preocupaciones imperiales y el mantenimiento de las posiciones en Europa y Ultramar no permitía crear adicionalmente focos de tensión interna.

En cuanto a las relaciones institucionales, éstas discurren dentro de una tónica respetuosa al Fuero, cuyas confirmaciones y juramentos se suceden con Carlos V, Felipe

[212] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ibid.*, pág. 282.

[213] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ibid.*, págs. 286-296.

[214] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ob. cit.*, cap. IV, págs. 73 y ss.

[215] LABAYRU, E.: *Historia General... ob. cit.*, Tomo IV, págs. 171 a 174.

II y Felipe III. Los únicos roces[216] o contrafueros se producen con ocasion de los pedidos de hombres y dineros, cuestión por otra parte lógica ya que era necesario soportar las campañas expansionistas del Imperio, circunstancia que motivará las quejas del Señorío en 1581[217].

En contrapartida, puede decirse, que en el S. XVI se consolida la hidalguía universal vizcaína, y con Felipe II toma forma definitiva la organización institucional de Vizcaya colaborando en la formación del Regimiento Particular y General, luego Gobierno Universal y Diputación de Vizcaya, reponiendo con toda celeridad los contrafueros[218] ocasionales. Actuación que mereció elogios de historiadores como FIDEL de SAGARMINAGA: *"Felipe II se mostró siempre benévolo en Vizcaya; no parece que hubiese pensado nunca en destruir ni socavar sus instituciones. Sólo exigía con frecuencia del Señorío marineros con que tripular la armada, y aun eso en términos de persuasión y ruego, no de imposición violenta"*.

[216] LABAYRU, E.: *ibid.*, Tomo IV, pág. 489.

[217] LABAYRU, E.: *ibid.*, Tomo IV, págs. 492 y 493.

[218] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ob. cit.*, págs. 105-109. En el mismo sentido MONREAL, SAGARMINAGA, etc.

4.3.3. Siglo XVII

Esta centuria, denominada por MONREAL[219] de madurez foral, se caracteriza internamente por la integración institucional del territorio de Vizcaya que a partir de 1630, fecha de la Escritura de Concordia entre Tierra Llana y Villas, va a caminar bajo unas mismas Instituciones Públicas, mediante la asistencia de las Villas a las Juntas Generales y su incorporación al Regimiento o Gobierno Universal de Vizcaya. También se produce en este siglo la consolidación del Regimiento, que a partir de 1645 tomará al nombre de Diputación General.

La Escritura de Concordia, constituye *"el acta de nacimiento de la estructura institucional de Vizcaya"*[220] y compendia *"el largo y azaroso proceso de constitución territorial y política del Señorío"*[221]. Esta concordia, en el campo del Derecho privado permitirá reducir la dualidad legislativa, mediante el ofrecimiento a las Villas de la opción para acogerse voluntariamente al Derecho originario de la Tierra Llana, tal como se desprende del artículo 1º del Capitulado[222]. Este derecho fue ejercitado más tarde por las Villas de Elorrio, Ochandiano, Villaro y algunos términos de Bermeo[223].

Este bloque institucional consolidado va a probar su fortaleza con ocasión del famoso contrafuero conocido como *"estanco de la sal"*, en el año 1631. Ya en 1601, con Felipe III, se produjo un intento de contrafuero fiscal al pretender aplicar al Señorío

[219] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, pág. 136.

[220] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 136.

[221] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 136.

[222] *Legislación Foral de Vizcaya*, pág. 392.

[223] *Legislación Foral de Vizcaya*, págs. 397 y ss.

la saca de millones o impuesto de usos y consumos[224]. El tono de la oposición del Señorío a la pretensión real, que desconocía el derecho a la exención impositiva, fue tan contundente que F. de SAGARMINAGA puso en duda la autenticidad del documento en que se amenaza al Rey con *"buscar otro Señor que nos ampare y trate bien"*[225].

En 1626, de nuevo las Juntas se oponen al establecimiento de tasas o derechos de anclaje de navíos, alegando que las Cortes castellanas no pueden legislar sobre Vizcaya *"por ningún modo ni manera, por ser sus leyes distintas y separadas, sin sujeción a la Corona ni ser su parte, ni miembros, estando sometidos al Rey por derecho de sangre 'aequae principaliter' al mismo nivel que los Reinos de Aragón, Castilla y Portugal"*[226].

El Conde Duque de Olivares en su Memorial al Rey Felipe IV en el año 1624 expone la conveniencia de reducir a unidad la pluralidad de Reinos, mediante la aplicación del Derecho de Castilla y la supresión de los ordenamientos regnícolas. La motivación próxima es de carácter fiscal ante el agotamiento de las arcas de Castilla a cuyas espaldas ha recaído la financiación de las campañas de expansión imperial, pero la estrategia es más amplia ya que persigue lograr la unificación jurídica del Reino[227].

En este contexto va a tener lugar el año 1631 el episodio del *"estanco de la sal"*, circunstancia que despojada de su carácter anecdótico, constituye fiel reflejo de la situación institucional del momento. Una vez más la motivación es económica, característica constante de los contrafueros de este siglo, pero permite descubrir el grado de cohesión territorial después de la Concordia, las pretensiones recaudatorias de la Coro-

[224] LABAYRU, E.: *Historia general... ob. cit.*, Tomo V, págs. 6 y ss.

[225] SAGARMINAGA, F. de: *El Gobierno y el Régimen Foral del Señorío de Vizcaya*. Diputación de Vizcaya. Bilbao, 1935. Tomo IV. pág. 224.

[226] LABAYRU, E.: *Historia General... ob. cit.*, Tomo V, págs. 161 y 162.

[227] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, pág. 283.

na, la contundente respuesta institucional de Vizcaya, la reacción de la Corona reponiendo el contrafuero, y la consolidación de la Teoría Foral con las argumentaciones políticas de MATEO DE ECHEVARRI, autor de la Memoria del Señorío.

A la imposición de la tasa por el comercio de la sal que vulnera la libertad de comercio, la respuesta legal y social del Señorío aparece a nuestros ojos como excesiva. Genera una revuelta social que reaviva los enfrentamientos de los núcleos rurales y urbanos del Señorío, y pone de relieve que a pesar de la Escritura de Unión y Concordia de 1630, subsisten las desavenencias[228]. A pesar de que inmediatamente se dejó sin efecto el contrafuero, la cuestión dará motivo a una exposición sistemática y polémica como alegato defensivo de la doctrina política y jurídica de Vizcaya salido de la pluma del escribano y asesor del Señorío Mateo de ECHEVARRI[229], en el que se resumen los principales argumentos o tesis en que se sustentará a partir de este momento la Teoría Foral:

a) Libertad de comercio y exención tributaria conforme a Fuero.
b) Carácter pactado del Gobierno vizcaíno, independencia originaria, entrega voluntaria, tierra no conquisttada, tierra separada, unión personal y carácter originario, no concedido, de los Fueros[230].

Con Carlos II se cierra el siglo sin que, según LABAYRU[231], merezcan reseñarse otros contrafueros que los motivados por cuestiones fiscales, como el cobro de derechos por Comisionados del Santo oficio, o en materia de designación de Alcaldes

[228] GUIARD LARRAURI, T.: *Historia de la Noble Villa de Bilbao*. Ed. Gran Enciclopedia Vasca. Bilbao, 1971-1974. Tomo II, pág. 105.

[229] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ob. cit.*, pág. 131.

[230] LABAYRU, E.: *Historia General... ob. cit.*, Tomo V, pág. 208.

[231] LABAYRU, E.: *Historia General... ob. cit.*, Tomo V, págs. 561 a 563.

de Fuero, como el que recayó en el conde de Lences a quien se obligó a renunciar a la alcaldía de Baracaldo en 1688[232]. Con este Rey finaliza la presencia de la Casa de Austria en la Corona, con un balance institucional que permite calificar la relación Señorío-Corona de mutuo respeto, no exento de roces puntuales en materias fiscales o militares que no cuestionan los fundamentos del Sistema foral. Por el contrario en esta época se consolida al cuadro institucional y toma cuerpo la Teoría Foral, alcanzándose la madurez foral.

Conviene, no obstante, puntualizar con TOMAS y VALIENTE[233] que la concepción política de la llamada Monarquía universal hispánica se construyó sobre la unidad del Rey y la pluralidad de Reinos y de ordenamientos jurídicos regnícolas, por lo que el respeto al Fuero puede considerarse como una postura normal y general de la Monarquía, no sólo con Vizcaya, sino con todos los reinos: Aragón, Valencia, Cataluña, etc. Se trata de territorios fruncidos o cohesinados en la persona del Rey, más que de un Estado organizado que todavía no existe[234].

4.3.4. Siglo XVIII

Si hasta este momento las relaciones Señorío-Corona presentan un perfil de adecuación institucional, el siglo XVIII representa la ruptura del modelo de convivencia institucional. Las causas van desde motivaciones ideológicas, filosóficas y científicas –racionalismo e iiustración–, pasan por una nueva concepción del Estado y del Poder del Rey– administración centralizada y absolutismo– y se expresan en una política de contrafueros a todos los niveles: políticos, administrativos y fiscales.

---

[232] SAGARMINAGA, F. de: *ob. cit.*, págs. 247-248.

[233] TOMÁS Y VALIENTE, F: *ob. cit.*, págs. 281-283.

[234] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 58.

La filosofía racionalista que inspira el llamado siglo de las luces, y el despotismo de la razón aplicado a las ciencias y a la política se transforma en despotismo ilustrado, cuyo efecto más notorio consiste en la aparición de un Estado fuertemente centralizado, cuya organización obedece a pautas de racionalidad y eficacia administrativas. Emerge un nuevo modelo de Estado en lo político y en lo administrativo. MONREAL[235] dirá que durante los siglos XVI y XVII no ha existido propiamente Estado, ni políticas generales. A partir de los Decretos de Nueva Planta nace un Reino unitario y ampliamente centralizado, con extensión a todos los reinos del sistema de administración castellana.

El Poder Real, de inspiración y procedencia francesas, suma a la centralidad administrativa el carácter absoluto del Poder. Así, la sumisión del Rey al Derecho, esencia de la foralidad, se transforma en creación del Derecho por el Rey[236]. El regalismo como teoría que explica la soberanía como reducto de poderes concretos inalienables, permite la recuperación de derechos regios, jurisdicciones, y oficios públicos que la Corona había cedido en el pasado[237] a súbditos individuales y colectivos.

Como consecuencia de la política uniformista implantada por los Decretos de Nueva Planta, desaparecen como represalia o derecho de conquista[238], los Ordenamientos jurídicos de Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca, quedando como única excepción foral peninsular el Derecho de las, desde entonces, llamadas *"Provincias Exentas"*. Las provincias vascas se convierten en una *isla*[239] dentro del nuevo modelo de Estado. A esta singularidad objetiva, se añadirá, como consecuencia de los contrafueros, la

[235] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 58.

[236] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, pág. 369.

[237] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ibid.*, pág. 259.

[238] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 58.

[239] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 59.

conciencia de unión de los Territorios Vascos con reforzamiento de lazos defensivos y la creación de instituciones comunes como la Conferencia de Diputaciones fundada en la igualdad de estatus y la conciencia de la Comunidad de intereses[240].

Los contrafueros de este siglo se caracterizan no tanto por la materia, que sigue siendo fiscal, aduanera y comercial, cuanto por afectar a los títulos y fundamentos de la foralidad. *"Los Fueros van a ser discutidos por primera vez en su raíz y no en su aplicación"*[241].

LABAYRU y SAGARMINAGA analizan los contrafueros de Felipe V destacando la nueva actitud de desprecio a las quejas y argumentos del Señorío. Sobresalen, entre éstos, la *"matxinada"* de 1714 provocada por el factor de tabacos Mirail, al conceder licencias sobre cargamentos de tabaco que las Juntas interpretan como contrafuero por instaurar nuevas jurisdicciones, y el conocido incidente del traslado de Aduanas en 1717, así como la vulneración del pase foral al establecer, en 1715, que será el Corregidor, y no el Síndico como representante de las Juntas Generales, quien otorgará el pase foral a las Ordenes regias[242].

Particularmente, el comportamiento real ante la oposición del Señorío al traslado de Aduanas a la costa, con el envío de 3.000 soldados para hacer cumplir sus órdenes, y las pesquisas del Juez instructor que culminaron con el *"agarrotamiento"* de dieciséis amotinados, dan una idea del nuevo estilo en las relaciones entre el Señor y el Régimen Foral[243]. Con Fernando VI y Carlos III se suceden igualmente contrafueros en relación con intervenciones en el proceso electoral de Juntas, vulneraciones del fuero judicial

[240] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 73.

[241] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ob. cit.*, pág. 168.

[242] LABAYRU, E.: *Historia General... ob. cit.*, Tomo VI, págs. 84 y ss.

[243] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ob. cit.*, pág. 177.

vizcaíno, intervención de cuentas de Ayuntamientos, filiación e hidalguía vizcaína y otros[244].

Ante esta situación la reacción del Señorío se manifiesta en escritos contundentes de LARRAMENDI, LA LINDE, FONTECHA Y SALAZAR y del historiador JUAN R. ITURRIZA. Mención especial merece la obra del P. LARRAMENDI que rompe los moldes clásicos de la doctrina foral para adentrarse en hipótesis de vértigo[245] *"qué razón hay, vuelvo a decir, para que esta nación privilegiada, nación de por sí, nación exenta e independiente de las demás, porqué tres Provincias en España, no hablo ya del Reino de Navarra, han de estar dependientes de Castilla... y otras tres dependientes de Francia?"*

LARRAMENDI, en su *"excurso político"* basado en la segregación de Gipuzkoa respecto a Castilla aboga por la conciencia de unidad de las provincias vascas[246]. En sus *"Conferencias sobre los Fueros"*[247] plantea la teoría de la agregación voluntaria de Gipuzkoa a Castilla (Conferencia 1ª) desarrollando los postulados clásicos de la Teoría Foral. Posteriormente a modo de hipótesis insinúa la tesis de la formación de un Estado independiente primero beligerante, luego neutral, para concluir que es preferible seguir con el Régimen Foral, siempre que se respeten los Fueros (Conferencias 4ª y 5ª). Este planteamiento, revolucionario para la época, sólo se entiende desde la amenaza y el pesimismo respecto a la continuidad del Régimen Foral[248].

---

[244] LABAYRU, E.: *Historia General... ob. cit.*, Tomo VI, págs. 253-ss y 329-ss.

[245] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 62.

[246] LARRAMENDI, M.: *Sobre los Fueros de Guipúzcoa*. Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones, S.A. de la RSBAP, Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián. San Sebastián, 1983, pág. 58.

[247] LARRAMENDI, M.: *Sobre los Fueros... ob. cit.*, págs. 11 a 67.

[248] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 62.

En las postrimerías del siglo, con motivo de la Guerra de la Convención entre Francia y España, el General Francés MONCEY ofrecerá a Bilbao a cambio de su neutralidad en la guerra, la conservación de los Fueros[249]. Las Juntas de Gipuzkoa, reunidos en Guetaria en el año 1794, aprueban un Proyecto de Convenio para que *"sea la provincia independiente bajo la protección francesa, como lo fue hasta el año 1200"*[250].

Estas reacciones indican el grado de enfrentamiento entre las *"Provincias exentas"* y la Corona, sirviendo de excusa para las represalias de Godoy que ya se anuncian en la respuesta que da al auditor ZAMORA, cuando éste le propone la unión de las Provincias a la Corona y la supresión de las trabas forales y aduaneras: *"Antes de ocho meses podré necesitar todas las noticias que haya producido su inspección, pero no se acelere y vengase a curar, pues en otro tiempo más pacífico se expurgará ese rincón que falta"*[251].

4.3.5. Siglo XIX (1800-1833)

El Régimen Foral durante este período se va a encontrar envuelto en dos frentes de oposición distintos: absolutismo y constitucionalismo.

La Monarquía absolutista proseguirá en su línea de contrafueros, el más popular se conoce con el nombre de *"Zamacolada"* en 1802, ensayándose simultáneamente un ataque ideológico dirigido por historiadores como J.A. LLORENTE y GONZALEZ ARNAO con la pretensión de deslegitimar los argumentos históricos y la Teoría Foral,

[249] LABAYRU, E.: *Historia General... ob. cit.*, Tomo VI, págs. 611 y 612.

[250] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 62.

[251] ESTORNES ZUBIZARRETA, I.: *Carlismo y abolición foral*. Ed. Auñamendi. San Sebastián, 1976, pág. 50.

y *"legitimar las pretensiones abolicionistas de la Corona, a cuyo encargo escriben"*[252].

El otro frente de ataque foral está constituido por el movimiento constitucional. *"A pesar de constituir un indudable progreso en materia de garantías individuales, límites al ejercicio del poder, su ropaje ideológico histórico contiene dos ingredientes que precipitaron al proceso de abolición foral: la herencia racionalista y el centralismo"*[253] La concepción racionalista y abstracta de la igualdad y la libertad, no compatible con desigualdades y libertades concretas, producirá un efecto uniformista, y la aceptación de la herencia absolutista en cuanto al centralismo administrativo, no será compatible con descentralizaciones forales.

Exponentes del carácter uniformista que adornó al constitucionalismo histórico, son la Constitución de Bayona de 1808 y la de Cádiz de 1812. La primera de ellas, cuyo proyecto constaba de 79 artículos, en el 29º altera el régimen de elección de diputados, el 42º reserva a las Cortes Generales la legislación civil, penal, hacendística, el 66º suprime las aduanas interiores, el 63º impone un solo Código de Comercio, y el 67º la igualdad de contribuciones[254]. En su redacción definitiva en 1808, y tras la oposición del representante vasco YANDIOLA, se introdujo un artículo, el 144º, que admitía una reserva foral en términos confusos: *"Los Fueros particulares de las Provincias de Vizcaya, Alava, Gipuzkoa, Navarra, se examinarán en las primeras Cortes, para determinar lo que se juzgue más conveniente al interés de las provincias y de la Nación"*.

La Constitución de Cádiz de 1812, ésta sin ninguna reserva foral, incide en idénticos propósitos de unidad de Códigos, unidad nacional e igualdad formal y material

[252] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 63.

[253] CAÑO MORENO, J.: *El Derecho de Vizcaya... ob. cit.*, pág. 345.

[254] ELÍAS DE TEJADA, F.: *ob. cit.*, pág. 300.

en derechos y obligaciones, con lo que el Régimen Foral fue totalmente suprimido en los períodos de 1812-1814 y 1820-23 en que estuvo vigente la Constitución.

Pese a ello las Juntas Generales celebradas el 16 de octubre de 1812 en la Iglesia de San Nicolás de Bari, en Bilbao destacan *"la maravillosa conformidad de los principios constitucionales de la Monarquía con los que desde tiempo inmemorial han regido y rigen en esta provincia"*, designando a una Comisión para examinar la analogía de estos preceptos con los de la Constitución de Vizcaya y analizar si son conciliables. Esta Comisión el 25 de marzo de 1820 dictaminará: *"no se pueden efectuar alteraciones –(sobre el régimen foral)– sin que precedan conferencias preliminares y se acuerde por todos los contratantes –(teoría del pacto)– el modo y términos en que haya de verificarse"*[255].

En definitiva, cualquiera de las opciones políticas –absolutismo y liberalismo constitucional– que ofrecen los primeros compases del siglo XIX, muestran su radical incompatibilidad con el sistema foral y patentizan la total ruptura de la adecuación institucional externa Señor-Señorío y Señorío-Corona.

5. La integración social del sistema foral o la adecuación institucional interna

En el apartado correspondiente al proceso institucional, entendíamos por institucionalización la culminación del proceso mediante la aceptación social. En este sentido por adecuación institucional se comprende no sólo la consolidación del bloque institucional, sino la respuesta positiva manifestada en términos de aceptación a la relación dialéctica existente entre el modelo implantado y el consenso social que éste suscita.

[255] ANGULO HORMAZA, J.M.: *La Abolición de los Fueros e instituciones vascongadas*. Ed. Auñamendi. San Sebastián, 1976. Vol. I, pág. 33.

Decíamos también, en el apartado citado, que los procesos de institucionalización por ley recorren un camino inverso a los que se materializan por vía consuetudinaria. Los primeros transcurren desde el modelo −> praxis −> aceptación, y los segundos a través de la praxis −> aceptación −> modelo.

¿Puede hablarse de adecuación interna, identificación, integración o aceptación social del modelo institucional? Antes de ensayar una respuesta a esta cuestión conviene efectuar algunas precisiones.

En primer término resulta arriesgado establecer una respuesta única para un período tan extenso (siglos XIV a XIX). Parece más prudente hablar de adecuación como un denominador común de intensidad variable en cada circunstancia histórica. De otra forma se estaría negando la evidencia histórica de fenómenos como la Reforma del Fuero, su carácter evolutivo o los motivos de la concordia de 1630, a la vez que las leyes internas que rigen los procesos del movimiento e institución[256].

La segunda precisión afecta al grado de identificación social diversa respecto a los dos núcleos institucionales coexistentes en el Señorío. El propiamente autóctono y originario, y el de procedencia señorial: Señor, Corregidor y resto de oficiales del Señor. Nos referiremos únicamente al primero de ellos.

El origen consuetudinario del Fuero, por tanto su carácter autóctono y originario, tratados ya en páginas anteriores, constituyen, desde una perspectiva formal, garantía axiomática de aceptación social. La praxis social que fundamenta materialmente la costumbre, engendra jurídicamente la *"opinio juris seu neccesitatis"*, la obligatoriedad que caracteriza a la norma consuetudinaria, y este proceso presupone, obviamente, una aceptación social previa.

[256] ALBERONI, F.: *ob. cit.*, cap. IV a VIII.

Ahora bien, esta afirmación que es válida en términos generales para la parte de Vizcaya conocida como Tierra Llana, no permite extender su valor indiferenciadamente al conjunto de la realidad social, municipal y territorial del Señorío. La realidad histórica de los enfrentamientos Tierra Llana-Villas, producida por una dualidad legislativa e institucional, se manifiesta en una menor identificación de los núcleos urbanos con el sistema institucional del Señorío. Justamente lo contrario ocurre en los núcleos rurales de las Anteiglesias.

Las Villas no sólo propiciaron la penetración del Derecho de Castilla a través de los fueros municipales sino que intensificaron, en defensa de sus intereses económicos la presencia y la actuación directa del Poder Real y de sus oficiales en la pacificación del País en épocas banderizas, intervenciones que motivaron la supresión temporal de instituciones forales.

MONREAL[257], en el capítulo dedicado a la incidencia institucional de las luchas de bandos, expone las consecuencias de la fractura de relaciones que este fenómeno social supuso entre Villas y Tierra Llana. Entre ellas, la supresión del pase foral[258] y la interrupción de las relaciones políticas con el resto del Señorío creando instituciones propias como las Juntas de Villas y Ciudad, junto con la decisión de las Villas de no acudir ni participar en las Juntas Generales al menos desde 1487 a 1558[259]. Esta situación azarosa finalizará formalmente, no realmente, con la *"Escritura de Unión y Concordia"* de 1630 entre Villas y Tierra Llana que constituye, en palabras del autor citado *"el acta de nacimiento de la estructura institucional de Vizcaya"*[260], acontecimiento decisivo en cuya conmemoración se celebró durante años una misa de acción de gracias.

[257] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, págs. 85 y ss.

[258] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 94.

[259] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 93.

[260] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 136.

Resulta clarificador que, para poner fin a los enfrentamientos, las soluciones que ofrece la Concordia pasan por la unificación jurídica institucional, y por el ofrecimiento de una mayor participación en los cargos institucionales, lo que demuestra que las auténticas causas de los roces se encuentran en la dualidad legislativa privada, y en la escasa representación de los núcleos urbanos en las Juntas Generales y en los cargos ejecutivos, con la consiguiente indefensión de sus intereses. Para ello la cláusula primera del Capitulado ofrece a las Villas la opción de regirse por las leyes de Vizcaya, y la cuarta, el derecho a participar en las elecciones de diputados, regidores, síndicos, secretarios y tesoreros con sufragio activo y pasivo *"sin diferencia del Señorío o Villas, porque todo ha de ser una República sin ninguna distinción"*[261]. La Escritura de Unión y Concordia, no obstante, no equilibra el diferente peso representativo de los bloques rural y urbano. *"Que las Villas y ciudad entren en las elecciones de oficios.... cada uno con su voto, y el Señorío y Merindad con los que tiene como hasta aquí"*[262].

MONREAL[263] presenta un cuadro gráfico sobre niveles de representación y población de los diferentes bloques procedentes en las Juntas Generales en el siglo XVII, después de la Concordia, en el que se manifiesta claramente la desproporción existente:

- La Tierra Llana con un 46% de población cuenta con 72 apoderados o represantes.
- Bilbao y el resto de Villas y ciudad, con un 31% de población tiene 21 apoderados.
- Merindad de Durango, 6% de población y 2 apoderados.

[261] *Legislación Foral de Vizcaya*. pág. 392.

[262] *Legislación Foral de Vizcaya*. pág. 392.

[263] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones públicas... ob. cit.*, págs. 331-338.

- Encartaciones, 17% de población y 6 apoderados.

Esta situación mejorada en algunos aspectos por la Concordia pero no solucionada del todo, explica que a la mínima oportunidad afloren los enfrentamientos entre ambos núcleos. Esto ocurrirá en 1632 con el *"estanco de la sal"*, en 1717 con el *"traslado de aduanas a la costa"*, y en 1800 con la *"zamacolada"*, por citar los episodios más relevantes. Algo semejante cabe afirmar de la diferente representatividad social de las casas infanzonas y censuarias, y de la reiteración de nombres y familias en los cargos ejecutivos del Señorío[264].

El estudio de la conflictividad social en el País Vasco ha sido abordado por I. GURRUTXAGA[265] FDZ. DE PINEDO[266], FDZ. ALBADALEJO[267] OTAZU[268] OLAETXEA[269] y URRUTIKOETXEA[270], entre otros. Aquel último, después de efectuar un análisis sustancialmente coincidente con el realizado en estas páginas respecto a la adecuación social e institucional de los siglos XVI y XVII como épocas de equilibrio institucional, fija, especialmente en el siglo XVIII, las causas o factores de desequilibrios o ruptura del marco que denomina TESIS foral, con la aparición de ANTITESIS internas que culminarán en la desintegración del sistema. Analiza el conjunto de factores socioeconómicos endógenos, que junto a los políticos e ideológicos exógenos, acelerarán

[264] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 433.

[265] GURRUTXAGA, I.: "La machinada del año 1766 en Azpeitia". En *Yakintza*, nº 1, 1933, págs. 373 y ss.

[266] FERNÁNDEZ DE PINEDO: *Crecimiento económico y transformaciones sociales del País Vasco*. Ed. Siglo XXI. Madrid, 1974.

[267] FERNÁNDEZ ALBADALEJO, P.: *La crisis del Antiguo Régimen en Guipúzcoa 1766-1833*. Ed. Akal. Madrid, 1975.

[268] OTAZU, A.: *El igualitarismo vasco: mito y realidad*. Ed. Txertoa. San Sebastián, 1973.

[269] OLAETXEA: *El centralismo borbónico y las crisis sociales del XVIII en el País Vasco*.

[270] URRUTIKOETXEA, J.: "Revueltas sociales en el País Vasco, siglos XVII-XVIII". En *Peñaflorida y la Ilustración*. Universidad de Deusto. San Sebastián, 1986.

el proceso de desidentificación de buena parte de la sociedad vasca con el marco institucional vigente[271]. Lo que demuestra que la crisis foral no sólo estuvo impulsada por factores foráneos o agentes exteriores sino que en buena medida es expresión de desajustes internos de la propia sociedad vasca de corte fundamentalmente económico.

El modelo tradicional de equilibrio o TESIS foral se caracteriza por una estructura económica agraria basada en el caserío, cuya estabilidad se garantiza mediante instituciones privadas como la troncalidad, la libertad de testar[272] y la explotación de comunales, estructura que queda reforzada por un sistema fiscal, aduanero y comercial favorable[273]. Esta situación económica unida a una integración institucional interna y externa pacíficas conforman un modelo de equilibrio, si no total, sí suficiente.

Este marco va a resultar afectado en el S. XVIII por factores de desintitucionalización externa (ruptura con el Poder Real, Centralismo, Absolutismo, etc.) e interna (de carácter socioeconómico y representativad institucional). Las tensiones campo-ciudad nunca ausentes en la historia moderna del País, obran especial importancia como consecuencia de la nueva situación económica del S. XVIII: depresión industrial y naval, y creciente ruralización con el fortalecimiento de los intermediarios del comercio[274].

Los enfrentamientos sociales, ya advertidos anteriormente con motivo de contrafueros y matxinadas (1632, 1717) y agudizados por la desproporción de representatividad institucional, pondrán en cuestión el sistema fiscal y aduanero foral hasta el punto de constituir uno de los motivos fundamentales para solicitar desde las Villas, San

[271] URRUTIKOETXEA, J.: *ob. cit.*, pág. 125.

[272] Vid. CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Civil... ob. cit.* y CAÑO MORENO, J.: *El Derecho de Vizcaya... ob. cit.*

[273] URRUTIKOETXEA, J.: *ob. cit.*, pág. 131.

[274] URRITIKOETXEA, J.: *ob. cit.*, pág. 131.

Sebastián y Bilbao, la reforma del sistema foral. AYESTARAN[275] afirmará que la burguesía donostiarra confundió los Fueros con el Arancel.

En conclusión las afirmaciones frecuentes de *"sentimiento foral"*[276], *"adhesión foral"*[277] y otras semejantes[278], son sustancialmente válidas en cuanto referidas a los núcleos rurales de la Tierra Llana, como quedó demostrado en la defensa de los Fueros en la 1ª Guerra Carlista. Por parte de las Villas y de los demás núcleos urbanos más bien resulta lo contrario, al menos a partir del S. XVIII, manifestando su lejanía respecto al sistema institucional, por falta de representatividad, y su hostilidad al régimen fiscal y aduanero como quedó igualmente claro en los acontecimientos que preceden a la 1ª Guerra Carlista[279].

6. Foralidad y Teoría Foral

Aunque no es fácil de comprobar, parece correcto suponer que la identificación o integración social con la Foralidad no lo fue con todo el sistema en igual intensidad. Las instituciones encuadradas en el círculo de proximidad social que expresan positivamente contenidos forales representan una Foralidad vivida y popular. A esta categoría corresponden las instituciones que hemos calificado de *organización y contenido* y las

[275] AYESTARÁN LECUONA, J.A.: Prefacio a la obra de I. ESTORNES ZUBIZARRETA. *Carlismo y Abolición foral... ob. cit.*, pág. 29.

[276] LARREA, Mª.A.: *ob. cit.*, pág. 63.

[277] MONREAL CIA, G.: *Entidades y problemas... ob. cit.* pág. 62.

[278] AYESTARÁN LECUONA, J.A.: "Aspectos socio-políticos de la crisis foral". En *Euskadi y el Estatuto de Autonomía*. Ed. Erein. San Sebastián, 1979, pág. 19.

[279] MUGICA, J.: *Carlistas moderados y progresistas*. Ed. Biblioteca Vascongada de Amigos del País. San Sebastián, 1950, págs. 77 y ss. Vid.: La Exposición del Ayuntamiento y Junta de Comercio de San Sebastián de 2 de julio de 1831 a las Juntas Generales sobre modificación del sistema fiscal y aduanero foral.

de *"protección y garantía"*. Así, la vivencia y el arraigo foral es patente en los derechos, franquezas y libertades personales y en la organización foral, así como en el entramado fiscal, judicial, etc.

En cambio las instituciones procedentes de la reflexión foral (independencia originaria, Señorío electivo, unión personal y pacto con la Corona), representan una Foralidad de élite, la Teoría Foral, y por esta razón no es aventurado pensar que su interiorización no estuvo al alcance de la población[30]. La teorización de los títulos justificativos y de los argumentos jurídicos en los que descansa el andamiaje foral, fue obra de licenciados, historiadores, síndicos y asesores del Señorío.

La distinción entre Foralidad y Teoría Foral puede resultar útil en el análisis de los intentos de institucionalización del siglo XIX para acomodar el Régimen Foral a las exigencias de los movimientos constitucionales modernos. La percepción social del fenómeno de convivencia con la institución Señorial, o con el Rey-Señor, dentro del Régimen Foral no abarca al título jurídico de esta convivencia. Por ello, cuando la ley de 25 de octubre de 1839 consagra la primacía del principio de unidad política esencial en la Corona y el Parlamento, aunque resulte afectada la Teoría Foral en sus postulados pactistas y en el carácter de la integración personal, que ahora es territorial, socialmente no tuvo efectos desinstitucionalizantes, hasta que en 1841 no se suprimieron instituciones tan arraigadas como el pase foral, las Aduanas o la organización judicial, entre otras.

CONCLUSIONES

1. En el Régimen Foral coexisten dos niveles institucionales de diversa procedencia: el comunitario y el Señorial. Este último evoluciona autóno-

[30] AYESTARÁN LECUONA, J.A., destaca la identificación del campesinado con la Foralidad material, *ob. cit.*, pág. 23.

mamente al menos desde el siglo XI.

2. El comunitario o propiamente Foral contiene diferentes instituciones cuya agrupación presenta el siguiente cuadro:

a) Instituciones de contenido

- Libertades personales

  - igualdad (hidalguía universal)
  - libertad (garantías procesales)
  - dignidad (exención de tormento)
  - libertad de comercio
  - exención de armas
  - exención de impuestos
  - ¿igualdad de acceso a cargos públicos?

- Organización institucional

  - Anteiglesias
  - ¿Villas?
  - ¿Juntas de Merindad?
  - Juntas Generales (órgano legislativo)
  - Regimiento-Gobierno-Diputación (órgano ejecutivo)
  - Organización Judicial

- Régimen electoral propio

  - Municipios
  - Juntas Generales

- Diputación

- Fiscalidad autónoma
- Régimen de Aduanas
- Defensa ¿Ejército?

b) Instituciones de protección o garantía

- Juramento de Fueros
- Pase Foral
- Exenciones

c) Instituciones o títulos de defensa foral (según la territorial)

- Independencia originaria
- Señorío electivo
- Entrega voluntaria y condicionada
- Unión personal no territorial
- Pacto en la Corona

3. El sistema expuesto presenta los siguientes rasgos:

a) Carácter originario, de procedencia consuetudinaria.

b) Autónomo o propio, no objeto de concesión real.

c) De conformación progresiva, gradual y evolutiva en los ámbitos institucional,

personal y territorial.

d) El proceso institucional transcurre desde la praxis y aceptación social hasta la configuración del modelo legal.

e) Su integración y arraigo social es patente en la Tierra Llana y menor en las Villas.

4. Las instituciones de procedencia señorial están representadas por:

a) El Condado o Señorío, primeramente como circunscripción administrativa de la Corona y posteriormente jurisdiccional y hereditario.

b) El Conde o Señor, cuyo título recae en la nobleza y finalmente en el Rey.

c) Los poderes están limitados por el juramento de fueros y pase foral. Contienen elementos legislativos, ejecutivos, judiciales y fiscales y se ejercitan, salvo la confirmación de fueros, por medio del Corregidor, Tenientes, Prestameros, Merinos y Alcaldes de Fuero, todos ellos oficiales del Señor.

5. El equilibrio o adecuación entre los dos niveles institucionales que integran el Régimen Foral, analizado a través de los contrafueros, presenta un balance positivo hasta la instauración de la dinastía borbónica.

6. La convivencia institucional se basa en una concepción cuasifederal de la Monarquía, em el respeto a los ordenamientos jurídicos y en la teoría del pacto.

7. En la ruptura del equilibrio foral no sólo intervienen factores exógenos (concepción absolutista del poder, aparición del estado centralista), sino factores endógenos o desajustes internos de la propia sociedad vasca de naturaleza fundamentalmente

económica y la desigualdad en la representatividad institucional de los núcleos urbanos y rurales.

8. La institucionalización social-popular del Régimen Foral propio, el llamado sentimiento foral, refleja mayor intensidad respecto a las Instituciones que integran la foralidad material que frente a las que componen la Teoría Foral o el fuerismo de élite.

9. La constatación de dos ámbitos institucionales distintos con esferas de poder diferentes, recuerda al modelo autonómico de reparto de competencias, o una autonomía de resultados. Pero para calificar a un sistema como autonomía política no basta con mirar a la distribución material de reparto de poder, sino a la causa o título jurídico de reparto. La autonomía como efecto, puede proceder tanto de un modelo de estado unitario como federal.

Admitiendo que propiamente no existió modelo de Estado hasta el siglo XVIII, la autonomía foral se aproxima más a un origen federal (monarquía universal, monarquía cuasiconfederal, pacto y pase foral) que unitario, aspecto que se incluirá expresamente en la Ley de 25-10-1839. Obviamente esta calificación corresponde a la época histórica en que el Señor se configura como Institución externa, dejando al valor de la leyenda las hipótesis de la independencia originaria y el Señorío electivo.

10. El mantenimiento de Régimen foral a partir de los Decretos de Nueva Planta, como única excepción peninsular, revela un particularismo histórico cuya interiorización se refleja en los planteamientos del P. Larramendi respecto a la singularidad vasca. A partir de este momento cabe hablar del hecho diferencial vasco, puesto que hasta el siglo XVIII el Régimen Foral constituyó regla y no excepción no sólo en España sino en

Europa[34]. La Revolución francesa consagró la sustitución del privilegio estamental y regional por el derecho humano. En Francia abolidos los fueros estamentales y provinciales, fueron reemplazados por los derechos políticos y civiles[35].

[34] Este dato ya destacado por MONREAL, viene confirmado por FUSI, J.P.: *El pueblo vasco en la II República*, Ed. Turner, Madrid, 1979, págs. 11-12. FERNÁNDEZ ALBADALEJO, P.: "Manuel de Larramendi: la particular historia de Guipúzcoa". *Sancti, Revista de Estudios Vascos*, nº 1, 1977.

[35] HERR, R.: "El marco de las relaciones políticas de los regímenes forales: los Estados español y francés en la etapa moderna y contemporánea". En *Los Derechos históricos vascos*. IVAP, Oñati, 1988, págs. 23-32.

IV. CRISIS INSTITUCIONAL Y REFORMA FORAL. FUEROS Y UNIDAD CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XIX

1. El problema

Existe unánime aceptación y constituye una verdad axiomática para la literatura nacionalista y no nacionalista que el *"problema vasco"*, tal como hoy se le conoce, tiene su origen en las leyes de 1839 y 1876, y está provocado por el fracaso de convivencia de los principios de Unidad Constitucional y Fueros[263].

Analizado el Régimen Foral desde la actualidad, resulta evidente que la foralidad difícilmente podía subsistir sin modificaciones o acomodaciones al empuje del constitucionalismo histórico. La foralidad nació, se desarrolló y alcanzó su esplendor en el marco de un contexto político general, peninsular y europeo, de monarquías contemporizadoras en régimen confederal[264], caracterizadas por la unión —pactada, personal o territorial— en la persona del Rey, y el mantenimiento de sus respectivos ordenamientos y cuadros institucionales. Todo ello probablemente debido a la necesidad de buscar apoyos contra el poder feudal y a la debilidad inicial de la Monarquía[265].

La política imperial de los Austrias, soportada fundamentalmente por Castilla, hizo concebir al Conde Duque de Olivares los primeros proyectos centralizadores y que provocaron los movimientos secesionistas en Cataluña (1640-1652), la separación de Portugal (1640), y otros conatos en Aragón, Navarra y Andalucía[266]. Los territorios

---

[263] FUSI, ORTIZ DE ORRUÑO, T.R. FERNANDEZ, B. CLAVERO, ESTORNES ZUBIZARRETA, y un largo etcétera.

[264] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, pág. 282.

[265] HERR, R.: *ob. cit.*, pág. 24.

[266] AGUAYO CAMPO, T.: "El liberalismo político del siglo XIX y las nacionalidades: la cuestión vasca". En *Boletín de la Institución "Sancho el Sabio"*. 1978. Tomo XXII, pág. 314.

vascos durante este período conviven, no obstante, con un concepto de unidad personal pactada y soberanía compartida, que se centra en la figura del Señor-Rey sin alcanzar al territorio y que se desarrolla al margen de las instituciones de Castilla. Esta convivencia entre Fueros y Unidad hace crisis en el siglo XVIII. El poder real en estos momentos ni es débil ni necesita apoyos y su asentamiento resulta incompatible con límites a la soberanía y con poderes compartidos. El poder del monarca es absoluto y de carácter teocrático.

Por otra parte, las nuevas concepciones ilustradas aplicadas al campo de la Administración cifran su eficacia en la centralidad institucional, incompatible con las subsistencia de las estructuras diferenciadas de los regímenes forales, y requieren un marco de actuación territorial unitario igualmente incompatible con la separación y disgregación territorial existente. Finalmente el asentamiento del nuevo Estado absolutista y centralista, exigirá la unificación jurídica y la supresión de ordenamientos jurídicos particulares. Este conjunto de tendencias vienen, además, soportadas ideológicamente por el pensamiento racionalista despótico, y, en aquel momento, progresista de la Ilustración.

En este contexto de presiones unitaristas –políticas, administrativas, económicas, ideológicas y filosóficas - el Régimen foral de los territorios vascos subsistió contra todo pronóstico y con carácter excepcional –excepción peninsular le llama Monreal[37] , pero los acosos a que fue sometido durante este período[38] presagiaban la inviabilidad del mantenimiento indefinido del régimen de excepcionalidad en un contexto de cambio generalizado.

En ésta, ya de por sí, difícil convivencia del Régimen foral con la nueva concepción de la unidad política, el siglo XIX, con el movimiento constitucional introduce

[37] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 58.

[38] LARRAMENDI, M.: *Sobre los Fueros... ob. cit.*. Conferencias 10ª, 15ª y 18ª.

nuevos elementos de incompatibilidad. El constitucionalismo histórico seculariza los postulados políticos del absolutismo, trasladando la soberanía del Rey a la Nación, asume el centralismo como modelo administrativo y el marco territorial unitario se convierte en exigencia de los nuevos postulados de unidad generalizada del Estado-Nación.

Sin olvidar las decisivas aportaciones del movimiento constitucional con la introducción del Estado de Derecho y la declaración de derechos del hombre, es lo cierto que, por lo que concierne a la cuestión que nos ocupa, agudizan con su concepción de unidad radical y formal la tensión con la Foralidad. Obviamente, la incompatibilidad no se establecerá con el sistema, sino con el revestimiento histórico e ideológico en que éste se soporta.

Con mayor o menor fundamento, no es la primera vez que se afirma que la Foralidad contenía instituciones materialmente constitucionales, dentro de la elementalidad de sus formulaciones, en materia de límites al Poder y de respeto a la dignidad de la persona[29]. Los propios vizcaínos, reunidos en Junta General el 16 de octubre de 1812 en la Iglesia de San Nicolás de Bari de Bilbao para analizar las consecuencias que para los Fueros vizcaínos se derivaban de la aprobación de la Constitución de Cádiz *"resultó –dicen– maravillosa conformidad"* entre *"los principios constitucionales y los que desde tiempo inmemorial rigen en esta provincia"*[30]. No obstante esta conformidad de principios, para analizar a fondo las posibles compatibilidades e incompatibilidades, designan una Comisión en cuyo dictamen presentado el 25 de marzo de 1820 inciden en la conformidad de los principios constitucionales y disconformidad en lo referente a la organización del Régimen interior provincial que atenta contra la *"conservación de*

[29] CELAYA IBARRA, A.: *El Derecho de Vizcaya... ob. cit.*, págs. 11 a 18.

[30] ANGULO HORMAZA, J.M.: ob. cit., vol. I, pág. 30.

instituciones y régimen interior"[291], al carácter y naturaleza de la unión con la Corona ya que *"jamás ha pertenecido a esta Corona, ni hay entre Vizcaya y su Señor cuerpo alguno intermedio habiendo sido siempre directas sus relaciones"*[292] y en lo tocante a fiscalidad, riqueza territorial y servicio militar[293]. Por todo ello y bajo la invocación de respeto a los derechos[294], se solicita que cualquier alteración del régimen descrito requiere *"que precedan conferencias preliminares y se acuerde por todos los contratantes"*[295] y que *"las transacciones y medidas que fuesen necesarias se realicen por las Diputaciones y la Monarquía sin que en el interim se innove el sistema foral"*[296].

El posicionamiento de las Juntas Generales permite entrever una cierta disposición a transaccionar y convenir una nueva fórmula de unidad política distinta a la tradicional, a cambio del mantenimiento de su autonomía local, pero la Circular de 23 de mayo de 1823 produjo una nivelación del régimen provincial.

El enfrentamiento no se produjo con el régimen constitucional en sí, sino con la ideología que soportaba al constitucionalismo histórico de 1812:

- En lo político: soberanía nacional única e ilimitada.
- En lo administrativo: centralismo institucional.
- En lo territorial: Estado-Nación.

[291] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ibid.*, pág. 33.

[292] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ibid.*, pág. 34.

[293] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ibid.*, pág. 34.

[294] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ibid.*, pág. 35.

[295] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ibid.*, pág. 33.

[296] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ibid.*, pág. 35.

- En lo filosófico: racionalismo conceptual y formalista en materias como igualdad, unidad, libertad.

- En materia fiscal: igualdad formal versus privilegios.

- En lo ideológico: liberalismo progresista contra tradicionalismo, individualismo formal e igualitarista frente a una concepción histórica y realista del hombre, de las naciones y de los pueblos.

- En lo económico: mercados nacionales únicos.

- En lo jurídico: Constituciones y Códigos únicos.

En este contexto político, económico e ideológico del constitucionalismo y de su oponente el absolutismo, que salvo en lo ideológico compartía las tesis uniformistas políticas y administrativas, el aislacionismo y la soledad del Régimen foral reclamaban la necesidad de una acomodación para poder subsistir en un marco estatal moderno.

Si a la ruptura de este equilibrio institucional externo, se suma el desajuste interno por enfrentamientos entre núcleos urbanos y rurales, Tierra Llana-Villas en Vizcaya por razones ya conocidas de intereses económicos en torno al sistema aduanero y de carácter político-representativo[97], se cierra el cuadro de desajustes institucionales que exigirá por motivos internos y externos un nuevo marco de adecuación del sistema institucional foral, o lo que es igual un nuevo equilibrio entre unidad y Fueros. La realidad histórica, por el contrario, muestra que tanto desde la Unidad como desde la Foralidad, hasta muy entrada la Primera Guerra Carlista, no se efectuaron esfuerzos de compatibilidad ni de mutuas cesiones en los respectivos postulados ideológicos.

[97] AYESTARÁN LECUONA, J.A.: Prefacio a *Carlismo y abolición foral... ob. cit.*, págs. 29 y ss.

Fracasados los intentos de composición y transigencia entre unidad constitucional y Fueros en el período 1820-23, el enfrentamiento ideológico se transformará en lucha dinástica y discurrirá en términos absolutos: supresión o conservación intacta de la foralidad y liberalismo versus fuerismo, hasta la aparición del liberal-fuerismo.

Sobre los motivos que empujaron al pueblo vasco a la alianza con el Carlismo existe abundante literatura, al igual que son diversos los intereses enfrentados con motivo del pleito dinástico, abierto a la muerte de Fernando VII. Confluyen, según AYESTARÁN[204], diversas coordenadas en el conflicto vasco: la coordenada europea, la peninsular y la específicamente vasca. El movimiento revolucionario liberal y burgués y el racionalismo filosófico conforman una corriente europea cuya alianza producirá consecuencias en la conformación de los nuevos Estados, con reforzamiento militar y fiscal, centralidad administrativa, uniformidad legal y unicidad de políticas económicas.

Cuando se estudian los movimientos filosóficos puros no nos percatamos, por lo que tiene de ingenuidad aparente, de la influencia que ejercen las ideas sobre la realidad política, propendiendo a buscar explicaciones en el plano fenoménico en que se producen los cambios. Es necesario para tener una visión exacta de los fenómenos políticos transcender su apariencia y buscar la idea o el sistema filosófico que les inspira.

El Racionalismo cartesiano comienza por ser una teoría del conocimiento, una crítica epistemológica. La intuición de que nuestro sistema de conocimiento sensible puede falsear la percepción de la realidad, engendra la duda y crea un abismo de separación y desconfianza entre realidad y pensamiento. La pérdida de confianza espontánea entre el conocimiento y la realidad objetiva, impone someter a crisis nuestros contenidos hasta alcanzar, por el método de la duda, la solidez y la certeza que Descartes hallará en el *"Cogito ergo sum"*. Nótese la inversión producida. En un proceso normal, la existencia como intuición primaria y directa no requiere para su constatación

[204] AYESTARAN LECUONA, J.A.: Prefacio *ob. cit.*, pág. 27.

de la intermediación del pensamiento. A partir de las tesis cartesianas, lo real sólo será accesible a través de la razón, cuyos productos abstractos, los conceptos, proporcionarán inevitablemente una imagen abstracta y universal de la realidad múltiple y diferenciada.

El Racionalismo suministrará una concepción del hombre abstracta, universal, igual y válida para todos los hombres y para todos los tiempos. Concepción descarnada, ahistórica y aespacial, en la que no cuentan gran cosa las adjetivaciones y diferencias nacionales. Surge el hombre igual y único, sin peculiaridades y sin sentido diferenciador. Cuanto decimos del hombre, cabe aplicarlo a pueblos, naciones, leyes y libertades. Cuando el movimiento revolucionario burgués, heredero de este pensamiento, luche por la libertad e igualdad de hombres y pueblos, lo hará por una libertad abstracta de un hombre abstracto y suprimirá en nombre de la igualdad, las libertades concretas de hombres y pueblos concretos[299].

La coordenada peninsular participa de los elementos que caracterizan al proceso europeo, con matices propios en el relevo del absolutismo por el liberalismo y con alternancias de poder que se consolidarán a favor de la Monarquía Constitucional a partir de 1837. Pero conviene reiterar que la inspiración racionalista-uniformista es común a ambos sistemas a pesar de que a partir de 1814 las concesiones del Absolutismo a la Foralidad, de carácter aparente e interesado, escoran a los partidarios de los Fueros hacia posiciones absolutistas. *"Hay que decir sin rebozos que desde 1814 se inicia un turbio maridaje que relacionará los Fueros con los procedimientos y la filosofía de la más negra reacción absolutista, iniciando las libertades vascas y el pensamiento tradicional una andadura fatídica a contramarcha de la historia"*[300].

La coordenada vasca, ante el fenómeno irreversible y general de los movimientos

[299] CAÑO MORENO, J.: *El Derecho de Vizcaya... ob. cit.*, págs. 344 y ss.

[300] AYESTARÁN LECUONA, J.A.: *Aspectos socio-políticos... ob. cit.*, pág. 25.

revolucionarios y de la consolidación de los Estados nacionales, se caracteriza por una parte por la resistencia emocional del pueblo rural a cualquier intento de acomodación foral apoyada por un Foralismo de élite y conservador, y por otra por la fractura provocada por el colaboracionismo de clases urbanas, especialmente comerciantes y burguesía urbana, que por intereses económicos reclaman la desaparición de las trabas económicas del sistema foral[301], especialmente las Aduanas interiores. La abolición de las instituciones forales no fue debida únicamente a causas externas, sino también a motivaciones internas que se inscriben en los enfrentamientos tradicionales Villas-Tierras Llanas, y las tensiones hegemónicas entre clases rurales y urbanas.

En este contexto de enfrentamientos múltiples por motivos económicos, ideológicos, políticos, culturales y también religiosos, la contienda dinástica abierta con la muerte de Fernando VII y su expresión bélica, servirán de excusa y de catalizador de posturas. El bloque carlista agrupa al campesinado, bajo clero, aristocracia, conservadores y pequeños comerciantes. El movimiento liberal se forma con la burguesía, el progresismo ideológico, y las clases poderosas que confían encontrar en la nueva política la defensa de sus intereses[302].

En todo caso y admitiendo la pluralidad de factores que intervienen en la formación de bloques, cabe resaltar que para la mayoría del pueblo vasco fue el móvil foral el que condicionó su adscripción a la causa carlista[303]. En tanto que para la burguesía vasca, y especialmente donostiarra, la defensa de la unidad constitucional representó la apertura de mercados económicos, la supresión de aduanas, y en el campo político la implantación del principio de igualdad y la desaparición del monopolio de la Provincia

[301] Vid. AYESTARÁN LECUONA, J.A.: *ob. cit.*, MUGICA, J.: *ob. cit.* y BLASCO OLAETXEA: *Los liberales fueristas guipuzcoanos*. Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982.

[302] AYESTARÁN LECUONA, J.A.: *ob. cit.*, pág. 36.

[303] Así: ESTORNÉS ZUBIZARRETA, AYESTARÁN, ORELLA, MUGICA, ANGULO DE LA HORMAZA y GURRUTXAGA.

en los órganos de representación institucional, especialmente en las Juntas Generales[304].

Lo cierto es que, cualesquiera que fuesen las motivaciones internas del conflicto, hacia el exterior, el enfrentamiento se polarizó en el dilema unidad-fueros con perfiles de incompatibilidad absoluta, y expresiones rotundas e integristas que hicieron en un primer momento inviable la convivencia: *"El choque ideológico entre la utopía reaccionaria del carlismo y la utopía revolucionaria del liberalismo progresista de la primera guerra es considerado como el verdadero nudo agonista-antagonista del problema, aunque sólo era la tapadera del conflicto real"*[305]

En definitiva dos utopías extremas enfrentadas –resistencia estática foral y unidad a ultranza– escenifican el problema, cuya solución, siquiera provisional, sólo podrá llegar de la flexibilidad de posturas con la aparición del movimiento liberal-fuerista allá por 1838.

Llegados a este punto, procede plantear dos cuestiones. Una teórica: ¿qué tipo de unidad podía ser compatible con la foralidad, tal como la hemos presentado? Otra práctica: ¿cuáles fueron en la práctica las relaciones entre unidad y fueros?

2. Excurso sobre compatibilidad teórica Fueros-Unidad constitucional

El ensayo de compatibilidad teórica no es un discurso histórico, sino actual, ya que con distintas connotaciones la cuestión se arrastra hasta el período constituyente, y son numerosos los autores que interpretan las Disposiciones Adicional 1ª y Derogatoria de la Constitución de 1978, como el último intento de *"arreglo"* del problema histórico

[304] MUGICA, J.: *Carlistas moderados... ob. cit.*, pág. 181.

[305] AYESTARÁN LECUONA, J.A.: *ob. cit.*, pág. 25.

de unidad y fueros[306].

La cuestión consiste en analizar, salvando lo fundamental del Régimen Foral y de la unidad constitucional, cuáles eran las acomodaciones o retoques imprescindibles en los respectivos sistemas para garantizar su coexistencia sin desvirtuar la esencia, o si por el contrario la solución era imposible.

Del análisis del Régimen Foral efectuado en páginas anteriores se desprenden las siguientes conclusiones:

a) Las fuentes históricas de conocimiento del Régimen Foral en lo concerniente al origen y relaciones con la Institución Señorial, según MAÑARIKUA y MONREAL, datan del siglo XI. El período que va del siglo VIII al XI en el que se fraguan las teorías de la independencia originaria y del Señorío electivo, está cubierto por la tradición, el mito y la leyenda, que servirán de base para la elaboración de la Teoría Foral a partir del siglo XV, con LOPE GARCIA DE SALAZAR[307]. Por tanto cabe distinguir una foralidad con base en la historia, y otra con base en la leyenda.

b) El sistema foral se estructura en tres niveles institucionales diferenciados:

- Contenido material e institucional político-administrativo.
- Instituciones de garantía como el juramento de fueros y el pase foral.
- Títulos jurídicos y mecanismos de defensa y de justificación de la foralidad en sus relaciones con la Corona de Castilla, con base en el pacto, la independencia originaria, la entrega voluntaria y

[306] Así: M. HERRERO DE MIÑÓN, B. CLAVERO, T.R. FERNÁNDEZ.

[307] Vid. págs. 62 y ss.

otros.

c) Los dos primeros niveles institucionales integran la Foralidad material fuertemente arraigada e institucionalizada en la conciencia popular. El tercer nivel sirve de base a una Teoría Foral o de élite, difícilmente interiorizable por niveles culturales populares.

d) La Foralidad material percibida y vivida descansa sobre realidades con base histórica. La foralidad teórica se construye sobre interpretaciones de datos en base a tradiciones y leyendas, sin despreciar el valor de tales fundamentos, como apuntó MAÑARIKUA[xx].

e) El Régimen Foral, tanto el popular como el teórico, convive de hecho con la Institución Señorial, luego Corona y finalmente Estado, en un marco de unidad cuya interpretación corresponderá a la Teoría Foral, no al pueblo que percibe el hecho sin prejuzgar los títulos.

f) Hasta la instauración de la dinastía borbónica, predomina la concepción de UNIDAD pactada.

Desde estas consideraciones forales el nuevo modelo de Estado, preservando el principio de unidad constitucional, podrá haber adoptado las siguientes modalidades:

a) Modelo federal y unidad pactada

La unidad constitucional en un marco federal como resultado de la libre decisión,

[xx] MAÑARIKUA, A.: *Orígenes del Señorío de Vizcaya... ob. cit.*, pág. 20.

manteniendo en lo esencial los niveles de autogobierno foral, hubiera sido la fórmula más acorde con la tradición foral, basada en el pacto.

A pesar de que la obra de PROUDHON, *"El principio federativo"* se publica en 1855, y el *"Principio de las Nacionalidades"* de PI I MARGALL en 1871, I. ESTORNES ZUBIZARRETA cita la existencia en 1838 de un documento, que califica de primera carta autonómica, en el que aparecen signos evidentes de federalismo:

> *"Navarra y las Provincias Vascongadas formarán otras tantas repúblicas independientes, federativas de la Monarquía española"*[309].

b) Unidad Constitucional y Autonomía

El establecimiento de un modelo basado en un principio de unidad política esencial o de mínimos, semejante al que, según interpretación del Ministro Arrazola debió inspirar la aplicación de la Ley de 25 de octubre de 1839: *"Un único Rey, un solo Poder legislativo, una representación nacional única"*[310], respetando en todo lo demás el Régimen Foral, hubiera dado lugar a un sistema parecido al actual modelo autonómico *"servata distantia"*.

Esta solución hubiese modificado importantes principios de la Teoría Foral como la distinción entre Señor y Rey, la unión personal, el pase foral o el propio carácter de territorios separados, incompatibles con un Rey único, unas Cortes únicas y una soberanía nacional. Pero hubiesen continuado la mayor parte de las instituciones de la Foralidad material, incluida la organización judicial, dando lugar a un sistema autonómico de

[309] ESTORNES ZUBIZARRETA, I.: "El autonomismo vasco antes de 1936". En *Symposium sobre Estatuto Vasco de 1936*. IVAP. Oñati, 1988, pág. 98.

[310] MUGICA, J.: *Carlistas moderados... ob. cit.*, pág. 212. En el mismo sentido ANGULO HORMAZA, J.M.: *La abolición... ob. cit.*, pág. 44.

acuerdo con las categorías actuales.

Aunque se ha afirmado[311] que el Régimen Foral era un régimen de autonomía política basado en el reparto de competencias entre los dos bloques institucionales presentes en el territorio, tal calificación no depende exclusivamente del dato material del reparto de funciones, sino del título en virtud del cual se efectúa la distribución, título que, desde la Teoría Foral, surge del pacto y del acuerdo y no de la concesión de un Poder superior. Por tanto el establecimiento de un régimen de Autonomía del estilo que pretenderá la Ley de 25-10-1839, implicará el reconocimiento de la superioridad del principio de unidad en sus principales manifestaciones: un Rey, unas Cortes y una nación, y desde esta perspectiva resultará derogada o abolida parcialmente la Foralidad teórica.

Esta solución hubiese afectado más que al núcleo material de la foralidad, a las instituciones de garantía o de segundo nivel como el juramento de Fueros y Pase Foral, sustituidas ahora por la garantía constitucional de respeto foral, y a los Títulos originarios y justificativos de la forma de estar o de relacionarse con el Estado, tributo importante, pero probablemente necesario, ante el proceso imparable de acomodación de estructuras forales impuestas por el Estado moderno. Por otra parte y al incidir los cambios sobre cuestiones teóricas con apoyos no siempre claros en la historia y menos arraigados en la concepción foral popular,su efecto desinstitucionalizante hubiese sido menor en cuanto a consecuencias sociales.

Graduando, en resumen, las posibilidades teóricas de compatibilizar Fueros y unidad constitucional, la acomodación ideal hubiese consistido en la actualización del pacto en el marco de un Estado federal con poderes unitarios libremente convenidos, o, en su defecto, mediante una acomodación al régimen autonómico con alteración de

[311] Vid. CELAYA IBARRA, A.: *La decadencia... ob. cit.*, pág. 40.

determinados postulados de la Teoría Foral, sustitución de las garantías forales por garantías constitucionales y acomodación mínima de las instituciones de la Foralidad material.

Respecto al instrumento formal de adaptación, Ley de Cortes, privaría aparentemente a la Foralidad de su carácter autónomo y originario salvo que procediendo de un pacto, acuerdo o convenio previo, la Ley fuese la expresión formal de cobertura del Convenio precedente.

3. Modelo y praxis de convivencia de los principios de Unidad y Fueros en las leyes de 25 de octubre de 1839 y de 21 de julio de 1876 (1839-1876)

La evolución histórica de las relaciones Unidad y Fueros en el contexto de las guerras carlistas del siglo XIX, puede analizarse a través de las obras del fuerista ANGULO DE LA HORMAZA[312], del cristino EGAÑA[313] del liberal F. de HORMAECHE[314] y de MUGICA[315], SAGARMINAGA[316] e I. ESTORNES ZUBIZARRETA[317], entre otros. No obstante, el propósito de este trabajo no es la descripción histórica de acontecimientos, por lo que nos limitaremos a exponer simplificadamente la evolución del proceso de las relaciones Unidad y Fueros a través de sus principales

[312] ANGULO HORMAZA, J.M.: *La Abolición de los Fueros e Instituciones Vascongadas*. Ed. Auñamendi. San Sebastián, 1976, 2 tomos.

[313] EGAÑA, J.: *Ensayo sobre la naturaleza y trascendencia de la legislación foral de las Provincias Vascongadas*. Ed. Mellado, Madrid, 1850.

[314] Francisco HORMAECHE fue Diputado a Cortes, Secretario de Gobierno de la Diputación de Vizcaya y Cónsul de España en París hasta 1860.

[315] MUGICA, J.: *Carlistas modernos y progresista... ob. cit.*

[316] SAGARMINAGA, F. de: *El Gobierno y Régimen Foral del Señorío de Vizcaya*. Ed. Zalla. Zalla, 1972, pág. 708.

[317] ESTORNES ZUBIZARRETA, I.: *Carlismo y Abolición foral... ob. cit.*.

fases.

La primera etapa de las relaciones Unidad-Fueros, cuyos orígenes son muy anteriores a la 1ª Guerra Carlista de 1833, se caracteriza por la mutua incompatibilidad cuyas causas ideológicas y de todo tipo ya han sido tratadas en páginas anteriores. Las proclamas militares de los bandos contendientes colocan en primer plano la cuestión foral[318] en términos absolutos de abolición o conservación a ultranza, cuestión que va a quedar definitivamente unida a la causa dinástica hasta 1838. En este período se producirán varias *"suspensiones"*[319] y aboliciones de los Fueros, como es el caso del Estatuto Real o Constitución de 1834 y la de 1837, sin olvidar el Reglamento de 1835 que unifica la organización judicial mediante la introducción de Jueces de Primera Instancia, Audiencias y Tribunal Supremo.

La segunda fase se caracteriza por el intento de compatibilizar ambos principios, mediante cesiones mutuas. Comprende el Proyecto de Muñagorri, el Convenio de Vergara y la Ley de 25 de octubre de 1839. Lo que no fue posible al comienzo de la guerra, la reconciliación de liberalismo y Fueros, va a producirse en su fase final. Diríase que al debilitamiento físico, le acompaña al debilitamiento ideológico de posiciones inicialmente irreconciliables.

El pueblo –comenta I. ESTORNES ZUBIZARRETA[320]– tanto en zona liberal como carlista, esquilmado por las exacciones y depredaciones normales en tiempos de guerra desea ardientemente la paz. Este momento de cansancio es el elegido por Muñagorri para lanzar su campaña de PAZ y FUEROS, el 18 de abril de 1838, cuyos ejes

[318] ESTORNES ZUBIZARRETA, I.: *ob. cit.*, pág. 73.

[319] Bando del General Castañón de 30 de noviembre de 1833. En ESTORNES ZUBIZARRETA, I.: *ob. cit.*, págs. 71-72.

[320] ESTORNES ZUBIZARRETA, I.: *ob. cit.*, pág. 103.

pasan por separar la causa foral de la dinástica, aceptar la causa isabelina y mantener las instituciones forales[321].

Al margen del juicio histórico que merezca la figura del escribano de Berástegui, la corriente por él iniciada de compaginar la Unidad Constitucional y los Fueros, dará lugar, al movimiento liberal-fuerista en el que recaerá el protagonismo del equilibrio entre Unidad y Fueros. El liberal-fuerismo integrado por sectores moderados del liberalismo asentados en el Gobierno protagonizará el intento de conservación foral frente al sector progresista, a través del Convenio de Vergara y la Ley de 25 de octubre de 1839.

El Convenio de Vergara, cuya firma pone fin a la contienda, es un modelo de vaguedad jurídica que se limita en un único artículo, el 1º, a *"recomendar con interés al Gobierno el cumplimiento de su oferta de comprometerse formalmente a proponer a las Cortes la concesión o modificación de los Fueros"*. En definitiva el compromiso gubernamental se concreta en remitir a las Cortes un Proyecto de Ley de concesión o modificación foral. Este compromiso, no obstante, pudo ser menos ambiguo de lo que cabía deducir del tenor literal de sus palabras. Con motivo del debate parlamentario del primer Proyecto de Ley del Gobierno en el que se incluía lisa y llanamente la *"confirmación de Fueros"*, la oposición progresista abogará por *"la concesión o modificación, tal como se estableció en el texto del Convenio, y ante la oposición gubernamental preguntan al Gobierno si hubo, al margen del Convenio algún otro compromiso oficioso y verbal"*. A lo que respondió el ministro Arrazola: *"He oído preguntar si había otros compromisos que el que producía el Convenio de Vergara. Sí, señores, los compromisos que se forman por la categoría de las personas que contratan y que le obligan al Gobierno a lo que no se puede manifestar aquí..."*[322].

[321] ESTORNES ZUBIZARRETA, I.: *ibid.*, pág. 104.

[322] MUGICA, J.: *ob. cit.*, pág. 178.

Este testimonio del ministro de Gracia y Justicia, autor y defensor del proyecto gubernamental, explica, efectivamente, las causas del armisticio de forma más satisfactoria que el texto del acuerdo. El gobierno moderado, sin embargo, no calculó bien sus posibilidades, ya que a la hora de plasmar el compromiso en Proyecto de Ley se encontró con unas Cortes mayoritariamente progresistas, que dificultaron notablemente el cumplimiento de lo prometido.

3.1. La Ley de 25 de octubre de 1839 como modelo

La necesaria reforma foral va a girar en torno a esta Ley, sobre cuyo alcance y significado existen diversas y variadas interpretaciones. ¿Fue abolitoria, confirmatoria o reformadora de la Foralidad?

Para ANGULO DE LA HORMAZA es la expresión del nuevo pacto con la Nación española, la ley es la expresión formal del Convenio de Vergara[323]. En este mismo sentido se pronunciaron JULIAN EGAÑA[324] y PEDRO DE EGAÑA[325].

Para SAGARMINAGA, MATEO MORAZA, y otros[326] es obra del liberal fuerismo y por tanto confirmatoria en lo no opuesto a la unidad política de mínimos. Según JOSE MUGICA, fue reformadora del Régimen Foral para unos, y confirmatoria

[323] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, vol. I, pág. 45.

[324] EGAÑA, J.: *Ensayo sobre la naturaleza... ob. cit.* págs. 127 y 128.

[325] EGAÑA P. de: *Breves apuntes en defensa de la libetad vascongada*. Imp. Delmas. Bilbao, 1870. págs. 90 y ss.

[326] MORAZA, M.: *Discursos en defensa de Fueros Vascogados*. Diputación Foral de Alava, Vitoria, 1976, pág. 62.

para otros[327].

Para el nacionalismo (SABINO ARANA[328], ZABALA OTZAMIZ[329]), es abolitoria, y la fecha de 1839 pasará a la cultura nacionalista como el momento de la pérdida de la independencia originaria. ILDEFONSO GURRUTXAGA[330] interpretará la introducción del *"sin perjuicio de la unidad constitucional"* como la causa del fenómeno abolitorio. A juicio de FUSI AIZPURUA, la ley es fruto de la transacción liberal, salvaguarda los Fueros e introduce la Reforma Foral[331]. Según CORCUERA ATIENZA[332], esta ley sólo fue abolitoria para la tradición nacionalista limitándose a introducir la foralidad en la racionalidad constitucional.

J.I. del BURGO la califica de confirmatoria[333]. La conocida tesis de T.R. FERNANDEZ mantiene que hubo evolución y no abolición[334], y B. CLAVERO observa la subsistencia del pacto y se pronuncia por su carácter no abolitorio[335]. I. ESTORNES ZUBIZARRETA[336] entiende que la ley es puro culteranismo *"la forma por la forma"*,

[327] MUGICA, J.: *Carlistas moderados... ob. cit.*, págs. 213 y ss.

[328] ARANA GOIRI, S.: *Bizkaia por su... ob. cit.*, págs. 44 y 121, entre otras.

[329] ZABALA OTZAMIZ: *Revista Euskadi*. Año II, nº 1 Marzo 1905, págs. 239-296.

[330] UGALDE, M.: *Historia de Euskadi*. Ed. Planeta. Barcelona, 1982, Tomo IV, pág. 229.

[331] FUSI, J.P.: *Problema Vasco en... ob. cit.*, pág. 16 y "Constitución y Fueros: análisis de un debate político secular". En *Jornadas de Estudios sobre actualización... ob. cit.*, pág. 226.

[332] CORCUERA ATIENZA, J.: "Alcance de la Constitucionalización de los Derechos históricos". En *Jornadas de Estudios sobre actualización... ob. cit.*, pág. 393.

[333] BURGO, J.I. del: *Ciento veinticinco años del Pacto-Ley de 16 de agosto de 1841*. Ed. Del Burgo, Pamplona, 1966, pág.25.

[334] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Los Derechos históricos... ob. cit.*, pág. 66.

[335] CLAVERO, B.: *ob. cit.*, págs. 51 a 53.

[336] ESTORNES ZUBIZARRETA, I.: *ob. cit.*, págs. 122-123.

y SOLOZABAL[337] ve un intento de Reforma que acabará en abolición como resultado de la inconsecuencia del Gobierno al unir centralismo administrativo y unidad política.

MONREAL[338] califica a la ley como Disposición Adicional material de las Constituciones de 1837 y 1869, que permitía efectuar una Reforma del Régimen Foral y que de haberse llevado a cabo satisfactoriamente, hubiese dado un giro decisivo a la cuestión vasca. En definitiva, una oportunidad perdida. AYESTARAN[339] afirma expresamente que la ley no fue abolitoria, sino reformatoria de Fueros.

Estas diferentes opiniones pueden deberse a distintas concepciones sobre la esencia foral, o a posicionamientos ideológicos, pero también obedecen al momento y a la coyuntura en que se efectúa el análisis. No es lo mismo analizar la Ley en sí, que por sus resultados. Si, como parece probado, la ley de 21 de julio de 1876 de carácter abolitorio, se dicta formalmente en aplicación del artículo 2º de la ley de 25 de octubre de 1839, parece obvio calificar retroactivamente a esta última como abolitoria. Si, por el contrario, el análisis se centra en el momento en que se produce su aprobación, del contexto histórico y político concreto no resulta tan claro su carácter abolitorio y más bien se presenta objetivamente como in intento de acomodación necesaria de la Foralidad a la nueva concepción del Estado. Cosa diferente es que el intento de compaginar unidad y Fueros fracasase en la práctica, más por la inconcreción de la primera que de los segundos, contrariamente a lo ocurrido en el período constituyente último (1978) en que la indefinición estuvo más en el lado del Régimen Foral y de los Derechos históricos que en la del principio de unidad del artículo 2º de la C.E.

---

[337] SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J.: *El primer nacionalismo vasco. Industrialismo y Conciencia nacional*. Tucar Ediciones, S.A. Madrid, 1975, págs. 277 y ss.

[338] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 64.

[339] AYESTARAN LECUONA, J.A.: *Euskadi y el Estatuto... ob. cit.*, pág. 26.

En 1839 se conocía perfectamente qué era el Régimen Foral. El problema consistía en definir y concretar un contenido de unidad constitucional que permitiese la subsistencia material de la Foralidad. Diríase que en aquel momento la Foralidad era algo concreto, y la unidad constitucional, en terminología actual, un *"concepto jurídico indeterminado"*[340] cuya concrección se encomendó al tiempo y a la praxis, ya que el Gobierno y las Cortes mantuvieron posiciones contrarias a este respecto en el debate parlamentario, sin que al final prevaleciese otro criterio que el *"sin perjuicio"* propio de toda indefinición a falta de consenso político, cuyo único resultado suele ser la ambigüedad del texto legal.

J. MUGICA[341] ofrece una de las versiones más completas que he manejado respecto al debate parlamentario de la Ley 25 de octubre de 1839, y en ella se aprecia claramente que aunque el objeto eran los Fueros, el problema real fue la diversa concepción sobre el alcance de la unidad sostenida por un Gobierno moderado en minoría, frente a unas Cortes progresistas con mayoría, cuya constitución definitiva se produjo el 10 de septiembre de 1839, diez días después de firmado bajo los auspicios del Gobierno el Convenio de Vergara[342], circunstancia que, probablemente, no fue contemplada por el Gobierno al tiempo de suscribir el Convenio.

Al margen de los contenidos textuales del Convenio[343], es probable que el compromiso real garantizase la confirmación de Fueros, como insinuó el Ministro Arrazola. Así parece desprenderse del proyecto gubernamental presentado a las Cortes en coherencia con lo comprometido. Este proyecto, en su artículo 1º, se limitaba a la

[340] Así: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas. Madrid, 1990. Tomo I, págs. 455 a 461.
SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas. Madrid, 1976.

[341] MUGICA, J.: *ob. cit.*, págs. 165 a 277.

[342] MUGICA, J.: *ibid.*, pág. 170.

[343] El Convenio textualmente habla de: *"concesión"* o *"modificación"* de los Fueros.

confirmación lisa y llana de los Fueros, y en el artículo 2º, sin que aparezca en ningún momento la palabra unidad, se anunciaba una futura modificación para la conciliación de los intereses forales y los generales de la Nación[344]. Esta fórmula de confirmación categórica y explícita de la Foralidad y la maniobra de relegar su modificación dejándola al criterio y al instante en que el Gobierno moderado lo considerase oportuno, despertó suspicacias entre la mayoría progresista y no gustó en San Sebastián desde donde se enviaron numerosos mensajes a CLAUDIO ANTON DE LUZURIAGA para que defendiese los intereses liberales de la burguesía donostiarra[345] y se opusiese a la iniciativa del Gobierno.

De ahí que en el debate parlamentario se presentase, entre otras, una enmienda suscrita por los miembros más destacados de la Cámara –Los Siete Colosos–[346] entre los que figuraban D. Salustiano de OLOZAGA y en la que se establecía la Confirmación de Fueros *"en cuanto no se opongan a la Constitución y a la unidad de la Monarquía"*. La enmienda MADOZ[347] planteaba el inciso *"salvo la unidad política o constitucional de la Monarquía"*.

LUZURIAGA ensayó en un importante discurso, el primer intento de conciliación FUEROS-UNIDAD destacando en una combinación de fondo y forma, la posibilidad de mantener las Instituciones forales como formas peculiares de cumplimiento de los principios, derechos y deberes constitucionales[348].

La oposición del Gobierno a introducir cualquier modificación que condicionase

[344] MUGICA, J.: *ob. cit.*, pág. 178.

[345] MUGICA, J.: *ob. cit.*, pág. 181.

[346] Expresión utilizada por D. Agustín ARGÜELLES en el debate parlamentario.

[347] MUGICA, J.: *ob. cit.*, pág. 190.

[348] MUGICA, J.: *ob. cit.*, págs. 191 y ss.

la confirmación lisa y llana de Fueros produjo alarma entre la mayoría progresista y enconó de tal forma el debate, que el Gobierno tuvo que ceder y enmendar en la propia sesión su Proyecto, introduciendo la conocida salvedad *"sin perjuicio de la Unidad Constitucional de la Monarquía"*, inciso que salvó las apariencias formales del consenso, ocultando las diferencias reales mediante el subterfugio de un principo general que obviamente significaba cosas muy diferentes para unos y para otros, y que en consecuencia sería interpretado y aplicado de forma distinta, restrictiva o extensivamente, en función de quien ostentase el poder, en el futuro: moderados o progresistas.

UNIDAD para el Gobierno, en expresión de su portavoz en el debate parlamentario, el Ministro ARRAZOLA, significó en un primer momento la consolidación de Isabel II en el trono, transigiendo en la cuestión foral[349], y posteriormente, al verse el Gobierno obligado a introducir la unidad constitucional, ésta fue interpretada como:

> *"Unidad de las cosas en los grandes vínculos, en los grandes principios, en las grandes formas, y creo que se salva la unidad constitucional habiendo un solo Rey constitucional, para todas las provincias, un mismo poder legislativo y una misma representación nacional común"*[350].

Es decir, para el Gobierno se trataba de una Unidad Política de mínimos, concepto éste que ya había sido enunciado por MADOZ en el debate. Para los progresistas la unidad significaba mucho más. Junto a los contenidos anteriores incluía al menos igualdad de derechos y deberes de todos los ciudadanos, especialmente en material fiscal y servicio militar, igualdad en el acceso a cargos públicos, régimen electoral municipal y provincial, atribuciones y organización administrativa uniforme y supensión de las Aduanas del Interior para el establecimiento de un mercado económico nacional[351]. Estos y otros contenidos del principio de unidad se pusieron de manifiesto

[349] MUGICA, J.: *ob. cit.*, pág. 180.

[350] SAGARMINAGA, F.: *El Gobierno y el Régimen... ob. cit.*, pág. 729.

[351] MUGICA, J.: *ob. cit.*, pág. 181.

con motivo del Decreto de Espartero de 29 de octubre de 1841.

Desde las consideraciones precedentes no resulta fácil fijar un juicio definitivo de la Ley, y parece comprensible que desde distintas ópticas haya recibido calificaciones tan dispares.

No obstante prescindiendo de la intención de los legisladores, y apreciando la *"voluntas legis"* o el modelo legal objetivo con independencia de su posterior aplicación e interpretación, la Ley se presenta como:

a) Un intento de equilibrio entre Foralidad y Unidad producto de mutuas cesiones entre liberalismo y fuerismo radicales, o lo que es lo mismo, como un producto liberal-fuerista.

b) Modelo institucional reformista articulado sobre un principio de unidad política esencial o mínima, compatible con la subsistencia de la mayor parte del bloque material de la foralidad, que pudo haber dado lugar a lo que hoy llamaríamos un sistema autonómico.

c) Este nuevo modelo de convivencia institucional a pesar de afectar a postulados importantes de la Teoría Foral (unión personal, pase foral, territorios separados y otros), constituía el tributo mínimo de la foralidad a la adaptación exigida por las nuevas concepciones políticas.

d) De haberse efectuado las reformas mínimas y necesarias que preveía el artículo 2º de la Ley y que nunca salvo en Navarra, se materializaron, el resultado hubiese sido igualmente reformista y no abolitorio ya que resultaba preceptivo el trámite de audiencia o acuerdo con las Diputaciones Forales.

e) Ni siquiera las alteraciones provocadas por la implantación del principio de Unidad, pueden considerarse abolitorias desde una perspectiva de técnica legal, ya que la ley formalmente era la concreción de un convenio, y aunque resultado de un acto legislativo unilateral y soberano en cuanto a su forma externa, podría considerarse como revestimiento de un contenido esencialmente pactado. Algo semejante, salvando tiempo y distancias, a las tesis que distinguen hoy el Estatuto y la Ley que lo aprueba o ratifica, o el Concierto Económico y la Ley que lo aprueba. Lo que impregna de carácter abolitorio a una ley como la que comentamos no es tanto la modificación del Régimen precedente en su materialidad, cuanto el carácter inconsentido y unilateral del procedimiento de aplicación y desarrollo posterior.

f) Si el nuevo modelo, en principio, no cabe calificarlo de abolitorio, tampoco de desinstitucionalizante, en el sentido social del término, ya que las alteraciones producidas por las exigencias del nuevo concepto de Unidad afectaban esencialmente a un Fuerismo de élite, no al popular. El Pueblo Vasco, acostumbrado a convivir con la Corona en un marco de unidad especial, personal o pactada, no es seguro que ante una modificación técnica en el título de la unión manteniendo más o menos íntegra su Foralidad material, hubiese sentido una sensación colectiva de pérdida o desequilibrio institucional.

g) En todo caso, el nuevo modelo que esta ley pretende inaugurar, sustentado en la indefinición y ambigüedad de principios generales y abstractos de contenido indeterminado y no consensuado políticamente, no puede ser calificado *"a priori"* como modelo institucional ya que su aceptación y arraigo social, meta de todo sistema institucional, no depende del modelo, sino de la praxis. En este sentido se produce un cambio cualitativo importante, que va a caracterizar en el futuro a todos los procesos institu-

> cionales del País Vasco. Frente al sistema tradicional que caracterizó al Régimen Foral –aceptación social por uso y costumbre y posterior transformación en ley–, el nuevo proceso se inicia con el modelo legal y sólo su posterior praxis permitirá garantizar la aceptación social y la institucionalización real. Desde esta perspectiva calificar a priori a una ley de institucional en el sentido integral del concepto, no deja de constituir un eufemismo técnico pendiente de comprobación.

Desde esta consideración cabe afirmar que la Ley de 25 de octubre de 1839, a pesar de modificar el Régimen Foral, tanto por su técnica como por sus contenidos no fue abolitoria ni desintitucionalizante en cuanto modelo, sino en cuanto praxis.

3.2. Praxis institucional y Ley de 21 de julio de 1876

Aceptando, más allá de glosas interesadas, que la Ley de 25-X-1839 ensaya objetivamente un intento de equilibrio institucional entre una concepción de Estado constitucional, inicialmente iconoclasta con lo foral, que ante la resistencia popular admite la posibilidad teórica de una síntesis con el Régimen Foral, queda abierto un problema, el problema pendiente que no va a recibir solución constitucional hasta 1978[352]. Queda abierta una etapa de tentativas indecisas del Estado, cuando no de dejación o incapacidad para resolver el problema[353]. La praxis institucional del período 1839-1876 se presta a diversas valoraciones o calificaciones, precisamente por la falta de una política uniforme gubernamental en el desarrollo de la Ley. Todas las interpretaciones que se han dado sobre este período hallan siempre apoyos en determinadas actuaciones de un Gobierno oscilante en política foral.

Para quienes comparten una visión *"formalista"* de la Foralidad, como T.R. FERNANDEZ[354], que deposita la esencia de la Foralidad no en sus contenidos concretos, ni en su carácter originario o autónomo, sino en su capacidad de adaptación, flexibilidad y evolución al ritmo de los tiempos, centran su justificación en el período 1845-1855, década relativamente bonancible en las relaciones Unidad-Fueros[355]. En este mismo sentido ORTIZ DE ORRUÑO LEGARDA, apoyándose en GOROSABEL[356] combate la interpretación victimista del alcance de la Ley de 1839 entendida en su praxis como una permanente agresión del poder central a las instituciones forales, cuando, a su juicio, es a partir de 1844 cuando las Diputaciones vascas *"consiguieron*

[352] CLAVERO, B.: *ob. cit.*, pág. 53.

[353] CLAVERO, B.: *ob. cit.*, pág. 94.

[354] FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, págs. 47 y 53.

[355] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 65.

[356] GOROSABEL, P.: *Noticias de las cosas memorables de Gipuzkoa*. E. López-Tolosa. 1900. Tomo II, págs. 309 y ss.

una autonomía administrativa que no resiste comparación con ningún otro momento anterior"[357].

Quienes consideran el Régimen Foral, no sólo como un régimen de autonomía administrativa de Diputaciones y Juntas, sino como un sistema integrado de derechos individuales, con especialidades fiscales y militares, de garantías jurídicas y de organizaciones de poderes con títulos autónomos, interpretarán el desarrollo de la Ley especialmente a partir del Decreto de Espartero de 29 de octubre de 1841 en términos estrictamente abolitorios[358], a pesar de reconocer ciertas reposiciones posteriores.

Otros, finalmente, a la vista del arreglo foral de Navarra mediante la Ley de 16 de agosto de 1841, y entendiendo que la esencia del Fuero descansa en el Pacto, entenderán subsistente la Foralidad mediante el mantenimiento del sabor inequívocamente pactado a través del artículo 2º de la ley de 1839, independientemente de que el pacto se concertase a la baja y con el interlocutor más débil o menos exigente como apunta MONREAL[359]. En relación con la subsistencia de la Foralidad a través del mantenimiento de su carácter pactista, puede verse la obra de J.I. DEL BURGO y B. CLAVERO[360].

No obstante, por encima de consideraciones ideológicas y epocales todas ellas de carácter parcial, el único criterio objetivo para medir el carácter confirmatorio, abolitorio o simplemente reformista de la praxis institucional que desarrolla la Ley de 1839 es el de efectuar un balance de las principales disposiciones normativas que se

[357] ORTIZ DE ORRUÑO LEGARDA, J.M.: "Las limitaciones de la Revolución burguesa en España: El Estado liberal y los Fueros Vascos". *Rev. Trienio*, nº 13, Madrid, 1989, pág. 14.

[358] En este sentido: ANGULO HORMAZA, SAGARMINAGA, EGAÑA, ESTORNES y la mayor parte de los fueristas y liberal-fueristas.

[359] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 65.

[360] DEL BURGO, J.L., *ob. cit.* y CLAVERO, B., *ob. cit.*

dictan en este período y analizar los contenidos forales que resultan afectados por ellas.

- La Ley de 25-10-1839

Considerada esta norma desde su interpretación más benigna, que es la expresada por el propio Gobierno moderado en el momento de su aprobación, introduce las siguientes modificaciones en el Régimen Foral:

a) integración territorial del Señorío en la Monarquía con alteración del principio de unión personal sin fusión de territorios.

b) Cortes y representación nacional únicas, que implicaban el reconocimiento de la Soberanía nacional representada por el Parlamento y la imposibilidad subsiguiente de mantener el Pase Foral frente a las leyes emanadas del mismo.

- Decreto orgánico de 16 de noviembre de 1839

Este Decreto, dictado en aplicación de la Ley anterior, fue obra del Ministro de Justicia Arrazola[91], por tanto, de carácter moderado. Se limita, siguiendo la inspiración de ley de 25 de octubre, a:

a) mantener el sistema foral en el nombramiento de Ayuntamientos; Diputaciones y Juntas Generales para la reposición de las Autoridades Forales (arts. 1º, 4º, 6º).

b) permanencia en las Provincias de los Jefes Políticos que adoptan la

[91] MUGICA, J.: *ob. cit.*, pág. 217.

denominación foral de Corregidores, pero sin atribuciones judiciales (art. 2º).

c) nombramiento de Diputados y Senadores a Cortes por el procedimiento general (arts. 3º y 5º).

d) designación de representantes para conferenciar con el Gobierno las necesarias adaptaciones forales (art. 8º).

Esta disposición se limita a desarrollar la ley de 25 de octubre, alterando únicamente el Régimen Foral en materia de organización judicial al suprimir las competencias tradicionales de los Corregidores. Suscitó gran malestar en San Sebastián por el mantenimiento del régimen electoral interno y las Aduanas del Interior, aunque fue recibida con entusiasmo en la Provincia porque prácticamente constituía la confirmación del Régimen Foral[362].

- Real orden de 10 de enero de 1841

La formación de un Gobierno progresista con Espartero al frente, propició esta disposición por la que se instruía a los Ministerios para que *"con ningún pretexto"* se sujetasen al pase foral las Leyes, Ordenes y Decretos del Gobierno, ni las providencias y ejecutorias de los Tribunales[363].

Esta disposición anula el pase foral en toda su extensión, no sólo frente a las leyes de Cortes tal como se deducía de la ley de 1839, sino frente a cualquier disposición administrativa o judicial, con lo que se produce una aplicación extensiva del

[362] MUGICA, J.: *ob. cit.*, págs. 217 y 227.

[363] MUGICA, J.: *ob. cit.*, pág. 264.

principio de unidad que pasa de la esfera estrictamente política a la administrativa.

- Decreto de 29 de octubre de 1841

Durante la regencia de Espartero se produce el pronunciamiento de O'Donnell secundado por los moderados y el ejército. Una vez reprimido, se dicta esta norma de inspiración netamente progresista que se separa definitivamente de la concepción de unidad política sostenida por la ley de 1839. Esta norma deroga el Decreto de 16 de noviembre de 1839, estableciendo que las Diputaciones Provinciales sustituyan a los Organos forales, que el régimen electoral provincial y municipal se adecúe al general del Estado, y que los Corregidores retomen la denominación de Jefes Superiores Políticos (art. 1º, 2º, 3º y 6º). Además, y ello supuso un paso adelante definitivamente abolitorio nunca más recuperado, se estableció una Organización Judicial única para toda la Monarquía (art. 7º), la supresión definitiva del Pase Foral (art.8º) y el traslado de Aduanas a la Costa (art.9º).

De la primitiva concepción de unidad política, en el Rey y Cortes, se pasa a la del Poder Judicial y se amplía con la supremacía de las disposiciones administrativas del Gobierno Central, con el establecimiento de una organización centralizada en base a provincias, Ayuntamientos y Jefes Políticos, de régimen general que se completa con el deseado establecimiento de un mercado nacional único. Para la aplicación de estos principios se dictaron la ley de 23 de abril de 1842 y el Real Decreto de 14 de julio del mismo año.

- Real Decreto de 4 de julio de 1844

Por medio de esta disposición se devuelve a las Diputaciones y Juntas Generales su carácter foral (art. 5º), y a los Ayuntamientos se les reconocen sus atribuciones tradicionales, (art. 7º), reconocimiento transitorio ya que por R.O. de 22 de Febrero de 1847 quedan integrados en el régimen general impuesto por la Ley Orgánica Munici-

pal de 1845. Los Jefes Políticos vuelven a denominarse Corregidores (art. 4º), pero expresamente se determina la subsistencia de las disposiciones abolitorias en materia de Aduanas y Organización de Justicia (art. 8º) en cuya virtud por RROO de 7 de Enero y 20 de Noviembre de 1852, se introducirán tasas fiscales sobre uso de papel sellado ante los Tribunales y oficinas del Reino, así como los derechos aduaneros.

Salvo algunos conatos parlamentarios protagonizados por SANCHEZ SILVA con motivo de la discusión de los Presupuestos de 1864 en orden a implantar la igualdad fiscal y de contribuciones, no se registran hasta la década del 70 nuevas alteraciones del Régimen Foral que en este momento ha quedado reducido al mantenimiento de Organos Forales y a las llamadas exenciones fiscales y de servicio de armas[364].

- Ley de 21 de julio de 1876

A pesar de los loables intentos de ARISTIDES DE ARTIÑANO[365] para justificar las razones del alzamiento carlista y del Convenio de Amorebieta de 1872, los historiadores coinciden en basar las causas de la Segunda Guerra Carlista en motivaciones religiosas, tradicionalistas y dinásticas con ausencia de motivaciones forales[366], y en clara oposición a los movimientos progresistas iniciados con la Revolución de 1868. Aunque los Fueros no fueron, como en 1833, la causa de la guerra, se utilizaron como pretexto por ambas partes y con la derrota del Carlismo se produjo la definitiva abolición foral.

ANGULO, SAGARMINAGA, MORAZA, EGAÑA y otros muchos defensores

[364] No tratamos aquí otras alteraciones en materia de Derecho Civil Foral, que se inician con el primer Proyecto de Código Civil de García Goyena y la aprobación de Leyes Civiles especiales.

[365] ARTIÑANO, A. de: *El alzamiento del Señorío de Vizcaya en 1872, el Convenio de Amorevieta*. Ed. La Andalucía, Sevilla, 1872, págs. 13 y ss.

[366] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Tomo I, págs. 66 y ss.

de los Fueros, se esforzaron en demostrar que en esta ocasión no eran los Fueros la causa del levantamiento carlista, sino el integrismo ideológico y el legitimismo dinástico. La cuestión foral ya no era patrimonio carlista, y efectivamente así se demostró en el debate parlamentario, ya que fueron liberal-fueristas quienes asumieron la defensa de la foralidad desde 1844 a 1876.

A pesar de estos esfuerzos, el carlismo prestó la ocasión. De la trayectoria analizada anteriormente, no cabía esperar por parte del Gobierno un desarrollo de la ley de 25 de octubre de 1839 en consonancia con el espíritu reformista y actualizador que presidió su aprobación, pero, como apunta AYESTARAN[367], nadie en estos momentos amenazaba más que otras veces a los Fueros, con lo que difícilmente cabe encontrar una justificación foral al inoportuno levantamiento carlista. Felizmente para los Fueros –prosigue este autor– el movimiento foral desbordó al carlismo, arraiga en núcleo liberales y, gracias a ellos, subsisten durante el siglo XIX.

En efecto, analizada la cuestión foral hoy, da la sensación que el único núcleo que realmente intentó compaginar fueros y constitución fue el sector liberal-fuerista, ya que el carlismo adoptó posturas inmovilistas y resistentes aparentemente a favor de los Fueros, pero en el fondo contra el liberalismo y el progresismo. El Estado, por su parte, se decantó hacia un concepto extensivo de la unidad político administrativa que, a la postre, se manifestó incompatible con la foralidad y aprovechó la oportunidad que le proporcionó la insurrección carlista para establecer por ley una decisión previamente adoptada. En definitiva, como ya se ha subrayado por algunos autores[368], las causas del fracaso de la adaptación foral a la nueva concepción del Estado no deben buscarse únicamente en factores exógenos al País Vasco, sino en la falta de flexibilidad de determinado fuerismo legitimista, integrista y clerical que desaprovechó no sólo la oportunidad histórica de actualizar los Fueros en el marco de la ley de 1839, sino la

[367] AYESTARAN LECUONA, J.A.: *Aspectos socio-políticos... ob. cit.*, pág. 27.

[368] Entre otros: MONREAL, SOLOZABAL, AYESTARÁN y URRUTIKOETXEA.

posibilidad inédita en la Historia del País *"de alcanzar una autonomía estable y progresista partiendo de la foralidad, es decir desde una una base de soberanía y mediante pacto"*[369]. En efecto, recuérdese que la Constitución de la 1ª República Democrática Federal Española de Pi i Margall establecía en su introducción:

> *"Las regiones ..., Estados soberanos, declaran en uso de su autonomía, que quieren formar parte de la Federación Española bajo las condiciones descritas en el siguiente pacto o constitución federal".*

El carlismo se opuso también a este intento de evolución democrática del Estado español y continuó su oposición legitimista frente a la Restauración alfonsina. Bajo la apariencia de defensa de los Fueros, se escondía la oposición a la línea dinástica de Isabel II y a cualquier intento progresista y actualizador de la foralidad.

Fracasado el ensayo federal y derrotado el carlismo, al Gobierno de la Restauración se le brindó una ocasión única para plasmar en ley su conpceión de la Unidad Constitucional que superó con creces las posiciones unitaristas defendidas por el sector progresista de los OLOZAGA, CORTINA Y LUZURIAGA en 1839. Si para aquellos liberales todavía fue posible, como se demostró en la ley Paccionada de Navarra en 1841, algún género de convivencia entre Unidad constitucional y Fueros, para CANOVAS DEL CASTILLO *"no cabían juntas las dos partes del artículo 1º, puesto que consistiendo la unidad constitucional en que todos los pueblos e individuos estuviesen sujetos al régimen constitucional con perfecta igualdad en derechos y proporción en las obligaciones, cualquier fuero o exención rompía esa unidad"*[370].

El proceso posterior es suficientemente conocido. Terminada la Guerra en abril

[369] AYESTARÁN LECUONA, J.A.: *ob. cit.*, pág. 28.

[370] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. 1, pág. 99.

de 1876, el Gobierno convoca a las Diputaciones en mayo de 1876 para conferenciar, de acuerdo con el artículo 2º de la ley de 1839, e introducir las modificaciones imprescindibles en el Régimen Foral. Las únicas *"adaptaciones"* pendientes se referían al servicio militar y fiscal, ya que las restantes habían desaparecido.

F. SAGARMINAGA, que fue uno de los comisionados, nos cuenta[371] que los representantes vascos se negaron a *"colaborar"* alegando *"la inoportunidad de proceder a la modificación de los Fueros, cuando tal medida era reclamada por la exaltación de ánimos extraviados, más que aconsejada por la prudencia y el interés común"*. CIAURRIZ[372] recoge en su obra ciento ochenta y seis artículos de prensa publicados entre el 2 de mayo y el 22 de julio de 1876 solicitando la abolición foral en toda España. ANGULO HORMAZA[373] afirma que el Gobierno se apresuró a discutir y aprobar la ley de 21 de julio de 1876 utilizando el estado de la opinión pública que solicitaba la abolición por la indignación producida en el *"Mediodía, Este y Oeste, contra el Norte"*.

Así, agotado el trámite formal de consulta a los representantes vascos, se procedió el día 12 de julio a la discusión del Proyecto de Ley, y, en nueve precipitados y calurosos días del final del período ordinario de sesiones, se procedió a la liquidación de todo un régimen de vigencia inmemorial.

En el debate de la Ley, la defensa de la Foralidad corrió por cuenta de los liberales-fueristas, destacándose la figura de D. MATEO BENIGNO DE MORAZA[374].

---

[371] SAGARMÍNAGA, F.: *Memorias históricas de Vizcaya*. Ed. Amigos del Libro Vasco. Bilbao, 1983, pág. 173.

[372] CIAURRIZ BELZUNEGUI: *La abolición de los fueros vascos a través de la prensa*. Ed. Auñamendi, San Sebastián, 1976. Dos tomos.

[373] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 76.

[374] MORAZA, M.: sus discursos íntegros, fueron publicados en 1976 por el Consejo de Cultura de la Diputación Foral de Alava.

En su discurso pasa revista a los títulos históricos de la Foralidad al modo tradicional a que nos tiene acostumbrados la Teoría Foral, pero el centro de su argumentación descansa en la interpretación del concepto de unidad y en el espíritu conciliador y reformista de la ley de 1839. Solicitó una interpretación esencialista de la Unidad, al modo en que lo hizo Arrazola[375]. Insiste en desmarcar la cuestión foral del carlismo[376] y la necesaria adaptación de la foralidad al Estado moderno[377]. Admite que el concepto de unidad es aún un tema pendiente[378], denuncia el carácter abolitorio de la ley y finaliza proclamando que los *"Estados Autónomos, no han sido jamás un inconveniente para la realización de la unidad bien entendida"*[379].

Frente a estas tesis que pretenden compatibilizar UNIDAD y FUEROS, los defensores de un concepto de UNIDAD extensiva e incompatible con cualquier género de foralidad o autonomía expresan su pensamiento sin ambages. El más radical y claro fue CANOVAS DEL CASTILLO, al afirmar que la unidad nacional de que ahora se trata no fue la que quisieron establecer los Reyes Católicos. Aquella era la unidad real frente al feudalismo. Ahora se trata, además, de la unidad simétrica que implantó Felipe V, unidad política y centralismo administrativo: *"Yo* –cita textualmente ANGULO HORMAZA[380] a CANOVAS– *he sostenido hasta ahora constantemente la necesidad de que el poder no se descentralice, que el poder de Gobierno llegue a todas partes, que los agentes del Gobierno no sean contrarios al impulso y a la dirección del poder ejercido desde los ministerios"*. La unidad que defiende es política y administrativa

[375] MORAZA, M.: *ob. cit.*, pág. 57.

[376] MORAZA, M.: *ob. cit.*, pág. 62.

[377] MORAZA, M.: *ob. cit.*, pág. 63.

[378] MORAZA, M.: *ob. cit.*, pág. 65.

[379] MORAZA, M.: *ob. cit.*, pág. 118.

[380] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 132.

evidentemente incompatible con el mantenimiento de cualquier género de descentralización. La concepción del Estado que se propugna en 1876 poco tiene que ver con el intento reformista de 1839. Lógicamente no cabe adaptación ni reforma, sólo abolición.

En parecidos términos se expresaron personajes menos significativos, citados por ANGULO. VEGA ARMIJO[381] manifiesta que la autonomía provincial es incompatible con la UNIDAD. MENA Y ZORRILLA se extiende en cantar las excelencias de la centralización y administración modernas[382]. Lo mismo RODA: no cabe estado autónomico provincial dentro de la unidad nacional[383]. NAVARRO Y RODRIGO manifiesta que los particularismos ya no están de moda, en todas partes se camina al fortalecimiento del poder central[384]. GAMAZO afirma que en la unidad constitucional se entiende comprendida la uniformidad administrativa[385].

En el contexto general en que se debate el Proyecto ley, tanto dentro como fuera de las Cámaras Legislativas, no era esperable otro resultado que el abolitario de la Foralidad. La presión social, la victoria sobre el carlismo y la concepción política del Estado no permitían esperar otro resultado que el que se produjo. La Ley se aprobó en los mismos términos del Dictámen, sin que sufriese alteración alguna. El debate no sirvió para otra cosa que para desvelar el auténtico conflicto, la contrapuesta concepción del modelo de Estado en torno al principio de unidad constitucional, sustentada por el liberalismo uniformista y el fuerismo moderado.

A pesar de todo, la lógica consecuencia de los antecedentes expuestos debiera

[381] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 126.

[382] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 127.

[383] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 130.

[384] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 131.

[385] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 134.

haber arrojado como resultado una ley fulminante y definitiva, en la que no se advirtiesen indicios de esperanza para la causa foral. Pero no fue así. La ley de 21 de julio de 1876 fue materialmente abolitoria, en el fondo, pero no tanto en la forma. Sobre el carácter abolitorio material, no puede caber duda. Las únicas instituciones forales que subsistían a la fecha –las llamadas exenciones fiscales y servicio de armas– quedan abolidas por los artículos 1º, 2º y 3º de la ley que implanta la contribución de haberes y el servicio militar en términos de igualdad a todos los ciudadanos de la nación.

En cambio, en cuanto a la forma se presenta más como una nueva disposición a sumar a las dictadas desde 1839, que como una norma definitavamente abolitoria. Los artículos citados se limitan a imponer nuevas obligaciones en materia fiscal, militar, sin ninguna referencia derogatoria o abolitoria a las instituciones forales que suprime, ni a las que desaparecieron anteriormente. Especialmente su artículo 4º produce la sensación de que la foralidad continúa, ya que faculta al Gobierno *"para que proceda a acordar, con audiencia de las provincias, las reformas forales que exija el interés de la nación y el del pueblo vascongado"*.

El espejismo jurídico de la subsistencia foral, no sólo deslumbró al sector histórico de los llamados *"transigentes"*, sino que todavía hoy se sigue sosteniendo por T.R. FERNÁNDEZ, al defender que la ley no fue abolitoria sino evolutiva de la foralidad[386]. El único argumento esgrimido es el artículo 4º, cuyas formas externas, desconectadas de toda realidad subyacente pueden inducir a una conclusión formal o positiva en tal sentido. No obstante, sostener hoy en día esta tesis significa poseer un conocimiento muy superficial de la esencia y de los contenidos de la foralidad, máxime si se pretende establecer una continuidad evolutiva entre éste y el Régimen de Conciertos Económicos que le sustituye. Significa también olvidar que las intervenciones reseñadas del debate parlamentario fueron inequívocamente abolitorias en la interpreta-

[386] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Los derechos históricos... ob. cit.*, pág. 66.

ción y sentido que otorgaron, sin excepción, al artículo 4º del Proyecto, posteriormente Ley, todos los intervinientes, foralistas o antiforalistas, y que en la conciencia social operó un efecto abolitorio y desmoralizante.

El análisis del Régimen Foral, efectuado en páginas anteriores nos ha permitido concluir que la Foralidad era un sistema originario y autónomo, integrado por un conjunto de instituciones jurídicas y un entramado institucional que hemos denominado Foralidad material, preservado por otra serie de instituciones de garantía como al Juramento o el Pase Foral, y todo ello reforzado por un conjunto de principios, títulos, y construcciones eruditas elaboradas por la Teoría Foral. Hemos afirmado también que el Régimen Foral gozó de una adecuación institucional interna respecto a la población, y externa en las relaciones con la Corona. También hemos afirmado que el mantenimiento de este modelo en el nuevo marco del moderno Estado constitucional era inviable, salvo que se realizase un esfuerzo de acomodación en los términos ya expuestos al comentar la ley de 25-10-1839.

Analizada bajo esta apretada síntesis la ley de 21 de julio, nos encontramos con el siguiente análisis:

- Las circunstancias en que se dicta la ley evidencian la ausencia de participación del País Vasco, a pesar de la apresurada llamada a consulta a los comisionados forales. La ley de 1839, al menos venía formalmente precedida de un convenio. Por tanto desaparece todo rasgo autónomo y originario.

- Con la desaparición de las llamadas exenciones fiscales y militares, no queda en pie ninguna institución pública de la foralidad material.

- Las instituciones de garantía, juramento y pase foral, fueron suprimidas en 1841.

- La Teoría Foral, títulos históricos y principios forales, a excepción de una vaga reminiscencia del pacto foral en la Ley Paccionada, en el artículo 2º de la Ley de 1839, y en el artículo 4º de la de 1876, desaparecen por incompatibles con la unidad constitucional.

- Por otra parte la adecuación institucional interna o conformidad del pueblo con el modelo institucional, desaparecerá definitivamente con esta ley, que será interpretada de forma casi unánime como abolitoria, como se verá más adelante. Y la adecuación externa o convivencia con el poder central, en términos de integración estatal, va a resultar la gran cuestión pendiente hasta el momento actual, tal como se refleja en la Constitución de 1978.

En definitiva con esta ley no queda en pie ninguna de las notas esenciales, materiales o teóricas de la foralidad, se produce una desintitucionalización generalizada y fracasa la integración estatal. Por todo ello resulta aventurado y escasamente fundado, el intento interpretativo de T.R. FERNANDEZ que pretende, en base a una interpretación formal y externa, presentar la abolición como evolución y los Conciertos Económicos como continuidad del Régimen Foral. Esta tesis pudo ser defendida esperanzadamente por los denominados *"transigentes"* en 1876, cuando se desconocía el desarrollo posterior de la problemática foral, pero en 1985, a la vista del proceso histórico posterior, se presenta como una hipótesis puramente formalista e irreal[167].

Cuestión distinta es, como apunta B. CLAVERO[168] que esta ley refleja la incapacidad del Estado para imponer una solución definitiva a la cuestión foral, encu-

[167] El propio T.R. FERNÁNDEZ es consciente de ello al afirmar en la página 64 de la ob. cit., *"que esta conclusión puede resultar sorprendente y escandalosa"*.

[168] CLAVERO, B.: *ob. cit.*, pág. 40.

briendo bajo un lenguaje formalmente unitario determinadas concesiones aparentemente pactantes o federalizantes, al mantener la expresión *"acordar"* en el artículo 4º. Ahora bien, si por una parte se mantiene el término *"acordar"* con audiencia de las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, no es menos cierto que a continuación se dice *"si lo juzga oportuno el Gobierno"*, coletilla que desfigura cualquier reminiscencia de pacto.

En todo caso, y al margen del contenido del término *"acordar"*, resulta evidente que el presunto contenido futuro del tal acuerdo no será ya el Régimen Foral desaparecido sino algo diferente, como fue el Régimen Económico del Concierto Económico, posteriormente conocido como Régimen Económico-Administrativo por la asunción de facultades administrativas de las Diputaciones operada por la vía de hecho, hasta su confirmación jurídica por R.D. de 13 de diciembre de 1906, cuyo artículo 15 dice textualmente:

> *"Las Diputaciones de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava continuarán investidas, así en el orden administrativo como en el económico de todas las atribuciones que vienen ejerciendo"*[389].

Desde un punto de vista particular, que no hemos visto desarrollado en la bibliografía manejada, el único engarce entre Foralidad y Conciertos Económicos es la referencia que en el artículo 4º se hace a la ley de 16 de agosto de 1841, ley que introduce en Navarra el sistema de Conciertos. Por lo demás, la ley sólo autoriza al Gobierno en su artículo 5º, segundo, a introducir modificaciones de forma en el cumplimiento de obligaciones presupuestarias, y mantiene a las Diputaciones Forales, sin disolverlas, para que colaboren en la aplicación de la Ley (art. 5º, primero, tercero y cuarto). Cuando los Organos forales se opongan a esta colaboración, y, como en el caso de Vizcaya, se adopte por las Juntas el 4 de octubre de 1876, el acuerdo de *"no cooperar con el Gobierno ni directa, ni indirectamente, al establecimiento de la ley de 21 de*

[389] ZAVALA, F. de: *De los Fueros a... ob. cit.*, pág. 81.

julio de 1876"[90], serán disueltas y sustituidas por Diputaciones Provinciales"[91].

CONCLUSIONES

1. La Ley de 1839 respondió a la ineludible necesidad de acomodar y actualizar la foralidad a la nueva concepción del Estado.

2. La introducción del principio de unidad no significó una alteración esencial en el Régimen Foral acostumbrado a convivir con la unidad personal o pactada con el Señor-Rey, lo que modificó fue los títulos y fundamentos de la Unidad.

3. La unidad constitucional alteró esencialmente contenidos de la Teoría Foral, alejados de la realidad foral popular, razón por lo que no tuvo efectos sociales desinstitucionalizantes.

4. El principio de unidad constitucional incorporado al texto, puede calificarse, según la interpretación del Gobierno proponente, como unidad política de mínimos, con amplio margen para la subsistencia de buena parte de las instituciones forales, que pudo haber dado lugar a un régimen autonómico.

5. La ley de 1839, obra de la transacción liberal-fuerista, pretendió establecer un modelo de convivencia institucional de carácter reformista, no abolitorio, moderado y abierto a un desarrollo o praxis futura cuya concreción práctica dependerá del signo ideológico moderado o progresista de los partidos turnantes en

[90] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 180.

[91] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 204. En el mismo sentido ESTORNES ZUBIZARRETA, I.: *ob. cit.*, pág. 190, citando a ECHEGARAY.

el Gobierno y Parlamento.

6. La Ley a través de la fórmula "*sin perjuicio*" evidenció la falta de consenso estatal sobre el alcance de la unidad constitucional, auténtico "*concepto jurídico indeterminado*", que permitió interpretaciones extensivas o restrictivas, sin alterar el texto de la ley.

7. El desarrollo o praxis del modelo legal pasó por fases respetuosas y de equilibrio coincidiendo con momentos moderados (1839-1841), seguidos de períodos claramente abolitorios (1841-1844) en movimientos progresistas, para estabilizarse en un "*statu quo*" de foralidad moderada (1845-1868) y culminar con una fase decididamente abolitoria (1871-1876).

8. La tendencia dominante en el desarrollo de la Ley de 1839, fue de signo abolitorio progresivo e irrecuperable.

9. La Ley de 1876, a pesar de su apariencia federalizante y no rupturista, supuso la definitiva abolición del Régimen Foral en sus notas esenciales: autonomía, carácter originario, contenidos materiales, formales y ruptura de la adecuación institucional interna y externa[92].

10. Significó el fracaso del intento de equilibrio liberal-fuerista ensayado en 1839, y la imposición de un modelo de Estado unitario en lo político y uniformista y centralizador en lo administrativo.

11. A la expansión del principio de UNIDAD como causa principal del fracaso, debe añadirse la falta de adaptación y flexibilidad de la Foralidad que instrumentada

[92] FUSI AIZPURUA en *El problema vasco en la 2ª República... ob. cit.*, pág. 16, mantiene el carácter abolitorio de esta Ley, aunque defiende que no fue tan abolitoria como lo desease el antifuerismo intransigente, gracias a la política de Cánovas que materializó un equilibrio entre fueristas y antifueristas.

por el Carlismo legitimista, fue interpretada como integrista, clerical, tradicional y esclerotizada por el liberalismo progresista.

12. Las consecuencias más directas e inmediatas de esta Ley serán la desaparición del Régimen Foral histórico, el fracaso del intento de modernización foral, la insatisfacción social, la falta de integración estatal, y la apertura de un nuevo proceso institucional cuyas principales fases vamos a examinar en el epígrafe siguiente.

13. Esta Ley marca el origen del probema vasco, cuestión pendiente de solución hasta la Constitución de 1978.

V. EL NUEVO PROCESO INSTITUCIONAL (1876-1978)

A partir de 1876 se inicia un nuevo proceso de recuperación, búsqueda y adaptación institucional. Se puede hablar de proceso, o mejor de procesos. Paralelamente al régimen institucional oficial de carácter económico-administrativo, se produce un movimiento de reintegración foral que convive primero separadamente con el proceso oficial y en oposición a él, alcanzándose la fusión de ambos en 1917. La dualidad de procesos revela una importane falta de adecuación social con el Régimen de Conciertos, que es considerado, en el mejor de los casos, insuficiente respecto al sistema foral anterior. Este proceso que afecta tanto al ser como al estar del País Vasco en el marco estatal, es decir a la institucionalización interna y externa, va a subsistir hasta el último intento de arreglo protagonizado por la Constitución de 1978 y el Estatuto de 1979[393].

El único intento, durante todo este período, que alcanzó estado legal, fue el Estatuto de 1936, pero junto a su carácter efímero y generador de nuevas frustraciones, hay que destacar que no constituyó objetivamente un ensayo de solución global, ya que ni la Constitución de 1931, ni el propio Estatuto aprobado, daba respuesta a la reserva foral de los derechos históricos incluida en el Estatuto plebiscitado de 1933.

El Estatuto de 1979 representa el primer ensayo histórico, desde 1876, de abordar globalmente la cuestión. Desde este punto de vista el Estatuto expresa la culminación legal de un proceso institucional histórico, abierto en 1876, o, si se quiere, en 1839.

Por otra parte este proceso es nuevo, no guarda continuidad con el anterior. A pesar de algunos intentos ya comentados de presentar a la Foralidad como esencialmente evolutiva[394], si se analizan sus notas esenciales, tal como se han formulado a lo largo

[393] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 82.

[394] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, págs. 53 y 54.

de este estudio, ninguna de ellas subsiste a través del nuevo Régimen Económico-Administrativo.

Incluso en la hipótesis de una interpretación benigna del artículo 4º de la Ley de 1876, en el sentido de un cierto continuismo formal o pactado[395], o del reconocimiento del particularismo histórico de la región a través de la autonomía fiscal del Concierto[396], no cabe hablar de continuidad del Régimen Foral. Una cosa es afirmar que las esencias evolucionan, y otra que la esencia de la Foralidad es la evolución, como pretende T.R. FERNANDEZ, al afirmar que lo realmente peculiar y esencial de los Fueros no son ni sus contenidos, ni sus soluciones institucionales, sino la capacidad de adaptación y de cambio. Fijar la continuidad en el cambio, significa negar toda sustancia foral.

Es, asimismo, un proceso nuevo que parte de un fracaso de adaptación, cuyas causas habrá que tener en cuenta para no repetirlas en el proceso actual. Las causas que impidieron el arreglo en el siglo XIX, fueron de dos tipos. Desde la Foralidad, y a pesar de los esfuerzos del liberal-fuerismo, se adoptó una postura inflexible de mantenimiento a ultranza de las instituciones forales, manipulada por el Carlismo, sin signos apreciables de adaptación. Desde las instancias centrales, se progresó desde una concepción de unidad política esencial compatible con un régimen de amplia autonomía, hacia una extensión administrativista del principio de unidad que sofocó toda posibilidad de convivencia, y culminó con la exclusión de uno de los aspectos del problema a través de la supresión del elemento conflictivo: la foralidad.

Este nuevo proceso que culmina en nuestros días persigue una doble finalidad. posee un *"télos"* objetivo: la adecuación institucional interna y externa, o la integración

[395] CLAVERO, B.: *ob. cit.*, págs. 38 y ss.

[396] FUSI AIZPURUA, J.P.: *ob. cit.*, pág. 17.

estatal a través del autogobierno. La Foralidad no sólo fue una forma de SER, sino una forma de ESTAR. Un equilibrio institucional interno y externo. Un sistema de relaciones entre ciudadanos e instituciones propias, y entre éstas y la Corona o Estado. La Foralidad, globalmente considerada, representa la convivencia histórica entre autogobierno y unidad, personal o pactada, y proyecta, como resultante final, una imagen de convivencia integrada y voluntaria sólo puesta ocasionalmente en riesgo por los contrafueros históricos. Desde esta perspectiva la abolición foral no sólo produjo la supresión del autogobierno por la imposibilidad de convivencia con el nuevo concepto de unidad y los consiguientes efectos de desinstitucionalización sociopolítica interna, sino que dificultó la obra de integración equilibrada y voluntaria en el nuevo marco estatal.

Así se explican determinadas afirmaciones de un libertal tan moderado como M. MORAZA en su discurso de 8 de Mayo de 1877 en el Congreso de los Diputados: "*El país vascongado, ha sido separado, arrojado de la familia española por la Ley de 21 de julio*"[397], o las recomendaciones del, no menos liberal e intransigente, SAGARMINAGA, que tras, proclamar el españolismo vascongado, preconiza una nueva política, la vascongada, al margen de la política general del Estado y el abandono de los partidos políticos de ámbito estatal y la ausencia en sus instituciones[398]. Esta línea de no participación en procesos electorales para las instituciones políticas del Estado, será posteriormente seguida por el primer nacionalismo de S. ARANA[399] hasta el año 1898.

Otra característica esencial de este nuevo proceso es la creación de dos corrientes internas en el País que en lenguaje moderno llamaríamos posibilistas y radicales, y que en aquel aumento fueron bautizadas como transigencia e intransigencia. Estas posiciones diversas, y durante mucho tiempo opuestas entre sí, darán lugar a procesos paralelos al

[397] MORAZA, M.: *Discursos... ob. cit.*, pág. 190.

[398] SAGARMINAGA, F.: *Memorias históricas... ob. cit.*, págs. 210, 298 y 319.

[399] CORCUERA, J.: *Orígenes, ideología y organización del Nacionalismo Vasco (1876-1904)*. Siglo XXI edit. Madrid, 1979, pág. 301.

menos hasta la síntesis que se produce en el año 1917, con motivo del célebre mensaje de las Diputaciones Vascas, y el giro oficial hacia al Autonomismo.

La transigencia evolucionará desde la aceptación del Régimen de Conciertos y su paulatino ensanchamiento administrativo por una línea institucional oficial hacia la consolidación del régimen económico-administrativo, sumándose en el tramo final a la reivindicación de la reintegración foral.

La intransigencia y la Sociedad Euskalherria, constituyen un movimiento prenacionalista, dentro de la Foralidad, caracterizado por el desprecio al nuevo Régimen Concertado, la reinvidicación de la reintegración foral plena y la separación de la política española. Su continuación natural será el Nacionalismo de S. ARANA, pasando del radicalismo y separatismo iniciales hacia posiciones posibilistas y/o autonomistas, sin renunciar a sus principios políticos.

Esta convergencia táctica y política entre fuerismo y autonomismo prácticos, como expresión transigente, y derechos históricos (entendidos como independencia, reintegración foral o en su caso autodeterminación) como reserva formal de origen intransigente, se va a producir en el año 1917, y acompañará al movimiento estatutario hasta nuestros días.

Existe un doble proceso institucional. El que transcurre por vía legal y se expresa a través del Régimen de Conciertos y Estatutos, y otro, de carácter social con tendencias ascendentes hacia su reconocimiento formal, que se expresa en términos de reintegración foral y reserva de derechos históricos. Ambos procesos inicialmente separados convergen en un determinado momento, y evocan una rara semejanza con lo que hemos denominado Foralidad material y Teoría Foral, contenidos y títulos de la foralidad.

1. La transigencia: Del régimen económico-administrativo concertado a la reintegración foral

Los transigentes, vistos por un intransigente como ANGULO HORMAZA, eran una "*secta que cree cosa hacedera una reforma foral fundada en la Ley abolitoria de Fueros*". "*Empeñados en hacer compatibles el régimen foral con la ley abolitoria, querían transigir, plegándose a los propósitos de Gobierno, abolir la autonomía y transformarla en régimen administrativo particular otorgado, mantenido y dependiente de su voluntad*"[400].

Según SAGARMINAGA[401], entre los transigentes hay anticarlistas y antifueristas, gentes resignadas con la desgracia que desean sacar, sin enfrentamientos con el Gobierno, lo más posible, y los que aplazan a un futuro la recuperación de los derechos en tanto, hoy por hoy, es conveniente mantener buena relación con el Gobierno.

A pesar de la rotundidad de estos juicios, es de justicia señalar que entre los transigentes hubo fueristas convencidos de la subsistencia del régimen foral a través del régimen de Conciertos cuyo origen se coloca en el Art. 4º de la Ley de 21 de julio de 1876. F. de ZAVALA[402] afirma que no desaparece "*totalmente*" el régimen foral, que pervive bajo la forma paccionada de los contratos o conciertos económicos que son el último resto del régimen foral.

1.1. Los Conciertos Económicos

Para los transigentes los Conciertos Económicos tienen su origen en los arts. 4º y 5º de la Ley de 1876 y a través de ellos subsiste la Foralidad.

---

[400] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 196 y 198.

[401] SAGARMINAGA, F.: *Memorias Históricas de Vizcaya... ob. cit.*, pág. 396.

[402] ZAVALA, F. de: *De los Fueros a los Estatutos. Los Conciertos Económicos .. ob. cit.*, pág. 59.

El régimen foral gozó de un sistema impositivo propio de financiación interior del gasto público, estando exento de contribuciones a la Corona, salvo el canon sobre productos de personas y de casas censuarias, si bien las contribuciones a la Corona de carácter voluntario por parte de los Territorios, fueron importantes y recibieron el nombre de "donativos". Este sistema de exención impositiva al Estado fue abolido, a través de los artículos 1º y 3º, de la Ley de 1876, imponiéndose la obligación contributiva en términos de igualdad con el resto de los ciudadanos.

Impuesta la obligación contributiva, restaba por concretar la forma y los plazos para hacer efectiva dicha contribución. Para ello se dictan los artículos 4º y 5º de la Ley. El artículo 4º faculta genéricamente al Gobierno, con mención especial al precedente navarro de la Ley Paccionada de 14-8-1841, para efectuar reformas. El artículo 5º, que mantiene a las Diputaciones Forales, faculta a éstas para efectuar modificaciones de forma (art. 5, 2º) y de plazos (art. 5, 4º) en el pago de impuestos.

El Concierto Económico materialmente considerado, en cuanto desarrolla la obligación contributiva general al Estado, es precisamente opuesto a la Foralidad. Ahora bien, si se repara en que para la fijación de cupos y otros aspectos concernientes a la forma de contribución, se adopta una forma pactada o negociada con Diputaciones, a falta de mejores argumentos se hablará de la subsistencia del pacto foral, o del *"carácter federalizante"* de esta situación nueva[403].

F. ZAVALA insiste en calificar los Conciertos como *"régimen paccionado de contratos o convenios que no constituyen gracias, ni concesiones, ni privilegios"*[404].

[403] CLAVERO, B.: *ob. cit.*, págs. 51 a 53 y 92 y ss.

[404] ZAVALA, F.: *ob. cit.*, págs. 59 y 60.

Pero como establece J.M. CASTELLS[405], se trata de una técnica de recambio, de claro sentido transitorio, para llegar con mayor rapidez a un sistema igualitario que acabe con el régimen de "*provincias exentas*". El recambio que altera profundamente la foralidad consiste en convertir los tradicionales donativos, en impuestos obligatorios. El carácter transitorio se deriva del Decreto de 13 de Noviembre de 1877 en el que se reconoce que la imposición no puede efectuarse de un solo golpe, sino paulatina y progresivamente hasta llegar al total igualitarismo fiscal. Sobre todo, lo que obligará a adoptar formas transitorias es la imposibilidad de hacer efectivas las obligaciones fiscales, por carecer el Estado de Administración propia en los Territorios Vascos. Así lo expresa el preámbulo del Decreto de 28 de febrero 1878 que instaura el Régimen concertado: "alejada la Administración, como ha estado, de aquellas comarcas, donde su acción no se dejó sentir, carecía de antecedentes y de noticias indispensables, base de toda tributación aceptable". Carecía de medios y de catastro, como dirá BALPARDA[406].

Esta situación transitoria, por imposibilidad de aplicación inmediata de los principios de igualdad fiscal, más tarde se convertirá en definitiva por el Concierto de 1887, y permitió el ensanchamiento competencial de las Diputaciones Vascas que "*se constituirán en gestoras de la casi totalidad de la acción pública a desplegar en el País Vasco, situación que perdurará básicamente hasta después de la Guerra civil de 1936*"[407]. Debe reseñarse, como afirma J.P. FUSI[408], que gracias a los Conciertos la industria vasca gozó de un régimen fiscal ventajoso y de un trato económico favorable con facilidades para la exportación de hierro, protección arancelaria a la industria siderometalúrgica y contratos estatales para los astilleros vizcaínos.

---

[405] CASTELLS ARTECHE, J.M.: "El Derecho Público Vasco desde 1876 hasta el Estatuto de Gernika". En *Euskal Herria*. Ed. Caja Laboral Popular. Tomo I, pág. 575

[406] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, vol. II, pág. 50.

[407] CASTELLS, J.M.: *El Derecho Público en... ob. cit.*, Tomo I, pág. 576.

[408] FUSI, J.P.: *ob. cit.*, pág. 17.

1.2. El Régimen administrativo

F. ZAVALA[409] comenta que los Conciertos Económicos son un ejemplo de hasta dónde se puede llegar partiendo de un "*simple arreglo en la forma de pagar un impuesto*" gracias al "*uso*" de las pequeñas facultades administrativas que dimanan de ese arreglo.

La ley de 1876 dejó intacto el carácter foral de las Diputaciones, vacío por otra parte de competencias específicamente forales, porque confiaba encontrar en ellas la colaboración imprescindible para llevar a efecto el cumplimiento de las nuevas obligaciones fiscales y unilaterales[410]. Pero, cuando las Diputaciones nieguen su colaboración, serán sustituidas por Diputaciones Provinciales de régimen común, en mayo de 1877.

Estas nuevas Diputaciones Provinciales, con las que se arregló el Régimen Concertado, no estaban investidas de otras facultades que las generales derivadas de la Ley Provincial vigente. Pero como consecuencia de la imposibilidad por parte del Estado de improvisar una nueva estructura administrativa, se confió a éstas la gestión de la mayor parte de los asuntos administrativos, y además las funciones específicas necesarias para la operatividad de los Conciertos Económicos. A partir de este núcleo se fueron ampliando otras funciones, primero por la vía de hecho y posteriormente sancionadas por disposiciones legales.

Surgieron así competencias administrativas, recaudatorias, normativas, fiscales, económicas, con la consiguiente generación de infraestructuras materiales y personales al servicio de dichas funciones, cuya consolidación definitva se produce por R.D. de 13 de diciembre de 1906. De acuerdo con el proceso expuesto por F. ZAVALA se advierte

[409] ZAVALA, F.: *ob. cit.*, pág. 64.

[410] ANGULO HORMAZA, J.M.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 176.

la siguiente evolución competencial:

• La R.D. de 12 de diciembre de 1877 autoriza a las Diputaciones para la creación de arbitrios e impuestos. Esta facultad se reitera en el 1º Concierto de 1878, en la Ley Provincial, Disposición Transitoria 4ª, de 1982, y en el 2º Concierto de 1887.

• El R.D. de 1 de febrero de 1894, por el que se aprueba el 3º Concierto, en su artículo 14º, se reitera que las Diputaciones Vascas continuarán investidas, en el orden administrativo como en el económico, de todas las atribuciones que vienen ejerciendo.

• El R.D. de 13 de diciembre de 1906, en su artículo 15º, sanciona en idénticos términos la independencia administrativa y económica de las Diputaciones, añadiendo sólo un límite extraordinariamente importante "*no podrán adoptar disposiciones tributarias en contradicción con los pactos internacionales suscritos por España con naciones extranjeras*". No es necesario resaltar la amplitud de tales facultades tributarias.

• La extensión de las competencias reseñadas viene recogida en la Memoria de la Diputación de Guipúzcoa al Directorio Militar en diciembre de 1923[41] y se resumen en un sector administrativo con atribuciones generales provinciales y municipales y otro tributario-contributivo, a través del cual actúan como sustitutos fiduciarios del Estado en materia de cupo y como administradores de su propia Hacienda Provincial, con independencia económica y administrativa así como potestad recaudatoria y tributaria propias.

En base a ello, el art. 1º, base 7ª, del Concierto de 1925-26, reitera la subsistencia de las facultades administrativas y económicas reconocidas por el R.D. de 13 de

[41] ZAVALA, F.: *ob. cit.*, pág. 65.

diciembre de 1906.

La referencia al año 1906 es importante porque aparece consolidado el Régimen Económico-Administrativo del País Vasco. Pero también lo es, porque la línea pragmática iniciada por la *"transigencia"*, consistente en apurar las posibilidades que aporta el marco legal, y dejar para otra circunstancia la reivindicación de los derechos forales, léase reintegración foral, entiende llegado el momento de solicitar la reintegración Foral plena.

1.3. La Liga Foral de 1905 y la Reintegración Foral

J. de ORUETA[412] sitúa en este momento lo que denomina el primer avance estatutario. Los comisionados por las Diputaciones para negociar la cifra del cupo del Concierto de 1906, se erigen en portadores del sentimiento popular que pide la reintegración foral. Las Diputaciones y los miembros de la Liga Foral integrada por republicanos, carlistas, integristas, liberales y conservadores[413] se creyeron obligados a cumplir el mandato expreso del país y manifestaron al Sr. Moret, presidente del Gobierno: *"el restablecimiento de Juntas y Organismos forales, como medio para reconstruir la vida foral del país..."*[414]. Esta referencia, resulta, de momento suficiente para advertir cómo el proceso que arranca de la transigencia acomodaticia va a culminar en la petición de reintegración foral, postulado propio de los intransigentes de 1876, como preludio de la convergencia de ambas corrientes.

[412] ORUETA, J.: *Fueros y Autonomía... ob. cit.*, pág. 13.

[413] ORUETA, J.: *ob. cit.*, págs. 13 y 14.

[414] ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 15.

2. La intransigencia: de la reintegración foral, al nacionalismo y al autonomismo

La intransigencia está formada por liberales convertidos al fuerismo, que sin renegar de su españolidad, pretenden compaginar la unidad sustancial del Estado con la subsistencia de una amplia autonomía político-administrativa, de acuerdo con la interpretación que daban a la ley de 25 de octubre de 1839. Pero al comprobar en 1876 que lejos de obtenerse el deseado equilibrio, lo único que se ha conseguido es la abolición foral, adoptan una postura radical, despreciando el Régimen económico de Conciertos y propugnando tesis rupturistas con la política española que evocan posiciones prenacionalistas. Según CIAURRIZ[415], que analiza los efectos de la ley a través de 186 artículos de prensa, la convicción social mayoritaria sobre el carácter abolitorio de la ley apoya las tesis de la intransigencia.

2.1. La reintegración foral y la Sociedad Euskalerria

El principal representante de esta corriente es FIDEL DE SAGARMINAGA quien, a través de su obra *"Memorias históricas de Vizcaya"*, recoge diversos artículos y reflexiones publicados en distintas fechas. Los primeros datan de 1868 y tratan del significado político de los Fueros. Otros, de 1876, versan sobre los antecedentes y discusión de la ley abolitoria. Otro bloque corresponde a 1878 y trata sobre las controversias forales entre transigentes e intransigentes. Entre estos últimos figuran diez artículos orientados a explicar la corriente de la intransigencia y otros cuatro a proponer una estrategia de acción política para la reintegración foral. Sus principales ideas son las siguientes:

a) Independencia y soberanía originarias[416].

---

[415] CIAURRIZ, A.: *La abolición de los Fueros vascos... ob. cit.*

[416] SAGARMÍNAGA, F. de: *Memoria histórica de... ob. cit.*, pág. 209.

b) Pactismo entre Vizcaya su Señor[417].

c) Independencia no absoluta, ya que Vizcaya *"defiere"* al Señor el conocimiento de importantísimos asuntos. Vizcaya es un Estado dentro de otro Estado superior[418].

d) Españolismo vascongado integrado en la patria común, aunque diferenciado por la *"forma"* de pertenecer al Estado[419].

e) La ley de 1839, acomodación exigida por efecto de la historia, no afecta al fondo, sino a la forma de: la unidad política, ahora constitucional, dejando subsistente la mayor parte del contenido político-administrativo del Fuero[420].

f) La ley de 1876 ha abolido todos los fueros políticos y administrativos. No cabe defender la subsistencia de una administración foral separadamente de su derecho público abolido[421].

g) Afirmar subsistentes los órganos forales, sin su derecho público, es mantener formas vacías, engaños y esperanzas inútiles. No debe admirtirse ninguna *"descentralización administrativa"* de repuesto. O Fueros o nada. Es preferible la aplicación drástica de reglamentos administrativos uniformes, sin concesión alguna[422].

h) La intransigencia es coherencia foral: o Fueros o reglamentos uniformes. La transigencia es incoherencia, rama desgajada de la reintegración foral apoyada vanamente en la ilusión del artículo 4º de la Ley de 1876, política claudicante

[417] SAGARMÍNAGA, F. de: *ibid.*, pág. 208.

[418] SAGARMÍNAGA, F. de: *ibid.*, pág. 209.

[419] SAGARMÍNAGA, F. de: *ibid.*, pág. 210.

[420] SAGARMÍNAGA, F. de: *ibid.*, pág. 210.

[421] SAGARMÍNAGA, F. de: *ibid.*, pág. 210.

[422] SAGARMÍNAGA, F. de: *ibid.*, págs. 200 y 212.

del *"sí pero no"*[423].

Estas reflexiones culminan con la proclamación de sus objetivos y estrategia:

i) Evitemos toda cuestión que no vaya encaminada de un modo directo al restablecimiento de nuestros derechos históricos[424].

j) Para conseguir este objetivo (derecho histórico igual a reintegración foral), se propone:[425]

- la formación de un partido único: la Unión Foral o Liga Foral incluida Navarra
- el abandono de antiguos partidos de ámbito estatal y de la política española, aparcando estos asuntos hasta recuperar nuestros derechos históricos.

La parte final de su obra, titulada *"Paralipomenos"* escrita en 1879, sigue la línea trazada con algunas matizaciones importantes. Insiste en las acusaciones a la transigencia tales como *"vivir al día"*, *"escepticismo político"*, *"pérdida de principios"*, y claudicación *"ante el imperio de los negocios"*[426]. Esta última acusación dirigida a quienes sacrifican la Foralidad por el Concierto económico, curiosamente va a ser dirigida posteriormente por SABINO ARANA contra los intransigentes de la Sociedad Euskalerría a quienes llamará *"fenicios"*[427]. Califica el artículo 4º de la Ley de 1876, como *"caballo de Troya"* y propone un salto cualitativo al preconizar la politización del

[423] SAGARMÍNAGA, F. de: *ibid.*, págs. 207, 312-313.

[424] SAGARMÍNAGA, F. de: *ibid.*, pág. 316.

[425] SAGARMÍNAGA, F. de: *ibid.*, págs. 298-301-310 y 319.

[426] SAGARMÍNAGA, F. de: *ibid.*, págs. 352 y 353.

[427] CORCUERA ATIENZA, J.: *Orígenes, Ideología y Organización del Nacionalismo Vasco (1876-1904)*. Siglo XXI Editores. Madrid, 1979, pág. 293.

problema. *"Las soluciones meramente administrativas son insuficientes"*[428]. Finaliza la obra con un llamamiento insistente a la unión vasco-navarra para recuperar la autonomía[429].

A pesar de que SAGARMINAGA no pone en cuestión, al menos teóricamente, la unidad española, sus llamamientos (*"hagamos política vascongada no española"*, *"renunciemos al colaboracionismo con los partidos españoles"*, *"unión vasco-navarra"*, *"recuperación de principios políticos"*, *"independencia originaria"*, *"reintegración foral"*, *"derechos históricos"*, *etc.*) debilitarán en la práctica el vínculo formal, experimentándose entre sus seguidores un distanciamiento progresivo a favor de las tesis nacionalistas a pesar del enfrentamiento inicial entre ambas corrientes. Para LARRONDE[430] la intransigencia y la Sociedad Euskalerría representan la transición del fuerismo al nacionalismo, o si se quiere el pre-nacionalismo.

SAGARMINAGA, dentro de su ortodoxia foral clásica impregnada de principios tradicionales, aporta también algunas consideraciones innovadoras sobre los Fueros. Así, entiende la palabra "fuero" como un concepto prestado del ámbito jurídico circundante, no original en la forma, pero sí en su significado, que se identifica con el ejercicio de un derecho constituyente[431]: o la equivalencia entre la confirmación Real de los Fueros con el trámite constitucional de la sanción Real de las leyes del Parlamento, fórmula puramente testimonial por no existir el derecho de veto[432]; y otra más conocidas como la enunciación de derechos del hombre, *Bill of Rights o Habeas Corpus*, ya recogidas

[428] SAGARMINAGA, F. de: *ob. cit.*, págs. 376 y 478.

[429] SAGARMINAGA, F. de: *ibid.*, págs. 450 y 471.

[430] LARRONDE, J.C.: *El Nacionalismo Vasco, su origen y su ideología en la obra de Sabino Arana-Goiri*. Ed. Txertoa. San Sebastián, 1977, pág. 262.

[431] SAGARMINAGA, F. de: *ob. cit.*, pág. 91.

[432] SAGARMINAGA, F. de: *ob. cit.*, pág. 91.

por los Fueros.

La Sociedad Euskalerría se crea en Bilbao, en el año 1876, y agrupa al liberal-fuerismo descontento con la ley abolitoria. Tras la separación de los *"transigentes"* se convierte en el lugar de encuentro de los intransigentes de Sagarminaga[433] y dentro de ella se va a producir la evolución ideológica y la transición al nacionalismo[434].

A pesar de la inicial oposición entre los euskalerriacos y aranistas, personificada en sus líderes SABINO ARANA y SAGARMINAGA, se producirá la fusión en 1898, una vez fallecido este último, aunque SABINO ARANA nunca llegó a identificarse del todo con la ideología de esta sociedad[435].

2.2. El Nacionalismo

La intransigencia se movió en términos de Fueros e Historia, reivindicó títulos históricos y reintegración foral, sin poner teóricamente en cuestión la unidad de España, aunque sus formulaciones prácticas fueron cada vez más radicales y materialmente nacionalistas, hasta el punto de debilitar la unidad española. Frente a estas tesis, el nacionalismo de S. ARANA supone un salto cualitativo en un doble frente. Se reivindica la independencia desde la historia y desde el presente, a través de una nueva interpretación de los Fueros y de la invocación del principio de las nacionalidades.

Los Fueros, para SABINO ARANA, son códigos nacionales y expresión de la

[433] CORCUERA y ORIBE: *Historia del Nacionalismo Vasco en sus documentos*. Ed. Eguzki. Bilbao, 1991. Tomo I, pág. 43.

[434] LARRONDE, J.C.: *El Nacionalismo Vasco... ob. cit.*, págs. 263 a 266.

[435] CORCUERA y ORIBE: *ob. cit.*, Tomo III, pág. 4.

soberanía e independencia originarias[436] que, procedente de las Repúblicas, se amplía institucionalmente en las Juntas Generales. La institución del Señor no constituye una forma histórica esencial de la foralidad, y a través de ella llegará la ruina política de Vizcaya, ya que al evolucionar hèreditariamente se conecta en 1379 con Castilla y España. Vizcaya pierde su independencia en 1839, de ahí que para el nacionalismo la derogación de la ley de 25 de octubre de 1839 constituya una premisa esencial, mantenida hasta nuestros días.

Esta versión de los Fueros es rupturista con el fuerismo tradicional y con las tesis de la intransigencia y euskalerriacos, tanto por su versión de la ley de 1839, como por el principio de unidad española, que estos últimos sostienen, aunque débilmente, y aquellos rechazan. Este primer nacionalismo es igualmente opuesto al liberalismo ideológico, causante de todos los males, y por extensión al industrial, capitalista y laico.

A esta *"peculiar"* versión de lo foral se une su concepción de la nación y el nacionalismo. Según LARRONDE[437], existe un nacionalismo jacobino que es liberal, voluntarista, unitario y centralista, y otro germánico que entiende la nación como una realidad integrada por elementos tradicionales como la lengua, la raza y la cultura, que trasciende a los individuos y está dotado de un carácter esencialista y biológico. Este último, propio de las minorias nacionales, constituye un movimiento generalizado en el siglo XIX, y de él participa el nacionalismo de ARANA, posteriormente desarrollado ideológicamente por ENGRACIO ARANZADI *"KIZKITZA"*[438].

---

[436] ARANA, S.: *Vizcaya por su independencia... ob. cit.* Ver CORCUERA: *Orígenes, Ideología... ob. cit.*, págs. 201-205 y LARRONDE, J.C.: *ob. cit.*, pág. 109.

[437] LARRONDE, J.C.: *ob. cit.*, págs. 18 a 20.

[438] ARANZADI, E.: *La Nación Vasca*. Ed. Verdes, Bilbao, 1931. En el mismo sentido BEOBIDE EZPELETA: "Nacionalismo vasco: Nación y poder", en *Estudios Deusto*, vol. 41/1. Enero-junio 1993. Universidad de Deusto. Bilbao.

La fusión de historia y presente traduce fuerismo por nacionalismo, independencia y separatismo[439]. En su primera fase constituye una ideología subersiva para los propios fueristas, aunque ARANA no se considera innovador, sino restaurador de la auténtica tradición foral, anterior a 1839[440], y también de los valores que caracterizaron a la Vizcaya tradicional en lo económico, religioso y costumbrista, mostrándose contrario a los valores modernos del liberalismo en cualquiera de sus manifestaciones.

Se propugna la vuelta al campo frente a la economía industrial y capitalista. La literatura de la época (A. CAMPIÓN y otros) gusta de la vuelta a lo idílico, a la Arcadia feliz. Es contrario a la inmigración provocada por la industrialización a la que acusa de corromper las costumbres vascas (maketos, xenofobia). Acusa de mercaderes y fenicios a los capitalistas amigos del liberalismo y de los Conciertos económicos. Es crítico con la Sociedad Euskalerría por regionalista, autonomista, españolista y generadora de confusión. Y propugna el rechazo a la colaboración españolista y burguesa, a través de la no participación en procesos electorales[441].

En definitiva, este primer nacionalismo, 1893-1898, hasta su fusión con los euskalerriacos, representa una reacción general contra todo y contra todos: capitalismo, burguesía industrial y oligarquía vasca; contra el fuerismo en todas las versiones: carlista, transigente e intransigente; contra la inmigración; contra el liberalismo político y religioso y contra España como Estado unitario. A ello se debe probablemente su expansión originariamente reducida a la zona rural de Vizcaya, el escaso número de afiliados iniciales, su carácter selecto, cerrado y clandestino[442].

---

[439] LARRONDE, J.C.: *ob. cit.*, pág. 110.

[440] LARRONDE, J.C.: *ob. cit.*, pág. 111.

[441] Vid LARRONDE, CORCUERA y SOLOZABAL.

[442] Sobre la expansión del nacionalismo desde Bilbao hacia Bermeo, Mundaca, Busturia, Pedernales, Gernika, Arteaga y la opción por una afiliación selecta no multitudinaria v. obras citadas de CORCUERA y LARRONDE.

El aperturismo nacionalista se producirá hacia 1898 como consecuencia de la fusión de los euskalerriacos de SOTA, con cuyo apoyo SABINO ARANA saldrá elegido Diputado provincial por Vizcaya. Se produce una apertura industrialista del nacionalismo motivada en parte por la fusión y en parte por las necesidades de financiación de la causa, con la consiguiente ampliación de la base social burguesa y la captación del proletariado inicialmente apartado. Ahora bien, esta ampliación de la base social y económica se efectuará a costa de una definición ideológica difusa[443] dotando al nacionalismo de un nuevo semblante progresista y liberal[444].

2.3. El Autonomismo

La evolución nacionalista hacia el autonomismo práctico, sin renunciar a sus postulados ideológicos, en parte fue debida a la presión ejercida por la incorporación del grupo euskalerriaco de SOTA y su pragmatismo liberal y económico, pero también a factores propios del nacionalismo: persecuciones, suspensiones, clausura de locales, encarcelamiento del fundador, así como a una presunta evolución política de SABINO ARANA, la llamada *"evolución españolista"*, cuyo secreto quedó enterrado con él dando lugar a las más diversas hipótesis y a la escisión ideológica interna del nacionalismo.

LUIS ARANA y ZABALA OZAMIZ negarán cualquier evolución del independentismo hacia el regionalismo, pero lo cierto es que el 22 de junio de 1902 aparece en *"la Patria"* un artículo sin firma atribuido a SABINO ARANA titulado *"Grave y transcendental"* en el que, a consecuencia de los últimos acontecimientos (asalto al Centro vasco 2-5-1902, encarcelamiento de SABINO ARANA por el telegrama a ROOSVELT felicitándole por la independencia de Cuba el 30-5-1902 y la suspensión de concejales

[443] CORCUERA, J.: *ob. cit.*, pág. 497.

[444] LARRONDE, J.C.: *ob. cit.*, pág. 279.

nacionalistas de Bilbao, 18-6-1902), se viene a poner en boca de éste, que cansado de las dificultades que se le ponen para la legalización de su partido, y para no gastar más *"energías inútilmente"* desiste del nacionalismo *"recomienda acatamiento a la soberanía española"*, y pide un *"voto de confianza"* para redactar el programa de un nuevo partido vasco-español que ofrezca *"bases para la Constitución de un Estado total y restaurar del pasado vasco lo bueno y compatible con la unidad del Estado español..."*[445].

Sobre la causa de esta *"evolución"* se han ensayado numerosas explicaciones. Algunas, atribuidas a SABINO ARANA, como *"simular una retirada"*, *"engañar al enemigo"* *"un nuevo plan que no es una abdicación"*[446]. Otros[447] plantean como hipótesis del cambio una táctica dirigida a legalizar el partido ocultando el independentismo, opción por una estrategia posibilista, la presión del regionalismo catalán y de los euskalerriacos, sin excluir una conversión hacia una autonomía radical dentro de la unidad de España. LARRONDE[448], lo califica de movimiento táctico, a través del cual se pretende escapar de la represión y, en su caso, sacrificar la independencia para salvar otros valores superiores como la raza y la lengua, el euskera.

Con la muerte de Sabino Arana en 1903, sin aclarar su nuevo programa, quedan dos tendencias abiertas en el seno del nacionalismo: los partidarios de la ortodoxia nacionalista de la primera época y los moderados o autonomistas que sin renunciar a la independencia ideológica adoptan vías pragmáticas. Oficialmente esta división subsistirá hasta el Congreso de Vergara de 1930 en el que se adopta la vía autonomista. Hasta 1917 fue un secreto interno celosamente guardado, pero en esta fecha se hace público

---

[445] Entrecomillados textuales del documento, recogido por CORCUERA y ORIBE, *ob. cit.*, Tomo III, págs. 26 y 27.

[446] Entrecomillados textuales del documento de Sabino Arana: "Mi pensamiento", citado por CORCUERA y ORIBE, *ob. cit.*, Tomo III, pág. 26.

[447] CORCUERA, J.: *Orígenes, Ideología... ob. cit.*, págs. 523-528.

[448] LARRONDE, J.C.: *ob. cit.*, pág. 354.

para justificar la nueva política nacionalista al suscribir este partido el *"Mensaje de las Diputaciones"*[449], de corte autonomista.

3. El mensaje de las Diputaciones vascas de 1917: autonomía y derechos históricos

En el análisis del proceso institucional vasco que se abre a partir de 1876, todos los estudiosos fijan en el año 1917 el cambio o tránsito de la foralidad al régimen estatutario, evolución que se manifiesta a través del llamado Mensaje de las Diputaciones. Este giro, no obstante, no es súbito, sino producto de una maduración progresiva en el seno de partidos y grupos políticos, y de una presión social que se expresa como todos los movimientos institucionales a través de un proceso.

J. de ORUETA en su obra *"Fueros y Autonomía"*, subtitulada: *"El proceso estatutario vasco"*, nos presenta el tránsito de Fueros a Autonomía a través de avances estatutarios que se producen en los años 1905, 1917, 1923 y 1931. El Mensaje de las Diputaciones de 1917 constituirá el segundo avance autonómico, y se produce en un contexto de apertura política favorable.

Ya en 1905 y 1906 se produjeron movimientos catalanistas contra la Ley de Jurisdicciones, y con tal motivo se habló en el Congreso de los Diputados sobre Autonomía, descentralización y separatismo[450], coincidiendo con el movimiento de la Liga Foral y las peticiones de reintegración total. Más tarde, 1907-1909, se producirán movimientos de apertura regionalista con el Gobierno Maura[451]. En 1914 se produce el resurgimiento y expansión del movimiento Solidaridad Catalana y en 1915, en las

[449] LARRONDE, J.C.: *ob. cit.*, pág. 358.

[450] ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 171.

[451] VANDELLI, L.: *ob. cit.*, pág. 35.

elecciones a Cortes, el Partido Nacionalista Vasco obtiene sus primeros éxitos electorales[452].

En esta coyuntura favorable –aunque no a remolque de Cataluña–[453] se produce el posicionamiento de las Diputaciones vascas, con la autoexclusión de Navarra que *"reconoce la justicia de las aspiraciones de las Provincias Vascongadas, y hace votos por la consecución de una mayor autonomía"*[454], reservándose para otro momento sus propias aspiraciones.

El Documento de las Diputaciones constituye, en primer término, la expresión de la unanimidad institucional. Su redacción se efectúa el día 16 de julio de 1917 en Vitoria en base a un Proyecto de Estatuto elaborado por Vizcaya, y es suscrito por las tres Diputaciones. Estas, a su vez, lo someten a la consideración de sus respectivos exdiputados, obteniendo igualmente su aprobación unánime[455]. Conscientes las Diputaciones de que la auténtica representación popular radica en los Ayuntamientos, someten el texto a sus respectivos municipios, obteniendo el mismo resultado aprobatorio[456]. Finalmente, se convoca a los senadores y diputados de las tres provincias, quienes se mostraron conformes con la reintegración foral, aunque no todos con la redacción del texto por lo que solicitaron tiempo para estudiarlo, a lo que se les respondió que *"siendo el Mensaje obra de Diputaciones, oyendo a exdiputados y a los Ayuntamientos, era obra de todo el país y por tanto intangible"*[457].

---

[452] ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 22 y LARRONDE, J.C.: *ob. cit.*, pág. 368.

[453] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 108.

[454] ZAVALA, F.: *ob. cit.*, pág. 108.

[455] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, págs. 110-111.

[456] ZAVALA, F.: *ob. cit.*, págs. 111-112.

[457] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 113.

Este dato, calificado por J. ORUETA[458] como *"reivindicación popular"*, permite afirmar que el Mensaje expresa la unanimidad institucional y popular, y que a través de él se produce la confluencia de los procesos institucionales hasta ese momento dispersos. La dualidad inicial abierta en 1876 entre transigentes e intransigentes, cuya evolución hemos analizado, experimenta una convergencia estratégica, en la que se recogen y confluyen los diversos elementos que han caracterizado a los distintos movimientos foralistas y nacionalistas: conciertos, régimen administrativo, reintegración foral, autonomía y derechos históricos.

El contenido del Mensaje, que fue presentado el mes de diciembre de 1917 al presidente del Consejo de Ministros, D. Manuel García Prieto, por los presidentes de las Diputaciones vascas, consta de tres partes claramente diferenciadas:

a) petición de reintegración foral,
b) subsidiariamente, ampliación de los estrechos límites de la actual autonomía (Régimen Económico-administrativo) con una propuesta de distribución de competencias entre el Estado y el País Vasco.
c) Sin renunciar en este último caso, "ni por un momento", a los derechos históricos.

La estrategia apunta directamente hacia un régimen de autonomía, como punto intermedio entre la Reintegración Foral y el Sistema de Conciertos. Para ello, y en base al proyecto de la Diputación de Vizcaya que lleva como título *"Bases para el establecimiento de la Autonomía Vasca"*, esboza el propio Mensaje el primer sistema de reparto de competencias con reserva para el Estado de las materias internacionales, defensa, aduanas, correos y telégrafos, moneda, pesos y medidas[459] y quedando el resto de

[458] ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 24.

[459] Vid. ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 26 y ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, págs. 116 y 117.

materias políticas, civiles, mercantiles, administrativas, económicas, fiscales y procesales para el País Vasco[460].

En la mente de los redactores, el Régimen de Conciertos aparece como cosa distinta de la Reintegración Foral, y es calificado como un régimen de *"autonomía cuyos términos se deben de ensanchar, aprisionada dentro de límites demasiados estrechos y embarazosos"*[461]. Se trata de un régimen concesional, no propio, y además escaso.

Por reintegración foral es previsible que cada corriente ideológica entendiese una cosa distinta. Para unos pudo representar FUEROS Y UNIDAD CONSTITUCIONAL, y para otros, FUEROS sin más. Para la corriente heredera del liberal-fuerismo, significaría derogación de la Ley de 21 de julio de 1876, y para el nacionalismo, además la de 25 de octubre de 1839 y la de 19 de septiembre de 1837.

Más tarde, con motivo de la presentación al Directorio Militar en 1923 de la Memoria de la Diputación de Guipúzcoa, se reitera la filosofía del Mensaje de 1917: o reintegración foral o autonomía amplia. En esta ocasión la Diputación explica qué entiende por reintegración foral:

> *"Restauración foral completa. Las Diputaciones carecen de autoridad para demandarla de otra manera. Corresponde ésta al País reunido conforme a Fuero, o a quien éste delegue o autorice. Por eso las diputaciones actuales se abstienen de comentario, en respetuoso tributo a aquel régimen, sagrado e intangible"*[462].

Más adelante en la parte de la Memoria, titulada *"soluciones"*, se propone un artículo 1º, cuya redacción parece responder al intento de contentar a los diversos

[460] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 116.

[461] ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 25, Texto del Mensaje.

[462] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 128.

sectores políticos, con resultado ambiguo:

> *"Quedan derogadas las leyes de 19 de septiembre de 1837, 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876, y en su virtud se les reintegran todas las atribuciones de que gozaban con anterioridad a estas leyes, dentro siempre de la unidad de la nación española"*[463].

El artículo 2º matiza que quedan restaurados con todos sus derechos los organismos forales, y a ellos corresponderá *"fijar, de acuerdo con el Gobierno, la adaptación a la época actual de sus relaciones de derecho con el Estado"*[464].

De acuerdo con estos textos parece que la reintegración foral no es total ya que se acepta el principio de unidad de la nación, ni definitiva ya que se plantea una recuperación de derechos para inmediatamente proceder a su adaptación a la época actual de acuerdo con el Gobierno. Puede también pensarse que al haber sido redactado por los Sres. Echegaray y Pérez Arregui, expresase una concepción moderada de la reintegración foral, diferente a la sustentada por el nacionalismo para quien Fueros era igual a independencia y soberanía originarias. Cuestión diferente es qué representaba la reintegración foral para la conciencia popular. Prescindiendo de lo que pudo representar la doctrina nacionalista en la formación de la conciencia nacional alimentada por el ideal político[465], los documentos de la época hablan de *"recrudescencia del sentimiento foral"*[466] y *"mandato expreso del país"*[467] para justificar la reintegración foral en 1905. *"El movimiento de reivindicación de Cataluña avivó el sentimiento natural vasco"* y

[463] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 151.

[464] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 151.

[465] MAÑARIKUA NUERE, A.: *ob. cit.*, pág. 19.

[466] ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 13.

[467] ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 14.

provocó el Mensaje de Diputación[468]. El encabezamiento de la Memoria de la Diputación de Guipúzcoa elevada al Directorio Militar en 1923 establece: *"la plena satisfacción de los anhelos vascongados estriba en la reintegración foral íntegra que Vasconia pide y pedirá mientras alienten en su pueblo pechos vascongados"*[469].

La reintegración foral se presenta, así, como un movimiento del pueblo y del País, cuyos portavoces van a ser las Diputaciones[470] y responde a un sentir más o menos vago de felicidad perdida que era preciso concretar a través de los representantes institucionales[471]. FUSI AIZPURUA[472] define este sentimiento como *"adhesión emocional mayoritaria al recuerdo de las antiguas instituciones"* que justifica las frecuentes movilizaciones populares de protesta en 1893 con la *"Gamazada"*, o los movimientos ya comentados de la Liga Foral, proyecto de Maura, o Mensaje de Diputación. En otro lugar[473], habla de la reivindicación fuerista como algo simbólico sobre cuya interpretación existían importantes diferencias.

A falta de otros contenidos más concretos, cabe concluir que el movimiento popular de reintegración foral, al menos, expresaba la insuficiencia del régimen concertado para satisfacer las aspiraciones de autogobierno y la necesidad de superarlo bajo el recuerdo y el lema heredado de la reintegración foral. Es decir, confirma la existencia de un proceso institucional popular paralelo y disconforme con el régimen institucional oficial, sobre el que ejercerá presiones primeramente esporádicas y salteadas en el tiempo y en fechas señaladas, pero que, a partir de 1917, se intensifica y adopta un

[468] ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 23.

[469] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 108.

[470] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 108.

[471] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 107.

[472] FUSI, J.P.: *ob. cit.*, págs. 19 a 23.

[473] FUSI, J.P.: *ob. cit.*, pág. 20.

carácter de continuidad, que salvo algún paréntesis con la Dictadura de Primo de Rivera, se mantendrá hasta la aprobación del Estatuto de Autonomía de 1936.

Parecida ambigüedad rodea al concepto de *"derechos históricos"*, que a partir de 1917 comienza a sustituir al tradicional de *"reintegración foral"*. El concepto no se acuña en 1917, en el célebre Mensaje ya citado, la expresión es más antigua. SAGARMINAGA la utiliza ya en su obra publicada en 1880[474]. Lo que parece ser nuevo en 1917 es su utilización como *"cláusula de reserva"*[475].

4. Autonomía y derechos históricos

A partir de 1917 se inicia la fase final del proceso institucional que va a llegar hasta nuestros días, y discurre a través de la dialéctica AUTONOMÍA-DERECHOS HISTÓRICOS, cuya síntesis final pretende materializar la Constitución de 1978.

La idea de que los Fueros necesitaban reformas y modificaciones según las necesidades de la época se hallaba sumamente extendida, no sólo en 1907[476], sino en 1917, y en la Memoria de la Diputación de Guipúzcoa de 1923, en la que por reintegración foral se entiende la recuperación provisional de los derechos para, en un segundo momento, *"fijar de común acuerdo la adaptación a la época actual de sus relaciones con el Estado"*[477].

---

[474] SAGARMÍNAGA, F. de: *Memorias históricas... ob. cit.*, pág. 278.

[475] TAMAYO SOLABARRÍA, V.: "El proceso estatutario vasco y la reserva de derechos históricos". En *Jornadas de Estudio... ob. cit.* pág. 117.

[476] FUSI, J.P.: *ob. cit.*, pág. 20.

[477] Memoria de la Diputación de Guipúzcoa de 1923. Vid. en ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, págs. 132 y ss.

Pero incluso este concepto moderado de reintegración foral se considera difícil de conseguir, por lo que, en 1917 se opta por una ampliación o ensanchamiento del Régimen Económico-Administrativo hacia un régimen de autonomía más amplio. La Autonomía se presenta, por tanto, como una continuidad del sistema de Conciertos, con diferencias cuantitativas o competenciales, no cualitativas. Frente a ella, la Foralidad y los derechos históricos constituyen un sistema esencialmente diferente, más por razón de origen y de títulos, que de contenidos.

La Autonomía, como el régimen concertado, se basa en la concesión de un régimen de autogobierno más o menos amplio por parte de un poder político superior, vía Decreto como el de 28 de febrero de 1878, o vía ley. J.M. CASTELLS[47] fija como característica esencial del estatutismo su carácter concesional. A partir del reconocimiento de una sola soberanía, la del poder central, se otorga un determinado régimen de autogobierno que puede incluir los tres poderes clásicos, pero que es pura concesión estatal por medio de una norma jurídica, el estatuto, cuya iniciativa y contenidos admiten participación de las regiones, pero su aprobación definitiva corresponde al Estado.

La Foralidad, frente al sistema de Estatutos, no se diferencia tanto por el *"quantum competencial"* que incluso puede ser inferior al de estos últimos, sino por su origen y títulos. La Foralidad no fue derecho otorgado, sino derecho propio y originario. De ahí que la admisión del Régimen de Autonomía, como solución pragmática aceptada definitivamente por el Partido Nacionalista Vasco en el Congreso de Vergara en 1930, se efectúe sin perjuicio de los *"derechos históricos"*.

En cuanto a los derechos históricos, y sin perjuicio de comentar más tarde las diferentes teorías y construcciones jurídicas sobre el alcance de la Disposición Adicional 1ª de la Constitución de 1978, procede ahora intentar desvelar el contenido de esta expresión.

---

[47] CASTELLS, J.M.: *Euskadi y el Estatuto... ob. cit.*, pág. 41.

MONREAL afirma que *"la deliberación y el debate sobre los Derechos Históricos puede convertirse en mera especulación sobre el vacío, si no se dispone de una información historiográficamente correcta sobre la foralidad"*[479]. Aun reconociendo la incertidumbre y la dificultad de esta empresa, dado el estado actual de los conocimientos, la ausencia de monografías, etc., el esfuerzo realizado en páginas anteriores por sistematizar las instituciones forales y analizar su evolución, puede servir para intentar un acercamiento a la cuestión.

4.1. Significado y alcance de la invocación de los derechos históricos en 1917

En el posicionamiento unánime de las Diputaciones en el Mensaje al Gobierno, los derechos históricos sustituyen estratégicamente a la petición de reintegración foral. Su contenido se identifica con el de la reintegración foral. Ya se ha visto en páginas atrás cómo no existió coincidencia respecto al alcance de la reintegración, pero a falta de ella, sólo hay dos salidas, como apunta MONREAL[480]: o entender la foralidad en un sentido esencial, como soberanía foral o facultad constituyente propia de la Comunidad Foral como entendió el pensamiento tradicional vasco, o como un conjunto o suma de variadas instituciones de autogobierno que configuraron el pasado foral.

Desde esta perspectiva y adoptando la distinción efectuada al comienzo de este estudio entre Foralidad material y Teoría Foral, cabe hablar de un doble concepto de derechos históricos, según se atienda al contenido material o a los títulos históricos.

Para el nacionalismo, reintegración foral y derechos históricos significó la recuperación íntegra de la Foralidad, mediante la derogación de las leyes de 1839 y

[479] MONREAL CIA, G.: *Entidades y problemas... ob. cit.*, pág. 50.

[480] MONREAL CIA, G.: *ibid.*, pág. 56.

1876, es decir, instituciones y títulos históricos: soberanía e independencia originarias[461].

Para el carlismo tradicionalista la reintegración foral plena era compatible con la unidad nacional. Unidad de España y variedad foral eran consustanciales para el carlismo[462]. De ahí la oposición de VICTOR PRADERA al nacionalismo y a su campaña de independencia foral, o la posterior en la II República bajo el lema *"Fueros sí, Estatuto no"*. Fueros y derechos históricos se identifican con descentralización dentro de la tradición española.

Reintegración foral y derechos históricos para la derecha monárquica de GOICOECHEA, MAEZTU o CALVO SOTELO significó soberanía y legislación centralizadas y administración descentralizada o federalizada[463].

Para los liberales monárquicos y conservadores, que eran mayoría en las Diputaciones en el año 1917, muchos de los cuales eran fueristas, reintegración foral significaba la abolición de la ley de 21 de julio de 1876. Por tanto derechos históricos significaban recuperación de las instituciones forales y órganos representativos (Juntas, Diputaciones), para posteriormente llegar al acuerdo o arreglo pendiente desde el 25 de octubre de 1839, vía pacto. Este parece haber sido el significado que predominó en el Mensaje de Diputaciones a juzgar por el propio texto:

a) Ampliación de facultades autonómicas dentro de la nación española[464].

b) Frente a la autonomía reducida de los Conciertos restablecimiento de las institu-

[461] FUSI, J.P.: *ob. cit.*, pág. 21.

[462] FUSI, J.P.: *ob. cit.*, pág. 21.

[463] FUSI, J.P.: *ob. cit.*, pág. 22.

[464] Texto del Mensaje, párrafo 1, en ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 24.

ciones seculares[485].

c) Reconocimiento de las atribuciones esenciales del Estado[486] y la unidad nacional.

d) La reintegración foral no es sólo mayor autonomía sino actualización pactada entre el Estado y los Órganos Forales, ya que *"en el caso de que el Gobierno de S.M. no se aviniera a acceder a la plena reintegración foral, sin hacer dejación ni por un momento de los derechos históricos, consideran necesario que se ensanche los términos de su autonomía actual"*.

Derecho histórico para los autores del Mensaje no es simple recuperación de instituciones materialmente forales, sino la posibilidad de su acomodación pactada, frente a la simple autonomía objeto de concesión estatal. Derecho histórico para el nacionalismo significa, además, la recuperación y reconocimiento de títulos históricos, especialmente los contenidos en la Teoría Foral, entre ellos el pacto con la Corona, la unión personal no real, territorio separado, la no aceptación de la unidad nacional sino personal, y la soberanía e independencias originarias. Derecho histórico finalmente, para el carlismo equivale a pura materialidad foral, a instituciones de la foralidad material, sin referencia alguna a pactos ni a otros títulos.

En segundo término el derecho histórico adopta el carácter de reserva. Frente a una autonomía concedida, el derecho histórico representa o el pacto o la facultad constituyente originaria, según las versiones dominantes expuestas. Esta reserva tendrá el contenido que le quieren dar unos sectores u otros, pero en principio no es asimilable ni reconducible a un simple expediente concesional por amplias que sean las facultades autonómicas. Es una diferencia cualitativa, de principios.

[485] Texto del Mensaje, párrafo 2, *ibidem*, pág. 25.

[486] Texto del Mensaje: párrafo 3, *ibidem*, pág. 25.

Esta reserva de derechos históricos ha estado presente en todos los procesos de institucionalización autonómica, y aunque no aparece en el Estatuto de 1936 por las circunstancias especiales que rodearon su azarosa discusión en Cortes y su precipitada aprobación en Guerra, estuvo incluida en el proyecto de Estatuto plebiscitado de 1933. Esta circunstancia permite afirmar que el encuadramiento o aceptación social del proceso institucional estatutario, viene matizado por la reserva de derechos, lo cual no significa que la aceptación sea condicionada, sino que el marco legal oficial arroja un déficit de insuficiencia social.

Otra de las características reseñables a destacar es que la incorporación de la reserva a proyectos legislativos, significa un intento de legalización y por tanto de normalización de un proceso social que hasta el momento ha transcurrido al margen de los procesos normativos oficiales.

En resumen la invocación de derechos históricos en 1917 supera en cuanto a contenidos la mera reivindicación foral material para referirse a pactos y/o a otros títulos históricos. Presenta un carácter de reserva que los diferencia de la autonomía por razón de principios no de contenidos. Evidencia que la aceptación social del nuevo sistema de autogobierno, no es a la Autonomía como tal, sino a ésta con reserva de derechos. Y finalmente que se inicia el intento de legalización de un proceso social emergente y ascensional que reclama su reconocimiento normativo a nivel de principios.

En cualquier caso, en la fecha de 1917, el Régimen Económico-Administrativo vigente, se identifica con un sistema de autonomía excesivamente estrecho y en la mentalidad de la época ningún sector lo encuadra en el marco de la foralidad, excepción hecha de quienes advierten una continuidad del pactismo a través de las negociaciones bilaterales para la fijación de los cupos.

El nuevo proceso autonómico va a permitir la convergencia de movimientos institucionales dispersos desde 1876, a partir de la síntesis de sus postulados. Desde la

separación inicial entre transigentes e intransigentes, autonomía y reintegración foral habían evolucionado por su cuenta. La fusión de autonomía y derecho histórico, que se convierten en inseparables a partir de 1917, permite hablar de una cierta convergencia de procesos institucionales y de un movimiento de ascensión hacia su reconocimiento legal conjunto.

La opción estatutaria no se entiende sin la reserva de los derechos históricos. Precisamente esta confluencia es la que hace posible la síntesis de los movimientos institucionales hasta ese momento dispersos y la unidad de acción de los diversos partidos políticos a partir de 1917.

Autonomía y derechos históricos expresan en otros términos la foralidad integral actualizada. La foralidad material como conjunto de instituciones positivas, conforma un marco jurídico especial, un ordenamiento jurídico propio que en sí mismo considerado puede ser calificado de autonómico. Pero la incorporación de títulos, fundamentos y derechos, y sobre todo su carácter originario y no concesional o, si se quiere, constituyente, añade una nota de calidad al *"quantum"* competencial que lo diferencia esencialmente de un mero régimen de Autonomía.

Por otra parte, si la foralidad material garantiza una institucionalización interna, esto es, entre el país y las instituciones, la Teoría Foral asegura la institucionalización externa, respecto a la Corona y el Estado, o, en términos modernos, la integración estatal. La foralidad por tanto no sólo mira al autogobierno interno sino que asegura una determinada forma de integración estatal. La foralidad no sólo consiste en una forma de *ser* sino en una forma de *estar*. La foralidad fue autogobierno interno y un modo de integración estatal, y todo ello produjo, en una determinada época histórica, una institucionalización integral, interna y externa.

La crisis de este modelo institucional determinó su desintegración interna y

externa, y los intentos del siglo XIX por recomponer o actualizar el sistema institucional no tuvieron éxito. En 1839 se pretendió fundamentalmente salvar la foralidad material, el sistema de autonomía a costa de renunciar parcialmente a títulos y fundamentos jurídicos y de aceptar una unidad política de mínimos. Se intentó preservar la forma de *ser*, renunciando parcialmente a la forma de *estar* histórica y garantizar así un nuevo modelo de integración. En 1876 la abolición foral suprime autonomía y títulos jurídicos, foralidad material y Teoría Foral, forma de *ser* y de *estar*, y como consecuencia produce la desinstitucionalización interna y externa, fracasando el objetivo de integración estatal.

El nuevo proceso que se abre a partir de esta fecha, tiene un doble objetivo: recuperar autonomía o fueros materiales, como sistema institucional interno, y reponer la integración o institucionalización externa perdida en base a la recuperación de títulos y derechos históricos. El primer objetivo lo protagonizan los movimientos de la transigencia por la vía progresiva de los Conciertos y del Régimen de Autonomía administrativa que se irá ensanchando paulatinamente. El segundo, transita de la intransigencia al nacionalismo por la vía del desprecio al régimen concertado y petición de reintegración foral, o en su caso, de independencia. Ambos movimientos se fusionan en 1917 para pedir una Autonomía más amplia que la del Concierto sin renunciar *"ni por un momento a los derechos históricos"*.

Derecho histórico no es tanto Autonomía, o no es sólo Autonomía, como foralidad no fue sólo un complejo normativo-institucional. Derecho histórico es, además de autogobierno, reivindicación de una forma de estar en el Estado, o un modo de integración en base a determinados títulos o principios jurídicos, sin excluir el derecho de autodeterminación invocado por José Antonio Aguirre en 1931.

La opción histórica por la Autonomía significa la aceptación de un marco de autogobierno, pero la reserva de derechos históricos indica que la forma de estar en el Estado o la integración estatal es todavía una cuestión pendiente o al menos, no plena-

mente satisfactoria. La opción estatutaria, como se verá a continuación, no es una opción pura o aislada, sino que irá siempre acompañada de una u otra forma de la invocación a los derechos históricos.

5. Autonomía y derechos históricos en los estatutos de la II República

Uno de los primeros acuerdos que adoptan los alcaldes de Vizcaya, Alava y Guipúzcoa, el 8 de mayo de 1931, recién proclamada la II República es *"encomendar la elaboración del Estatuto a la Sociedad de Estudios Vascos"*[487]. Destaca en este Anteproyecto de Estudios Vascos la ausencia de toda referencia a los derechos históricos, circunstancia que ha motivado su calificación como proyecto básicamente autonomista[488].

Ahora bien, si se advierte que *"derecho histórico"* no es sinónimo sólo de autogobierno, sino de una forma de articulación con el Estado, la Declaración Preliminar del Anteproyecto compensa con creces la ausencia de la referencia material al concepto, estableciendo de una manera más *"inteligente y práctica el modelo actualizado de articulación o de relaciones con el Estado"*. Véase:

> *"Se declara que el País Vasco, [...], constituye una entidad natural y jurídica con personalidad política propia y se le reconoce el derecho a constituirse y regirse por sí mismo como Estado autónomo dentro de la totalidad del Estado español, con el que vivirá articulado conforme a las normas de la ley de relaciones concertada en el presente Estatuto"*[489].

---

[487] CASTELLS, J.M.: *Euskadi y el Estatuto... ob. cit.*, pág. 49.

[488] TAMAYO, V.: *El proceso estatutario... ob. cit.*, pág. 124.

[489] Vid. ORUETA, J., *ob. cit.*, págs. 172-173.

El texto citado bajo apariencia de simple Estatuto de Autonomía, no sólo afirma la personalidad natural, jurídica y política originaria del País Vasco, y le reconoce el derecho a regirse por sí mismo, sino que esboza un principio federal de articulación e integración en el Estado en base a una ley de relaciones concertada con el Parlamento español[430] y un sistema de resolución de conflictos entre el País Vasco y la República en base a una Comisión Mixta paritaria[431]. Este anteproyecto de Estatuto pretende una actualización integral de autogobierno e integración estatal pactada o acordada por lo que no se ve en la necesidad de mencionar la reserva de derechos históricos.

No obstante, en el Estatuto de Estella de 14 de julio de 1931 y en el plebiscitado de 1933, volverá a aparecer de nuevo la reserva de derechos históricos. En el primero, de inspiración nacionalista, se identifica derechos históricos con reintegración foral plena y abolición de las leyes de 25 de octubre de 1939, de 16 de agosto de 1841 y *"todas cuantas, bien con anterioridad o posterioridad a estas fechas hayan conculcado de alguna manera los derechos sagrados de este país"*[432]. El segundo, introduce igualmente una enmienda al llamado Estatuto de las Gestoras de corte autonomista[433] que, según ZABALA ALCIBAR[434], es de inspiración tradicionalista, en virtud de la cual, después de afirmar que los territorios vascos acuerdan constituirse en núcleo político-administrativo autónomo dentro del Estado español, se neutraliza la integración autonómica en el Estado al afirmar que el régimen, que así se establece, no implica prescripción extintiva de los derechos históricos[435].

---

[430] Artículo 1º, párrafo último del Proyecto, en ORUETA, J., *ob. cit.*, pág. 173.

[431] Artículo 19 del proyecto, *ibidem*, pág. 185.

[432] Transcripción del texto del "Estatuto de Estella", en: *Historia de los Estatutos Vascos de Autonomía*, Interprofesional de Estudios y Publicación, S.A. Zarauz, 1976, pág. 71.

[433] TAMAYO, V.: *El proceso estatutario... ob. cit.*, pág. 126.

[434] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 116.

[435] ORUETA, J.: *ob. cit.*, Apéndice, nº 16, Art. 2º.

Este último proyecto plebiscitado cobra especial relieve por cuanto supone que la *"definitiva"* expresión de la voluntad popular[436], antes de su tramitación parlamentaria, acepta la opción estatutaria no con carácter alternativo o aislado, sino unida a la reserva de los derechos históricos. Marca, igualmente, la culminación de un proceso o movimiento histórico iniciado en 1876 por la recuperación del autogobierno en el que la participación y la presión de Diputaciones, Ayuntamientos, partidos políticos y Pueblo obtendrá sus primeros frutos normativos con la aprobación del Estatuto. El Estatuto que se aprueba en 1936 es fruto de un proceso histórico agudizado en su fase final (1917-1931) y orientado hacia fórmulas estatutarias o autonomistas desde 1905[437], pero cuyo inicio como movimiento de búsqueda de un modelo legal superador del régimen concertado arranca desde las mismas fechas abolitorias de 1876.

En este sentido, el Estatuto será fruto y culminación de un proceso social que a partir de 1933 adopta forma normativa e inicia un proceso de institucionalización legal en sede parlamentaria. Por lo que concierne al apoyo popular, el referendum de 1933 obtuvo el respaldo del 84% del censo electoral, superando con creces el límite de dos tercios impuesto por la Constitución respecto al conjunto de la región[438].

Esta expresión mayoritaria y prácticamente unánime, en Guipúzcoa y Vizcaya, de vocación estatutaria, cuyos efectos se prolongan al presente por la Disposición Transitoria 2ª de la Constitución de 1978, no debe interpretarse como absoluta conformidad con el modelo autonómico. El artículo 1º del texto plebiscitado aplaza en el tiempo: *"cuando las circunstancias lo deparen"*, la plena realización de los derechos

[436] Estatuto "definitivo" le llama ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 207.

[437] J. Orueta, ob. cit., pág. 13.

[438] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 240. En el mismo sentido DE LA GRANJA, J.L.: "El proceso histórico-político del Estatuto vasco de 1936". En *Simposium sobre el Estatuto Vasco... ob. cit.*, pág. 34; CASTELLS, J.M.: "Antecedentes estatutarios". En *Euskadi y el Estatuto... ob. cit.*, pág. 53; ORUETA, J.: *ob. cit.*, pág. 228; CELAYA y otros.

históricos consistente en la plena reintegración foral[499]. El proyecto de Estatuto sólo materializa de forma parcial las aspiraciones sociales, creándose un déficit institucional que relativiza la aceptación social del modelo.

Si a este déficit inicial se suman las modificaciones introducidas en el trámite parlamentario durante el período 1934-36 no resulta aventurado afirmar que el modelo finalmente aprobado, de haber tenido un desarrollo normal, no hubiese concitado la aceptación social y la definitiva institucionalización del país. Del texto plebiscitado en 1933 al aprobado en 1936 la principal diferencia se cifra en la reducción a dieciocho de los cincuenta y tres artículos iniciales[500]. Entre estos artículos desaparecidos figura el relativo a los derechos históricos.

Las especiales circunstancias de su aprobación, en plena guerra civil, la congelación de su tramitación durante dos años, el oportunismo de su aprobación cuando las tropas de Franco se aproximaban a Vizcaya[501], explican la falta de contestación social al producto final de características opuestas o muy diferentes al de 1933. J.M. CASTELLS justifica estas diferencias indicando que: *"es una concesión del Parlamento, realizada sobre la marcha y sin el objetivo único de la autonomía. Sin que se atendiera a conexiones históricas, sin que la voz del territorio ordenado se tuviera demasiado en cuenta"*[502].

Este Estatuto resultó ser el menos autonomista y foralista de cuantos se barajaron, y en cambio debido a su corta vida que no permitió ningún desarrollo competen-

---

[499] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, pág. 240.

[500] CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Autónomico Vasco*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1992, pág. 80.

[501] Se le llamó por esta circunstancia: *"Estatuto de Elgueta"*.

[502] CASTELLS, J.M.: *El Estatuto Vasco*, pág. 97, citado por TAMAYO, V.: *ob. cit.*, pág. 128 y CELAYA, A.: *ob. cit.*, pág. 80.

cial, y las circunstancias de la guerra civil que truncaron toda experiencia de autogobierno, su recuerdo fue idealizado y magnificado en la guerra y postguerra, hasta el punto que *"cual ave fénix, sus vestigios van a quedar, la misma aspiración va a volver a plantearse en una segunda fase de forma que no resulta fácil establecer si se trata de dos procesos o de uno global que ha quedado aletargado durante un tiempo"*[503].

6. Autonomía y derechos históricos en la Constitución de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979

La ruptura del proceso institucional operada como consecuencia de la implantación del Régimen del General Franco tuvo efectos abolitorios en el campo de la legalidad estatutaria y en el Régimen de Conciertos, pero el proceso social, lejos de desaparecer, se atrincheró en la clandestinidad y operó en catacumbas el milagro de la permanencia de los ideales autonómicos. De ahí que sociológicamente puede hablarse de una continuidad del proceso institucional vasco, aunque jurídicamente éste experimentase una ruptura.

No obstante, no es del todo correcto hablar de ruptura total con el proceso jurídico anterior a 1936. Por una parte subsistirá el Régimen de Conciertos en Alava y Navarra, y por otra la propia evolución del Régimen franquista y la agudización de la presión social desde el País Vasco producirán determinados aperturismos y concesiones en el ámbito jurídico.

El franquismo, de un lado, pasa por diferentes etapas[504]. La década del 40 al 50 es una etapa de consolidación, defensiva, intolerante, de aislacionismo internacional

[503] TAMAYO, V.: *ob. cit.*, pág. 128.

[504] PAYNE, S.G.: Franco: *El perfil de la Historia*. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1993, págs. 127 y ss.

y falta de reconocimiento oficial por parte de las Potencias extranjeras. La del 50-55 es la del reconocimiento internacional, el Concierto con la Santa Sede y acuerdos con los EEUU. En 1956 se inaugura una etapa tecnocrática y más aperturista y de 1970-75 se produce el ocaso del Régimen. La presión social y política que ha estado larvada y a la espera del fracaso del Régimen hasta 1950, comienza a evolucionar en esta década hacia posiciones más activas y radicales, que culminarán con el nacimiento de ETA a comienzos de los 60. De manera que de la confluencia de ambos elementos de signo opuesto, surgirán los primeros signos de aperturismo jurídico, o, al menos, si no se puede predicar una relación causa-efecto, sí debe señalarse una sospechosa coincidencia en el tiempo.

La primera manifestación de aperturismo jurídico afecta al Derecho Privado. Es de sobra conocido que, contrariamente a lo que ocurrió con el Derecho Foral Público, el Derecho Foral Privado resistió la ofensiva codificadora del s. XIX, si bien la subsistencia del Derecho Foral nació amenazada de provisionalidad[xxx].

Pues bien, en el período 1959-1973 se aprueban las Compilaciones de Derecho Foral, entre ellas la de Vizcaya y Alava en 1959 y la de Navarra en 1973, y en marzo de 1974 se consolida la subsistencia de los Derechos forales compilados por medio de la Reforma del Título Preliminar del Código Civil.

Para HERRERO DE MIÑON la coexistencia del Código Civil con los Derechos Forales privados, constituye una muestra, o una *"mediación"* que permitirá más tarde aplicar esta experiencia al campo del Derecho Público para justificar la coexistencia de Constitución y Derechos históricos[xxxi].

Dentro del Derecho Público se inician tímidamente a partir de 1968 tendencias

[xxx] El artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil, decía que *"subsistirán por ahora..."*.

[xxxi] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Idea de los Derechos Históricos... ob. cit.*, pág. 37.

aperturistas. Entre ellas el Decreto Ley de 6 de junio de 1968 que deroga la práctica totalidad del Preámgulo del Decreto-Ley de 23 de junio de 1937 que suprimía el Régimen de Conciertos en Gipuzkoa y Bizkaia. Al eliminar del Preámbulo los párrafos que hacían referencia a las causas de la guerra, pero mantener el relativo al carácter privilegiado de los Conciertos por cuya razón no se devolvían tales derechos a Vizcaya y Gipúzcoa, *"se caía en la incoherencia de mantener los Conciertos de Alava y Navarra, que quedaban sin base argumental"*[507].

La segunda manifestación de aperturismo fue la creación por Decreto de 7 de noviembre de 1975 de una *"Comisión para el estudio de la implantación de un Régimen Administrativo Especial para las provincias de Vizcaya y Guipúzcoa"*. La muerte del general Franco, ocurrida un mes más tarde, y los acontecimientos políticos que rodearán a la transición democrática, dejaron sin efecto los resultados de esta Comisión. Algunas de las medidas propuestas, como la restauración de Juntas Generales se llevarán a la práctica en 1977.

El Real Decreto Ley de 30 de octubre de 1976 deroga en su totalidad el de 23 de junio de 1937, indicándose en el preámbulo que dicha derogación formaba parte de las propuestas de la Comisión de estudio creada en 1975. En este Real Decreto destaca el móvil: *"la derogación responde a la voluntad integradora de la Corona"*[508] y al *"deseo de plena participación de todos los pueblos de España en el actual proceso político"*[509], pero carece de efectos prácticos, puesto que no se recupera el Régimen económico-administrativo anterior a 1937, que se sigue considerando un privilegio, *"hasta que se acuerde legalmente lo procedente sobre el Régimen especial de estas*

[507] CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Autonómico Vasco... ob. cit.*, pág. 81.

[508] R.D-Ley de 30-10-1976.

[509] R.D.-Ley de 30-10-1976.

provincias"[510].

Lo más importante de esta disposición legal peculiar no es su parte dispositiva, sino la enunciación del principio de voluntad integradora, que, *"a sensu contrario"*, viene a reconocer la existencia de un problema pendiente, con raíces históricas, que afecta a la integración estatal y que pasa por la eliminación de errores y recuperación de derechos de autogobierno histórico o cuando menos de un Régimen Administrativo especial.

El año 1976 será, por otra parte, el año del Centenario de la Ley Abolitoria, y con tal motivo verán la luz numerosas publicaciones sobre los Fueros y la Abolición[511], se celebrarán numerosas conferencias, teniendo todo ello un notable eco social que ayudará a la divulgación y actualización de la problemática foral. Produciéndose, de nuevo, un efecto sinérgico y coincidente entre aperturismo progresivo y concienciación social que aproximará las tendencias de institucionalización social y normativa procedentes de la Comunidad y del Poder, con la mediación de los partidos políticos cuya legalización se produce en este momento[512].

Resultado del proceso convergente son los Decretos de Restauración de Juntas Generales en 1977[513], y el Compromiso Autónomico suscrito en mayo de 1977 por el PNV, PSOE, ESEI, PCE, DCV y ANV. Este último documento[514] consta de nueve

---

[510] R.D.-Ley de 30-10-1976.

[511] En este año se publican: las obras de ANGULO HORMAZA, ESTORNES ZUBIZARRETA, ZAVALA, CIAURRIZ, etc.

[512] Ley 21/1976 de 14 de junio sobre *"Derecho de Asociación Política"*.

[513] R.D. Ley 18/1977 de 4 de marzo, para la restauración de las Juntas Generales de Gipuzkoa y Bizkaia y R. Decreto 1.611/1977 de 2 de junio por el que se regula la organización y funcionamiento de las Juntas Generales de Alava.

[514] El texto completo viene recogido en el Anexo 4º de la obra colectiva *"Euskadi y el Estatuto de Autonomía"*. Erein, San Sebastián, 1979, págs. 168 y ss.

apartados que las fuerzas políticas firmantes se comprometen a introducir en sus programas electorales y a defender conjuntamente en las Cortes constituyentes de 1977.

Destacan en él dos partes claramente diferenciadas. Una, integrada por los puntos 6º y 9º y dirigida a la instauración de la democracia, la elaboración de la Constitución y la consolidación de las libertadas públicas y los derechos individuales y colectivos a nivel estatal. Y otra, formada por los puntos 3º y 4º y párrafo final, orientada al reconocimiento de la personalidad político-administrativa de Euskadi, a la implantación de un régimen de Autonomía *"sin renunciar a los poderes políticos basados en la plena reintegración foral"* en un intento de *"enlazar con la irrenunciable tradición de libertad y autogobierno del pueblo vasco"*.

Este posicionamiento conjunto de las fuerzas políticas vascas expresa una doble preocupación social en el campo político: la implantación del régimen de libertades y la construcción de un modelo de Estado democrático, junto al reconocimiento de un régimen de autogobierno sin renuncia a los derechos históricos como forma de integración del País Vasco en el Estado.

Se repiten, por tanto, las constantes ya enunciadas en el proceso histórico estudiado:

a) La opción autonómica no se presenta aisladamente sino con la reserva de Derechos históricos o *"reintegración foral plena"*[515].

b) Se reconoce que esta decisión forma parte del proceso histórico al *"enlazar con la tradición de libertad y autogobierno"*[516].

c) Se enmarca en el contexto de integración estatal como condición previa

[515] Punto 4º del Compromiso.

[516] Párrafo último del Compromiso.

o simultánea.

En vísperas, por tanto, del inicio de los trabajos constituyentes se enuncian desde el País Vasco los principales ejes sobre los que va a pivotar la discusión constitucional.

No resulta fácil interpretar qué entendieron las diversas fuerzas por reintegración foral plena, pero a falta de un análisis subjetivo de intenciones, esta expresión al igual que la de *"derechos históricos"* constituye una idea objetiva, la *"idea de un objeto"*[517], dotada de un contenido material infungible. Por tanto, recogiendo conclusiones anteriores, si la Foralidad completa o plena abarca una forma de ser (autogobierno, autonomía, personalidad propia) y una forma de estar respecto a un conjunto superior o estatal, su integración plena en él viene condicionada por el reconocimiento de ambos extremos. En tanto en cuanto la autonomía sólo responda a un aspecto parcial de la foralidad, la integración no es total y operará la reserva de derechos.

La existencia de un movimiento o presión social favorable al reconocimiento de los derechos históricos y a la recuperación del autogobierno, impulsó la implantación transitoria del Régimen preautonómico, antes de que el poder constituyente decidiese formalmente sobre el modelo de Estado.

Este hecho insólito, que supone una predeterminación constitucional material, aunque a través de su carácter transitorio salva formalmente la libertad del poder constituyente, según CLAVERO ARÉVALO[518] se justifica en las tendencias descentralizadoras europeas; pretendía responder a compromisos adquiridos por la UCD con la oposición democrática y con TARRADELLAS; optaba por un sistema generalizado y sin discriminaciones evitando privilegios políticos a favor de las regiones económica-

[517] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *La idea de los Derechos históricos... ob. cit.*, pág. 15.

[518] CLAVERO ARÉVALO: *España desde el centralismo a las autonomías*. Ed. Planeta. Barcelona, 1983, págs. 28 y ss.

mente más prósperas, y constituyó una de las claves de la campaña electoral de UCD en las elecciones de 1977.

Pero, no obstante, por muchas razones que se aleguen para demostrar que la decisión autonómica constituyó una opción política libre adoptada desde el poder, su implantación acelerada antes de que el propio poder constituyente decidiese al respecto, sólo cabe entenderla desde la urgencia de la presión social y desde la evidencia de las aspiraciones autonómicas exteriorizadas por las nacionalidades históricas, unidas en el caso vasco, a la reivindicación de los derechos históricos, como ocurrió con algunos territorios en el caso italiano.

Así, por ejemplo, nos encontramos que la Asamblea de Parlamentarios Vascos reunida en San Sebastián el 17 de septiembre de 1977, elabora y aprueba un Proyecto de Decreto-Ley de Régimen transitorio preautonómico para el País Vasco, en cuyo preámbulo se insiste en la *"tradición inmemorial de autogobierno"*, en el *"reconocimiento de los derechos históricos constantemente reclamados por el pueblo vasco"* y *"en la necesidad de establecimiento de un sistema transitorio hasta que se aprueben las bases definitivas del Régimen autonómico"*[519].

El preámbulo del texto definitivo – R.D. Ley 1/1978 de 4 de enero – que instaura el Régimen preautonómico para el País Vasco, reconoce explícitamente que su implantación, *"antes de que se promulgue la Constitución y sin que ésta quede condicionada"*, se debe a que *"el pueblo vasco tiene la aspiración de poseer instituciones propias de autogobierno"* y que *"el presente Real Decreto quiere dar satisfacción a dicho deseo"*[520].

[519] Texto incorporado, como Anexo 5º, a la obra colectiva, *Euskadi y el Estatuto de Autonomía... ob. cit.*, pág. 170.

[520] Texto del R.D. Ley 1/1978 de 4 de Enero. Anexo nº 6, de la obra anterior citada, pág. 175.

6.1. Los Derechos históricos en la Constitución y el Estatuto

Con la inclusión en el texto constitucional de la Disposición Adicional 1ª que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales, adquiere rango normativo de primer orden, y por primera vez en la Historia, el movimiento político reivindicativo de reintegración foral, cuyos primeros pasos se producen a partir de 1876 y cuya evolución hemos seguido hasta 1978. Sobre la decisiva importancia de este acontecimiento jurídico que sanciona legalmente y culmina un proceso histórico, existe abundantísima literatura a la que se hará referencia más adelante.

El seguimiento de la dinámica institucional del País Vasco desde la ley de 1876 nos ha revelado la existencia de un cierto desajuste entre los modelos legales y las aspiraciones sociales, situación que ha provocado históricamente una actitud de aceptación de regímenes administrativos especiales y autonómicos, mezclada de insatisfacción o reserva por entender que los marcos legales no satisfacían plenamente las aspiraciones de autogobierno, reserva materializada en la invocación a los derechos históricos. La recepción constitucional de esta insatisfacción histórica ha sido interpretada como el intento de arreglo definitivo del *"problema vasco"*, cuyos orígenes se remontan a la ley de 25 de octubre de 1839[321], problema que encierra una doble dimensión: autogobierno e integración estatal.

Ahora bien, resaltada la importancia del evento, y convertida en norma la reivindicación histórica de los derechos, el problema se centra en analizar si el concepto jurídico-constitucional de derecho histórico, debe guardar alguna relación con el concepto social e histórico, o si por el contrario su elevación a concepto jurídico le somete a unas reglas de interpretación autónoma, pudiendo dar lugar a resultados interpretativos opuestos a los analizados en el proceso precedente.

[321] Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. y FUSI, J.P., entre otros, en las obras ya citadas.

Obviamente el derecho histórico no ha constituido una cuestión pacífica, ni jurídica ni socialmente. Los diversos movimientos sedicentes de reintegración foral entendieron cosas diversas y perseguían fines distintos[522]. Esta dispersión y difusión conceptual e ideológica suele ser alegada, junto con el carácter evolutivo de la foralidad, para justificar la necesidad de crear un concepto jurídico autónomo sin trabas ni condicionamientos históricos previos[523].

El esfuerzo de las páginas que siguen se centra en contemplar que siendo la norma constitucional, con respeto a la soberanía del poder constituyente, producto de un proceso histórico, no cabe una interpretación desconectada de la raíz social e histórica que la motiva. Desde una perspectiva institucional, la norma representa la fase de maduración y consolidación del proceso, pero sigue formando parte de él, y a través de ella se pretende materializar la idea o el valor cuya realización persigue[524].

La Disposición Adicional 1ª, por decisión del Poder constituyente, es una norma de recepción de una aspiración socio-política histórica, centrada en una idea, la de los Derechos históricos, que goza de entidad y sustantividad propias, a pesar de lo difuso de las respectivas percepciones sociales y para cuya realización y *"actualización"* le presta soporte normativo-constitucional. La norma actúa como *"mediadora"* dentro de un único proceso institucional que arranca del pasado y mira al futuro. Es el instrumento para la realización de una IDEA OBJETIVA, independientemente de las percepciones subjetivas[525] de los adherentes. Por otra parte, la configuración normativa de esa realidad objetiva impone límites y condicionantes, operando la ley como agente limitati-

[522] Vid. págs. 165 a 167.

[523] En esta línea cabe inscribir la obra de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. y buena parte de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

[524] En el Título II se explicitará la Teoría Institucional de Hauriou, principal exponente de esta tesis.

[525] HAURIOU, M.: *Principios de Derecho... ob. cit.*, pág. 86.

vo, como factor de reacción frente a la acción social instituyente"[526].

El ordenamiento jurídico en su conjunto, y el marco constitucional en particular, imponen una serie de limitaciones a la idea de los Derechos históricos como consecuencia de entrar a formar parte del conjunto organizado que es el ordenamiento jurídico-constitucional.

En definitiva, corresponde analizar la naturaleza objetiva de los Derechos históricos y las limitaciones que le vienen impuestas como consecuencia de su incorporación al ordenamiento constitucional, sin sumisiones desnaturalizadoras de la realidad a la norma, ni plegamiento absoluto de la norma constitucional a la realidad social.

Este difícil equilibrio entre el amparo y respeto a una realidad objetiva y su actualización limitada por el marco constitucional, viene expresado en cada uno de los párrafos que integran la Disposición Adicional primera, siendo el primero de ellos como establece HERRERO DE MIÑÓN, *"norma de cabecera"*[527] por lo que corresponde analizar previamente el concepto, *"a priori material de la Constitución"*[528], de derecho histórico, para luego seguir con el párrafo segundo relativo a la actualización de estos derechos.

6.1.1. La *idea* de los Derechos históricos[529]

Plantear el análisis de los derechos históricos no es cuestión sencilla ya que se

[526] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 264, dirá que la ley cumple la función del *"agrimensor"*. HAURIOU procedía de familia acomodada de raíces campesinas, por eso utiliza este término rural.

[527] HERRERO DE MIÑÓN, M: *La idea de Derechos... ob. cit.*, pág. 64.

[528] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ibid.*, pág. 64.

[529] Se entiende *idea* en el sentido que le atribuye HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, y en el que le otorga HAURIOU en su *Teoría de la Institución*.

mezclan cuestiones históricas, políticas y jurídicas. Desde la Historia se han dado interpretaciones diversas, no siempre rigurosas, versiones que, a su vez, han sido instrumentadas políticamente según las respectivas inclinaciones ideológicas. Ello ha producido una reacción escapista en determinados sectores doctrinales y en el propio Tribunal Constitucional que amparándose en la falta de obras científicas sobre la Historia vasca[530], en los nunca definidos derechos históricos[531], en la indeterminación e indefinición de los mismos[532], en su carácter mítico[533], así como en el carácter político o testimonial de la Enmienda 689 planteada en el debate constitucional[534], o su utilización como pretexto político para eludir un compromiso constitucional[535], han construido un concepto jurídico de derechos históricos al margen de todo condicionamiento histórico y frecuentemente opuesto a la realidad subyacente.

Desde una perspectiva realista, tanto jurídica como filosófica todo concepto se refiere a una realidad, a un objeto y, salvo los puramente instrumentales, difícilmente se puede construir un concepto jurídico prescindiendo de la materialidad o sustantividad del objeto, por nebulosa e imprecisa que ésta resulte. La eficacia constitutiva de las normas opera la conversión de la realidad social en jurídica por vía de asunción, no de suplantación[536] de la realidad. Admitir que la *"problemática expresión"* de derechos históricos entra en el texto constitucional por cauces históricos y políticos, *"pero una*

[530] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 20.

[531] FUSI, J.P.: *País Vasco: pluralismo y nacionalidad*. Alianza Editorial. Madrid, 1984, pág. 34.

[532] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 51.

[533] CLAVERO, B.: *Fueros Vascos: historia... ob. cit.*, pág. 92.

[534] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, págs. 27 y ss.

[535] CORCUERA, J.: *Alcance de la Constitución... ob. cit.*, pág. 388.

[536] Sobre *"eficacia constitutiva de las normas"*: F. de CASTRO y PICAZO-GULLÓN, obras citadas.

vez en él, adquiere la condición de concepto jurídico con los problemas propios de éstos"[537] implica un riesgo nominalista en la propia construcción del concepto jurídico.

Como se ha puesto de relieve por varios autores[538], la Constitución no puede amparar, ni respetar, ni por supuesto, actualizar lo que previamente no existe. El derecho histórico constituye un *"a priori material"*[539] integra y forma parte de la llamada *"constitución sustancial"*[540], y constituye una de las manifestaciones de *"penetración de la historicidad"* en la Constitución[541]. La Disposición Adicional opera sobre un material previo, construyendo, vía actualización, un concepto jurídico que lo transforma sin desnaturalizar. ¿En qué consiste ese a priori material sobre el que actúa la Constitución?

En el desarrollo del presente Capítulo se ha intentado efectuar un análisis de la foralidad histórica e indagar sus notas esenciales. Recogiendo las principales conclusiones y admitiendo la dificultad del intento, sus notas principales pueden resumirse así:

a) El Régimen Foral vasco se presenta en sus inicios como un ordenamiento autónomo, propio, originario y evolutivo, integrado por un complejo normativo-institucional que hemos denominado foralidad material.

b) Como consecuencia de la evolución histórica entra en relación con la estructu-

---

[537] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 20.

[538] LUCAS VERDÚ y HERRERO DE MIÑÓN, entre otros.

[539] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 64.

[540] LUCAS VERDÚ, P.: "Historicismo y Positivimos ante la conceptualización de los Derechos históricos". *En Jornadas de Estudio... ob. cit.* , pág. 282.

[541] LUCAS VERDÚ, P.: "Penetración de la historicidad en el Derecho Constitucional español". En *Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil* . IVAP. Oñati, 1983, págs. 19 y ss.

ra política de la Corona de Castilla, estableciéndose un sistema de convivencia entre ambos niveles u órdenes institucionales y una articulación equilibrada a través de un sistema de garantías representado por el Pase Foral y el Juramente de Fueros. La teorización y fundamentación jurídica de esta articulación da lugar a la construcción de la Teoría Foral erudita que explica la integración en la Corona en base a la teoría del pacto.

El que algunos de sus *"dogmas históricos"*, *"mitos o leyendas"* estén faltos de contraste científico respecto a sus orígenes, no les resta otro valor que el puramente probatorio a efectos históricos. Pero no les priva de su eficacia y de la aceptación de que fueron objeto por parte de la Corona al aceptar las justificaciones de los contrafueros, ni de que cristalizasen en un estado de conciencia colectiva[542], como exponente de una autoconciencia del hecho diferencial[543].

La foralidad material puede traducirse por un sistema de autogobierno con competencias materiales e institucionales de intensidad variable y evolutiva, que se integra voluntariamente en un sistema político más amplio con el que convive y se articula a través de instituciones de garantía, todo ello fundamentado en la teoría foral del pacto. La foralidad es por tanto forma de ser y de estar, autogobierno y forma de integración, que produce un equilibrio, o si se quiere, una institucionalización interna y externa, *"ad intra y ad extra"*.

Esta situación de tesis[544], como consecuencia de factores muy complejos y varios, ya explicados anteriormente, experimentará una crisis definitiva en el siglo XIX, de la que se pretenderá salir a través del nuevo modelo de equilibrio que ensaya la ley

[542] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 47.

[543] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 47, citando a J. CARO BAROJA.

[544] URRUTIKOETXEA, *ob. cit.*, pág. 126.

de 25 de octubre de 1839 intentando salvar la mayor parte de los contenidos de la foralidad material a costa de sacrificar mínimamente los fundamentos del sistema de integración estatal con la implantación del principio de unidad política de mínimos. La invasión de los contenidos del principio de unidad del campo político al administrativo hizo imposible en la práctica la subsistencia de toda suerte de foralidad, material y formal, culminando la experiencia de convivencia en fracaso y abolición.

El nuevo proceso de recuperación institucional que se abre en 1876 combina tendencias de recuperación foral material por parte de los partidarios del Régimen de Conciertos, con intentos de reedición del espíritu moderado de la ley de 1839, por parte del liberal-fuerismo, y con la vuelta a la situación anterior a 1839, mediante la recuperación o integración foral plena, esto es de contenidos y de principios, de autogobierno y de independencia originaria por parte del nacionalismo naciente.

Estos y otros contenidos se cobijan bajo el lema de reintegración foral. Pero a partir de 1917 se produce junto a la convergencia estratégica e institucional en torno a la Autonomía, una clarificación conceptual importante, sobre el alcance jurídico de la Reintegración Foral. La imposibilidad de recuperar íntegramente la foralidad especialmente en lo que a forma de integración estatal se refiere, opera un desglose de la reintegración foral en dos frentes, que reproducen la conocida distinción entre foralidad material y formal. A través de la autonomía *"lo más amplia posible"*[345] se pretende la recuperación de cotas materiales de autogobierno, y a través de la *"no renuncia a los derechos históricos"*[346]. se intente preservar formalmente los títulos y fundamentos del autogobierno y de la forma de integración estatal, así como determinados contenidos materiales de poder tradicional.

De manera que, en 1917, queda claro que derecho histórico no es autonomía.

[345] Mensaje de Diputaciones de 1917.

[346] Mensaje de las Diputaciones de 1917.

Ésta consiste en un *"quantum"* competencial e institucional. Los derechos históricos, en cambio, serán títulos de origen (carácter autónomo, propio y originario del Fuero como expresión de un poder cuasi-constituyente) y forma de integración estatal (pacto y entrega voluntaria). La autonomía puede asemejarse externamente a la foralidad material, en cuanto a los resultados, pero el derecho histórico refleja las diferencias formales entre un sistema y otro. La primera responde a un *"quantum"*, los segundos a un *"cómo"*, sin excluir determinadas reivindicaciones competenciales e institucionales, especialmente en lo concerniente a la restauración de Organos forales.

Las principales divergencias de los partidos políticos respecto a la reintegración foral no afectan al reducto competencial-material, sino a la concepción formal, dando lugar a diversas concepciones del derecho histórico. Para el carlismo significaba recuperación foral en el marco de la tradición española[547] de unidad política preconstitucional. Para el nacionalismo significaba derogación de las leyes de 1839 y 1876, y recuperación de la foralidad material y de los títulos de soberanía originaria, pacto con la Corona e integración voluntaria. Para el monarquismo alfonsino y sectores liberales, en el mejor de los casos, significó recuperación de foralidad material e integración estatal a través de un principio de unidad política más o menos próximo al que inspiró al liberal-fuerismo la ley de 1839. El monarquismo posterior a 1919 abandonará o enfriará su fuerismo para *"hacer frente al movimiento nacionalista"* ascendente optando por una decidida concepción unitaria del Estado bajo el dogma de la *"unidad indivisible de la patria española"*[548].

Durante la II República, ya vimos que la invocación de derechos históricos tiene en un primer momento inspiración nacionalista[549], para adoptar en 1933 un sentido

[547] FUSI, J.P.: *El problema vasco... ob. cit.*, pág. 21.

[548] FUSI, J.P.: *ob. cit.*, pág. 25.

[549] Vid. Texto del Estatuto de Estella.

fuerista tradicionalista[550]. El compromiso autonómico de 1977 vuelve a retomar la reintegración foral no siendo posible, por falta de aclaraciones posteriores, determinar el sentido político general de la expresión.

De manera que tiene razón T.R. FERNÁNDEZ cuando afirma que la cláusula de derechos históricos entra en el debate constitucional por cauces históricos y políticos[551]. Efectivamente la Historia permite esclarecer que el derecho histórico, o en su caso la reintegración foral, posee una dimensión material y otra formal, que los movimientos políticos sustancialmente admiten, aunque mantienen notables diferencias respecto al significado y extensión de esta última.

Respecto al proceso constituyente, puede decirse que la cláusula de los derechos históricos entró nacionalista en el debate constitucional y salió *"liberal-fuerista"* en el texto definitivamente aprobado. Al margen de las connotaciones testimoniales[552] o interesadamente partidistas[553] del grupo parlamentario proponente de la Enmienda nº 689, el texto de ésta reproducía la concepción nacionalista de la foralidad en base no sólo a la recuperación de poderes e instituciones, sino a la derogación de las leyes de 1837, 1839 y 1876 y la invocación del pacto con la Corona.

La historia de este debate[554], recuerda, *"servata distantia"*, el precedente de 1839. Allí el sector proclive al mantenimiento de la foralidad planteó lisa y llanamente la confirmación de Fueros, y los progresistas lograron, al final, imponer como límite la unidad constitucional. En 1977 se plantea igualmente la reintegración foral plena por

[550] ZAVALA, F. de: *ob. cit.*, págs. 213 y 238.

[551] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 20.

[552] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 34.

[553] CORCUERA, J.: *Alcance de la Constitucionalización... ob. cit.*, págs. 385 y ss.

[554] Trabajos Parlamentarios, *ob. cit.*, Tomo II, págs. 2536 y ss.

el Grupo vasco, y todo el debate posterior se centra en la introducción de límites que en este caso no irán precedidos del *"sin perjuicio"* histórico, sino por el *"conforme a la Constitución"*[555] o el definitivo *"en el marco de la Constitución"*[556] y el traslado de la derogación de las leyes de 1839 y 1876 a la Disposición Derogatoria de la Constitución.

Ahora bien, fuese esta Disposición Adicional 1ª testimonial o no en su origen, al incorporarse al texto definitivo quedó convertida en norma constitucional al igual que ocurrió con la Disposición derogatoria, apartado 2[557], de la que emanan consecuencias jurídicas. La Disposición Adicional 1ª, tal como resultó aprobada y refrendada, distingue en sus dos párrafos el amparo y respeto de los derechos históricos y la actualización del Régimen Foral en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. La utilización del plural de Estatutos, unido al de Territorios forales explicita, como lo hará posteriormente el Tribunal Constitucional[558], la extensión del reconocimiento de los Derechos Históricos a Navarra.

El amparo y respeto, del párrafo 1º, se extiende al concepto, a la idea material de derechos históricos en su conjunto y tal como ha quedado descrita en las páginas precedentes. La Constitución no crea ni la realidad, ni la idea, ni el concepto de derecho histórico. Aunque el término *"reconoce"* como apunta P. LUCAS VERDU[559] hubiese sido más ajustado, no deja de ser expresivo el de *"respeta"*, ya que no cabe respetar lo que no existe.

---

[555] Trabajos Parlamentarios, *ob. cit.*, Tomo IV, págs. 2739 y ss.

[556] Texto de la Disposición Adicional 1ª de la Constitución de 1978.

[557] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 19.

[558] Sentencia del Tribunal Constitucional de 26-4-1988.

[559] LUCAS VERDÚ, P.: *Estimativa y Política constitucionales*. Universidad Complutense. Madrid, 1984, pág. 16.

El derecho histórico preexiste, al igual que otras realidades, valores, principios, instituciones o derechos integrantes de lo que P. LUCAS VERDU llamará *"constitución sustancial"*[560], como realidades originarias cuya recepción por la Constitución implica una penetración de la historicidad[561] y no altera ni modifica tal realidad o su correspondiente idea. Constituyen realidades preconstitucionales que al menos en un primer momento, en el del reconocimiento, amparo y respeto, no deben sufrir alteración en su naturaleza originaria. Cuestión diferente es que, como consecuencia del efecto constitutivo de las normas, la regulación positiva posterior, o en este caso la actualización de tales derechos en el marco de la Constitución, reconozca efectos, y consecuencias jurídicas plenas o limitadas a tal realidad. Sirviéndonos de un ejemplo, el Derecho no puede alterar ni suplantar, v.gr., a la realidad persona por constituir ésta un *"apriori"*. Ahora bien, a efectos jurídicos sí puede suministrar un concepto jurídico de persona[562] más limitado que la realidad a que se refiere.

El amparo y respeto de los derechos históricos abarca, desde esta consideración, a lo que esta realidad sea y comprenda, resulte su concrección fácil, difícil o imposible. Desde nuestro punto de vista, y con todos los riesgos inherentes a tomar partido en cuestiones altamente discutibles como son las históricas, la *"idea"* de derechos históricos de los Territorios vascos o si se prefiere, la síntesis de los derechos históricos se resume en:

- un conjunto de poderes, instituciones y competencias que se manifiestan en forma de autogobierno, cuyos contenidos no son fáciles de concretar o inventariar ya que han sido objeto de cambio y evolución a lo largo del tiempo, y que se corresponden conceptualmente con lo que hemos denominado Foralidad material.

[560] LUCAS VERDÚ, P.: *Historicismo y positivismo... ob. cit.*, pág. 283.

[561] LUCAS VERDÚ, P.: *ibid.*, pág. 283.

[562] DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de ... ob. cit.*, Tomo I, pág. 223.

- una serie de títulos jurídicos, algunos de ellos de fundamento histórico incierto, pero todos ellos percibidos y asumidos como tales por la conciencia colectiva y por la propia Corona o Monarquía durante varios siglos, que generan una *"autoconciencia del hecho diferencial"*[563]. Estos títulos abarcan tanto al carácter constituyente originario y no concedido de tales derechos, como a los fundamentos en que se basa la unión o integración en la Corona y posteriormente en el Estado. Tales títulos históricos que se corresponden conceptualmente con la llamada Teoría Foral o Foralidad formal. también fueron objeto de evolución y cambio y sobre ellos se dieron y se dan notables discrepancias históricas y políticas que van desde la soberanía originaria pasando por el pacto, el federalismo, la unidad política esencial o de mínimos, al moderno derecho de autodeterminación. Pero en cualquiera de sus manifestaciones históricas o actuales siempre se hace referencia a una peculiar forma de estar o de relacionarse con el Estado.

En definitiva, el amparo y respeto constitucional de la Disposición Adicional 1ª se extiende a los derechos históricos como realidad preconstitucional que consiste en *"el ser"* más o menos evolutivo del autogobierno, y el *"estar"*, más o menos discutible, en el Estado como forma peculiar de integración en él.

6.1.2. El concepto jurídico-constitucional de derechos históricos en el *"marco"* de la Constitución

Ya se ha visto anteriormente que la idea o la realidad originaria de derechos históricos comprende tanto un aspecto material de poderes y competencias como otro formal que atañe a títulos y a la forma peculiar de articulación estatal. Este segundo aspecto resultó especialmente problemático durante el siglo XIX, hasta el punto de hacer

[563] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 47.

fracasar el intento de equilibrio que supuso la ley de 25 de octubre de 1839, entre Fueros y unidad. En aquella ocasión, se confirmaron los Fueros con el límite de la unidad política, hoy se amparan y respetan los derechos históricos sin prejuicio de su actualización en el marco constitucional.

La Ley de 25 de octubre, supuso en palabras de MONREAL, una Disposición adicional material a la Ley de 1837 que había suprimido los Fueros[564] por incompatibles con el modelo de Estado constitucional. La ley asume la realidad foral de 1839, pero sólo otorgará efectos y consecuencias jurídicas a los aspectos forales que no resulten incompatibles con el principio de unidad. Al final resultó una incompatibilidad total o absoluta por el inmovilismo foral y por la expansión inusitada del principio de unidad que acabó siendo política y administrativa.

Hoy, la Constitución de 1978, también acepta y asume la idea de derechos históricos, pero únicamente permitirá la actualización jurídica de aquellos contenidos que no resulten opuestos a la Constitución, de lo que se derivará un concepto jurídico más reducido que la realidad a la que se refiere. Ciertamente, todo concepto implica un esquematismo y un empobrecimiento respecto a la realidad de la que procede, y en este caso, además, el empobrecimiento es mayor como consecuencia del límite constitucional añadido. Pero, en todo caso, el concepto resultante debe guardar siempre alguna relación con la realidad a la que representa, no puede resultar, por muy jurídico que sea, algo distinto a la idea de derechos históricos.

La Constitución mediante el amparo y el respeto acoge la realidad foral preexistente, pero únicamente otorgará efectos jurídicos a la parte de realidad que no se oponga al *"marco constitucional"*, nueva fórmula que sustituye a la antigua *"sin perjuicio de la unidad constitucional" de 1839.* ¿En qué consiste ese marco o límite constitucional? La Constitución realmente no actualiza el régimen foral, la actualización corresponderá a

[564] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 64.

los Estatutos[565]. Se limita a establecer recortes a la actualización jurídica de éste en cuanto a la vigencia, ejercicio y aplicación[566].

Si por marco constitucional entendiésemos el conjunto de normas constitucionales o todo el *"corpus normativo"* al que la Disposición Adicional se añade[567] como su propio nombre de adicional indica, sería éste un precepto redundante que nada añadiría al principio de autonomía del Art. 2º de la Constitución y que debería ajustarse plenamente al Título VIII al que queda reducida[568]. Ahora bien, si la Disposición Adicional 1ª significa algo, es la expresión de un hecho diferencial que le sirve de base[569], de ahí su tratamiento diferenciado en una adicional específica al margen del corpus normativo articulado.

BARTOLOME CLAVERO[570] reitera que la especificidad de los hechos diferenciales imposibilita su reducción a las pautas generales que para las autonomías prevé la Constitución. Es decir la propia naturaleza diferencial de la que emana el derecho histórico, impone una interpretación específica del límite o marco constitucional, distinta de la establecida con carácter general para las autonomías en el Título VIII. HERRERO DE MIÑON dirá que este marco viene dado por los principios que integran la *"Constitución sustancial"*[571], principios que a su vez son sustanciales[572].

---

[565] Disposición Adicional Primera de la Constitución.

[566] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 65.

[567] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 85.

[568] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 84.

[569] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 85.

[570] CLAVERO, B.: "El principio de salvedad constitucional del Derecho histórico vasco". *REP*, nº 37, 1984, pp. 11-16.

[571] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 85.

[572] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 89.

Entre estos principios ocupa lugar principal y definitivo el principio de Unidad consagrado en el artículo 2º de la C.E., y a él se refiere especialmente la Disposición Adicional porque de su interpretación y alcance depende el que se consiga el arreglo foral y se solucione el problema histórico que la Adicional persigue. ¿Cómo debe interpretarse el límite constitucional de la unidad? Se trata de una cuestión importante y decisiva, no en balde la dificultad de encontrar una solución ha retrasado el arreglo del llamado problema vasco hasta los tiempos actuales.

Cuando la doctrina analiza el modelo de Estado inaugurado por la Constitución de 1978, aplica las más variadas calificaciones: regional, autonómico, abierto, unitario, federalizante, etc.[57]. Pero por encima de todo debe destacarse el art. 1º de la Constitución: *"La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado"*. El principio de unidad del artículo 2º debe interpretarse desde el artículo 1º: una soberanía, un Estado, un único poder constituyente. Sin necesidad de analizar el artículo 2º que habla de la indisoluble unidad de la nación española, el artículo 1º es suficiente para calificar al Estado de unitario, no tanto por la distribución territorial o autonómica del poder que pueda establecer *"a posteriori"*, cuanto por no admaitir *"a priori"* más que un solo sujeto constituyente.

Ahora bien, de un único sujeto constituyente puede derivarse un Estado férreamente unitario y centralizado o un Estado abierto, federalizante, regional o autonómico ya que el principio de unidad admite diversas graduaciones e intensidades pudiendo ir desde la nuda unidad a la más completa y absoluta unidad. Aplicando al principio político, *mutatis mutandi*, la técnica jurídica del Derecho privado que permite distinguir el poder de las facultades que integran el derecho subjetivo, nos encontramos con que tan propietario sería el nudo propietario que se ha desprendido de todas las facultades inherentes a su derecho pero que retiene el poder de disposición, como el propietario

[57] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El reparto competencial en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Tecnos. Madrid, 1988, pág. 18, nota nº 2.

que mantiene junto al poder nuclear el resto de las facultades[574]. Tan unitario es un Estado que distribuye todos los poderes, pero retiene el poder constituyente, como el que mantiene infraccionados todos sus poderes políticos y el propio régimen administrativo.

¿De qué tipo de unidad estamos aquí hablando?

Obviamente el artículo 2º de la CE establece un modelo basado en los principios de unidad y de autonomía, aunque tanto la doctrina dominante[575], como el Tribunal Constitucional tienen buen cuidado en resaltar que la unidad es un principio superior y que la autonomía sólo se entiende desde la unidad. Dejando al margen algunos comentarios y matices sobre este asunto, estos autores tratan de explicar un modelo general de Estado y establecer las relaciones entre unidad y autonomía en general.

No obstante cabe plantear que si la Disposición Adicional 1ª trata de solucionar un problema particular, y conseguir el arreglo foral histórico y con él la integración del País Vasco en el Estado, cuestión, que se quiera o no, radica en la convivencia de unidad y autogobierno desde el siglo XIX, tan importante como el alcance de los derechos históricos es el del principio de unidad. Y así como en la citada disposición cabe hallar un contenido de autogobierno que no se corresponde ni se reconduce a la autonomía del Título VIII, también en ella cabe encontrar criterios para interpretar el alcance del principio de unidad en clave específica y no en términos generales.

Se ha dicho, y nos parece un acierto de T.R. FERNÁNDEZ, que la Disposición Adicional Primera debe interpretarse conjuntamente con la Disposición Derogatoria, 2ª que deroga *"en cuanto pudieran conservar alguna vigencia"* las leyes de 25 de octubre

[574] DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones... ob. cit.*, Tomo I, pág. 418.

[575] Así GARCÍA ENTERRÍA, MUÑOZ MACHADO y T.R. FERNÁNDEZ.

de 1839 y de 22 de julio de 1876. La primera asume una historia de contenidos positivos, la segunda deroga con efectos no *"ex tunc"*, sino *"ex nunc"* y *"pro futuro"* la historia negativa, la que impidió la convivencia de unidad y Fueros. Como quedó claro en el debate constituyente[376], la historia no puede derogarse, lo que sí puede derogarse o prohibirse por la Constitución es la reiteración de determinadas interpretaciones que llevaron al fracaso y generaron un déficit de integración estatal histórica.

En el estudio histórico del período 1839-1876 hemos procurado demostrar que las causas del fracaso histórico pueden hallarse en el inmovilismo foral del carlismo, pero, sobre todo, en la expansión del contenido del principio de unidad que comienza siendo de mínimos según los promotores de la ley de 1839, y acaba sofocando toda posibilidad de subsistencia de autogobierno o de simples especialidades administrativas por ampliar su alcance y traspasar la barrera de lo político a lo administrativo. Esta es la concepción de la unidad que, al menos para el País Vasco, queda proscrita y derogada por la Disposición Derogatoria que comentamos y que nos induce a pensar que para la solución del específico problema vasco y el reconocimiento del hecho diferencial introduce una flexibilidad mayor que la que pueda deducirse de un análisis general del principio de unidad del artículo 2º.

En otras palabras, cabe deducir de lo expuesto que el constituyente repudia los excesos y la interpretación extensiva del principio de unidad, reduciendo su alcance en el caso vasco, a los límites imprescindibles para hacer posible la actualización de los derechos históricos. En este sentido, tiene razón HERRERO DE MIÑON[377] cuando entiende por marco constitucional los principios sustanciales que concreta en términos muy parecidos a la interpretación histórica de ARRAZOLA: *"La Corona indivisible, la común representación en Cortes, y la unidad de la Administración de Justicia, los*

[376] FRAGA IRIBARNE, M. en *Constitución española. Trabajos parlamentarios... ob. cit.*, Tomo II, pág. 4587.

[377] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 89.

derechos fundamentales y la propia identificación foral". En resumen, si la finalidad de la Disposición Adicional 1ª es la integración estatal, cualquier exageración de la unidad nos devuelve a la experiencia histórica y pone en peligro la finalidad integradora, lo que además resulta prohibido por la Derogatoria 2ª.

De ahí, que la *"integración-solución"* imponga una reconsideración sobre el alcance del principio de unidad, no con carácter general a nivel de Estado, sino a efectos del Pueblo vasco en razón al hecho diferencial para el cual se dictan normas también diferenciales como son la Disposición Adicional y la Derogatoria.

Según esta tesis, el artículo 2º de la Constitución se prestaría a dos interpretaciones. Una general, de la que deben deducirse consecuencias para la relación de los principios de unidad y autonomía probablemente en el sentido expuesto por GARCIA DE ENTERRIA, MUÑOZ MACHADO, y otros. En este contexto cobraría sentido el carácter de la unidad como principio superior, necesario, etc., de forma que los enfrentamientos entre ambos principios se saldan a favor de la unidad[578], especialmente en conflictos competenciales.

Pero existe otra interpretación conjunta del artículo 2º, la Disposición Adicional 1ª y Derogatoria 2ª, específica para la solución del contencioso vasco, en la que los principios de UNIDAD y AUTONOMIA-DERECHOS HISTORICOS, sirven al VALOR INTEGRACION y por ello las consecuencias de los enfrentamientos, incluso competenciales, no deben resolverse por criterios de jerarquía entre principios, sino con la flexibilidad que requiere el finalismo insito en el valor superior de INTEGRACION, que obligará en más de una ocasión a optar por la autonomía o el derecho histórico, en tanto de ello no resulte afectada la unidad sustancial. A nivel de Estado los conflictos entre unidad y autonomía hallan solución por vía jerárquica. En el caso vasco, la

[578] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Estudios sobre autonomías... ob. cit.*, págs. 137 y ss.

solución debe buscase por sumisión de ambos principios al valor superior de integración.

La aplicación de este principio a los conflictos competenciales es de extraordinario interés, y tendremos oportunidad de insistir en él al comentar las competencias del art. 149.1 de la Constitución. Pero, no obstante, puede adelantarse que cuando el Estado se reserva para sí competencias exclusivas seguidas del *"sin perjuicio"* y permite que el Estatuto vasco asuma también la materia como competencia exclusiva, la resolución del conflicto no debe venir prejuzgada como propone GARCIA DE ENTERRIA, por la prevalencia del principio de unidad que inspira a las competencias estatales del 149.1[579], sino por la flexibilidad exteriorizada en el *"sin perjuicio"* y por la propia importancia política o esencial de la materia en cuanto represente o no a un principio de unidad sustancial, y nunca por puros criterios administrativos, sino supeditada al valor integración.

6.1.3. La actualización de los derechos históricos en el marco de los Estatutos

Los Estatutos, en plural, ya que se refieren también a Navarra, son los encargados de la actualización general de los derechos históricos. La Constitución garantiza, pero no actualiza y marca los límites a la actualización.

Los Estatutos, por su parte, no pueden actualizar más allá de lo que la Constitución les permite. El límite principal viene dado por el principio de Unidad que hemos calificado *"de mínimos"*. Este límite nos coloca en una situación muy próxima al modelo de 1839 en el que ya advertimos que quedaba sacrificada la idea del pacto como forma de integración estatal, aunque pudiese subsistir a otros efectos como actualización pactada o contenidos de autogobierno pactados. El Estatuto vasco o el Amejoramiento

[579] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *ob. cit.*, pág. 139.

del Fuero navarro pueden adoptar forma de pacto[580], pero sólo respecto a la actualización del autogobierno no en cuanto a la forma de integración en el Estado. Esta viene ya predefinida por el principio de unidad.

El Estatuto sólo está facultado por la Constitución para actualizar lo que hemos denominado Foralidad material: competencias, instituciones, sujetos titulares de los derechos históricos, es decir, autogobierno político, administrativo y fiscal, sin perjuicio de que dicha actualización pueda revestir forma de pacto, como ocurre claramente con la Ley del Concierto Económico o el Amejoramiento navarro.

No es propósito de esta tesis entrar en la problemática puntual de la actualización material e institucional del Régimen Foral a lo que se han dedicado obras muy importantes de autores de prestigio reconocido[581], sobre la titularidad, alcance y naturaleza jurídica de los derechos y de los Territorios Históricos. Resultaría enormemente grato y atractivo entrar en el detalle de la novación objetiva y subjetiva foral[582], sobre la actualización general de los Estatutos, o la puntual realizada por la Ley de Territorios Históricos, sobre la articulación institucional interna, que dio lugar una de las mayores crisis políticas de la Autonomía vasca, sobre el papel de las Diputaciones Forales y el Gobierno vasco, etc., pero el objetivo de este trabajo discurre por otro camino.

El objetivo es demostrar que, como consecuencia del límite constitucional, los Estatutos sólo pudieron actualizar una parte del contenido material de los derechos históricos. Que el concepto de derecho histórico actualizado es parcial, por importante y pactado que resulte, como consecuencia del límite impuesto por la soberanía del poder

[580] LOPERENA, D.: *Aproximación al Régimen Foral navarro*. IVAP. Oñati, 1984, pág. 204. Texto del Preámbulo de la LORARFNA.

[581] Así, T.R. FERNANDEZ, HERRERO DE MIÑON, P. LUCAS VERDU y otros.

[582] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, págs. 66 y ss y 73 y ss.

constituyente, que define unilateralmente la forma de integración, sin dar entrada en ella al pacto como fórmula foral de integración voluntaria.

Sabemos que con esta afirmación nos enfrentamos a la tesis de HERRERO DE MIÑON que entiende que el pacto no sólo estuvo presente en los Estatutos vasco y navarro, sino que su carácter sinalagmático invadió el consenso constitucional. En efecto su tesis es atractiva y sugerente y se basa en razonadas justificaciones que me permito reproducir:

> *"Afirmar que la negociación política es causa eficiente pero no formal de la Constitución que es obra de la voluntad soberana unilateral e incondicionada del legislador estatal, significa olvidar que el legislador no es sino la diagonal resultante de los intereses en lucha, de un equilibrio que viene representado por el texto constitucional".*[581]

Este pacto constitucional es, en terminología de Schmitt, un *"pacto de status"*, no *"un convenio de voluntades enfrentadas por intereses contrapuestos"*, sino un pacto o convención de unión, *"que da lugar a una situación objetiva nueva, a un status caracterizado por interés comunes y coincidentes"*[582]. *"Introducir la noción del pacto plantea el problema del poder constituyente que es unitario, incondicional y soberano"*[583], pero *"la finalidad de la Disposición Derogatoria 2ª no era otra que eliminar el mayor obstáculo formal a un proceso de integración voluntaria"*[586], por tanto *"¿cómo interpretar el poder constituyente como una voluntad unitaria e incondicionada? Cómo es posible que a la vez que se reconoce la pluralidad y diversidad de actores constituyentes: la Corona, los partidos políticos, los sindicatos, las fuerzas económicas, del Ejército, la Iglesia, los nacionalismos y autonomismos varios que articularon la volun-*

[583] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 107.

[584] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, págs. 112 y 113.

[585] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 114.

[586] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 119.

tad constituyente, se pretenda tomar al pie de la letra el preámbulo de la Constitución y suponer que la nación española en uso de su soberanía es capaz de proclamar una voluntad unilateral e incondicionada?"[507] Prosigue este autor:

Sólo en la letra existió un poder constituyente único y soberano *"la realidad obliga a reconocer que la supuesta voluntad constituyente no existe políticamente y en consecuencia no puede tener relieve político alguno. El pacto constitucional requiere al menos dos sujetos preexistentes y subsistentes, y ello no se reduce al caso federal sino que está en la base de cualquier Constitución que pretenda ser la integración de la voluntad de todos"*[508].

Esta versión posee el acierto de subrayar algo que hemos repetido varias veces en estas páginas, que la esencia de la Foralidad no se reduce a un *"quantum"* de autogobierno, sino, y muy esencialmente, a una forma de integración propia y específica en el marco estatal y por tanto que la idea de derechos históricos contempla ambas vertientes. Tiene también el mérito de extender la novación del pacto foral no sólo al ámbito estatutario, sino al constituyente, en cuya virtud entiende operada la integración voluntaria del País Vasco en el Estado, no por imposición unilateral sino por pacto de convención, en términos muy semejantes a la Ley de 1839.

Pero a pesar de todo, entiendo que la evolución del movimiento foral a partir de 1876, al menos desde una visión intransigente y posteriormente nacionalista, ya no se conformó con el modelo de 1839, quedando tal pretensión alojada en los contenidos materiales del concepto de Derecho histórico en el sentido de recuperar una forma de integración estatal, vía pacto, que resultó fracasada en el debate constitucional.

[507] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 119.

[508] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 120.

Precisamente por ello surge la Disposición Adicional única del Estatuto que, de seguir la tesis de HERRERO DE MIÑON, carecería de todo sentido y cuya falta de tratamiento constituye una laguna en su extraordinario trabajo. La única explicación de la Disposición Adicional del Estatuto, consiste no tanto en erigirse en norma de apertura para futuras ampliaciones materiales de competencias, que también, cuanto en exteriorizar un déficit o una insuficiencia en la actualización del derecho histórico respecto a la forma de integración estatal.

En efecto, el Estatuto desarrolla la función actualizadora de los derechos históricos y la prolonga a través de la ley del Concierto Económico y de Territorios Históricos, en los aspectos de reconocimiento de personalidad político-administrativa y capacidad de autoorganización institucional (art. 2º y 3º), en materia de competencias (arts. 10, 37 y 39), en el capítulo de Poderes del País Vasco (art. 24, 2) y en materia hacendística y fiscal (arts. 41 y 42). Es decir, en todo cuanto se refiere al área institucional y de autogobierno, de reparto de funciones y competencias entre instituciones privativas y comunes de la Comunidad Autónoma, la llamada articulación o institucionalización interna.

En cambio no contiene ninguna previsión específica sobre actualización de Derechos Históricos en el campo de articulación externa, salvo la Disposición Adicional única que establece que:

> "*La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico*".

Esta disposición se presta a muy diversas interpretaciones. Destaca en comparación con la Disposición constitucional, el cambio de titularidad de los derechos hisóricos que ahora se atribuyen no a los territorios históricos, sino al Pueblo Vasco. Destaca, también, la legalización de la reserva de los derechos históricos que queda incorporada

al texto legal, reserva que aunque puede hacer referencia a competencias materiales no actualizadas, fundamentalmente queda referida a los títulos históricos cuya actualización no es posible en el actual marco constitucional pero que queda abierta a lo que en su momento "*establezca el Ordenamiento Jurídico*".

La constitucionalidad de esta Disposición estatutaria sólo es posible admitiendo que la Disposición adicional de la Constitución garantiza, ampara y respeta el contenido íntegro de los derechos históricos, aunque sólo permita una actualización material institucional, quedando la referente a títulos y forma de integración estatal pendiente de lo que en su día establezca el Ordenamiento Jurídico, sin excluir una hipotética reforma constitucional.

Como conclusión del análisis precedente sobre los Derechos Históricos en la Constitución de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979, se propone una interpretación coherente y sistemática de las Disposiciones Adicional 1ª, Derogatoria 2ª, Artículo 2º y 149, 1 de la Constitución y de la Disposición Adicional Unica del Estatuto de Autonomía, en coherencia a su vez con el concepto histórico y político de los derechos históricos que paso a resumir:

1. El concepto de derecho histórico, viene a sustituir apartir de 1917 al de reintegración foral, concepto que a su vez, con algunas variantes de interpretación política, pretende explicar la reivindicación histórica iniciada a partir de 1876 para la recuperación de un contenido material de autogobierno competencial y organizativo-institucional, de carácter originario no concesional, y una peculiar forma de articulación e integración en el conjunto estatal.

2. En la medida en que el sistema de Estatutos únicamente permite el establecimiento, por decisión o autorización constitucional, de un régimen de autogobierno material, sin reconocimiento de títulos originarios ni peculiaridades en la integra-

ción en el Estado, el derecho histórico actúa como principio de reserva o congelación de títulos formales y en menor medida de materiales.

3. Este doble contenido material y formal del derecho histórico constituye un "*apriori material*" con sustantividad propia y como tal es acogido en el párrafo primero de la Disposición Adicional Primera de la Constitución de 1978 que ampara y respeta tal realidad histórica en su conjunto.

4. El expediente de actualización del Régimen Foral consistente en garantizar su vigencia, ejercicio y aplicación dotándoles de efectos jurídicos, ha de efectuarse por medio de los Estatutos y respetando el marco constitucional de acuerdo con el párrafo 2º de la Disposición Adicional.

   Este marco como mínimo requiere la aceptación del principio de unidad política expresado en los artículos 1º y 2º de la Constitución, principio que procede de una decisión unilateral del Poder Constituyente, sin participación de otros sujetos y que, por tanto, predetermina e impone una determinada forma de articulación estatal o de integración del País Vasco en el conjunto estatal. El límite constitucional afecta, por tanto a una de los contenidos esenciales del concepto de derecho histórico que es la forma de articulación en el Estado, que quedará reconocida como derecho pero sin eficacia jurídica de presente.

5. No obstante lo anterior, la Constitución no renuncia a obtener su propósito integrador para lo cual y con carácter específico dispone la derogación de las leyes de 1839 y 1876 en Alava, Bizkaia y Gipuzkoa, al objeto de llegar a un acuerdo o arreglo foral semejante al modelo propuesto en 1839 basado en una unidad política esencial o mínima y derogando la praxis expansionista del principio de unidad que llevó al fracaso abolitorio en 1876.

6. En cuanto que con tal Disposición Derogatoria se pretende dar una solución a

un problema específico que forma parte del hecho diferencial vasco, el artículo 2º de la Constitución que impone la primacia de la unidad sobre la autonomía, debe ser interpretado y matizado en conexión con el mandato de la Disposición Derogatoria.

7. Constituyendo el problema vasco, esencialmente un problema de integración o de forma de estar en el Estado, la solución específica, como mínimo, impone una flexibilización del principio de unidad, una relativización de su posición jerárquica en aquellas materias que no afecten a un contenido esencial, de manera que a la confrontación unidad y autonomía, suceda la sumisión de ambas al valor INTEGRACION que permite formular la regla "*in dubio pro autonomia*".

8. La precedente consideración encaja con la denominada apertura constitucional[589], con el modelo "*abierto*" de Estado[590] y se traduce en una mayor generosidad en la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Vasca, y sobre todo en la solución de los conflictos que se generen en cuanto al alcance y calificación de las competencias exclusivas del art.149.1 de la Constitución y art.10 del Estatuto, especialmente de las que, por ir acompañadas del "*sin perjuicio*", no representan contenidos esenciales de la unidad política y deben permitir un mayor juego o flexibilidad.

   Desde esta perspectiva aunque no se satisface plenamente la reinvidicación histórica respecto a la forma de articulación estatal, se dota a la Disposición Derogatoria 2ª de un auténtico significado integrador favoreciendo indudable-

[589] LUCAS VERDÚ, P.: *La Constitución abierta y sus enemigos*. Universidad Complutense. Madrid, 1993, pág. 57.

[590] LOGENDIO IRURE, "El modelo autonómico de la Constitución de 1978". En *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía*. IVAP, 1983, pág. 24.

mente el proceso de articulación práctica. Según la teoría de SMEND, el proceso de integración constitucional puede compensar, en la práctica, el déficit inicial.

9. El Estatuto de Autonomía cumple la función actualizadora dentro de los límites que le marca la Constitución, esto es en materia de sujetos titulares de los derechos, en contenidos materiales y competencias y en la articulación interna de las relaciones entre las instituciones privativas de los territorios históricos y las comunes de la Comunidad Autónoma. Ahora bien, en la medida en que tal actualización resulta limitada por el principio de unidad como forma de articulación con el Estado y tal decisión, incluso con contenido restrictivo y no expansivo, ha sido adoptada sin participación del Pueblo Vasco por un Poder Constituyente que se declara único y soberano, la Disposición Adicional única del Estatuto opera como reserva formal de títulos históricos en todos aquellos contenidos que el actual ordenamiento jurídico no permite actualizar. Y paradójicamente tal reserva de derechos históricos resulta no solamente legalizada, sino plenamente constitucional como consecuencia del amparo y respeto que otorga la Disposición Adicional Primera a la realidad constitutiva de tales derechos históricos en su integridad.

Como anteriormente he indicado, el concepto jurídico de Derecho Histórico puede resultar más pobre que la realidad que le precede, lo que no cabe es la construcción de un concepto jurídico-positivo de derechos históricos a espaldas o contrario a dicha realidad.

La interpretación precedente pretende ser una construcción coherente del concepto jurídico de *"derechos históricos"*, combinando su *"realidad material"*, con las exigencias interpretativas que se deducen del conjunto normativo integrado por la la Adicional 1ª, párrafos 1º y 2º, de la Disposición Derogatoria 2ª, de los artículos 1º, 2º y 149 de la Constitución, y la Disposición Adicional Única del Estatuto de Autonomía.

6.2. Los Derechos Históricos en la Doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La posición expuesta sobre los Derechos Históricos es producto del extenso análisis de la Foralidad histórica efectuado en páginas anteriores. Este estudio parecía necesario para evitar construir conceptos y especular sobre el vacío, porque si ya de por sí el objeto de los derechos históricos es difuso y por tanto se corre el riesgo de trabajar sobre elementos dudosos, más arriesgado es construir teorías o elaborar conceptos jurídicos sobre la nada so pretexto de que la Historia y la Foralidad son imprecisas.

En este sentido mi opción se inscribe en la línea del realismo filosófico y jurídico. Todo concepto se elabora a partir de la experiencia real y consiste en una abstracción de la misma. Esta posición no es historicista sino de realismo histórico, ya que no pretende el sometimiento de la norma a la realidad histórica por principio, sino sólo en el caso en que la norma, en este caso constitucional, asuma y se deje penetrar por la historicidad. Incluso en este supuesto, como hemos visto, tampoco se somete plenamente la norma constitucional a la realidad histórica, ya que no otorga plenos efectos jurídicos a la realidad histórica preexistente.

El estudio de la Foralidad me ha permitido aventurar una hipótesis sobre su esencia material y formal y sobre su asentamiento institucional interno y externo, sobre su evolución y crisis y sobre el proceso de nueva institucialización abierto en 1876, proceso que, con el paréntesis franquista, se cierra con la Constitución y el Estatuto de Autonomía. El análisis histórico de las causas del fracaso del arreglo foral de 1839, permite interpretar la Disposición Derogarotia 2ª y sacar conclusiones válidas para el actual proceso.

Todo ello hubiera sido imposible sin el estudio de la realidad preexistente a la Constitución, estudio al que me he dedicado con mayor o menor intensidad investigado-

ra y docente desde 1973. Frutos aislados de esta dedicación son algunos trabajos publicados en 1977 "*El Derecho de Vizcaya en su Historia*", "*El Proceso institucional vasco*" en 1985, y otros dedicados al Derecho Foral privado. Este conocimiento histórico y foral me ha permitido plantear una interpretación de los Derechos históricos en la que, creo, se complementan Derecho y realidad sin forzar ni sacrificar el uno por la otra, sin dicotomías falsas, ni prejuicios metodológicos de especialidad científica.

6.2.1. Los Derechos históricos en la Doctrina

En este análisis me han ayudado las aportaciones doctrinales que siquiera ligeramente quiero destacar, tanto cuando eran coincidentes y reforzaban mi punto de vista, como cuando eran opuestas obligándome a reflexionar:

• P. LUCAS VERDÚ trata del tema en varios escritos[591]. A él se deben las primeras y más importantes aportaciones en esta materia, introduciendo el principio de penetración de la historicidad en la Constitución, una de cuyas manifestaciones, no la única, es la Disposición Adicional Primera[592]. A él se debe también la idea de Constitución sustancial integrada por la Corona, el pluralismo político social, las realidades culturales e institucionales tradicionales, valores y realidades primigenias y genéticas, incluida la de derechos históricos[593], la superación de la oposición Constitución racional e histórica, o de historicismo y positivismo en contra de lo que opina BARTOLOME CLAVERO[594], la superación del neopositivismo en la Constitución española por la recepción y apertura a valores y realidades preexistentes que se reconocen y tutelan en

[591] LUCAS VERDÚ, P.: *Penetración de la historicidad... ob. cit.*, *Positivismo e historicismo... ob. cit.* y *Los Derechos históricos como Constitución sustancial del Pueblo Vasco*. IVAP, Oñati, 1988.

[592] LUCAS VERDÚ, P.: *Penetración... ob. cit.*, pág. 27.

[593] LUCAS VERDÚ, P.: *ob. cit.*, págs. 35 y 36.

[594] LUCAS VERDÚ, P.: *ob. cit.*, págs. 29-31.

cuanto tales[595]. Otras aportaciones importantes son las relativas a la consideración institucional de los derechos históricos[596], el carácter Adicional de la Disposición como engarce de lo originario y preexistente con el ordenamiento constitucional con retención de la "*naturaleza antigua*" de los derechos[597] o la conceptualización de los derechos históricos como elementos sustanciales del ordenamiento jurídico vasco y el carácter preconstitucional y originario de los Fueros[598].

• Otro autor importante, que ha influido notablemente en el desarrollo del estudio de los derechos históricos, es TOMAS RAMON FERNANDEZ[599]. Es imposible en esta corta reseña reproducir extensamente su pensamiento, no obstante nos permitimos formular algunas observaciones. Los apoyos históricos de su teoría nos parecen insuficientes. Elige para demostrar su tesis de que la esencia de la Foralidad es el cambio y la evolución, la época de la crisis foral del XIX[600]. Suscribe que no hubo abolición foral, sino acomodación a partir de 1876, en base a un vacío art.4º cuyo comentario ya hicimos en su momento[601], lo que le permite seguir la evolución de la foralidad, que entiende subsistente hasta 1978, en base al Régimen de Conciertos de Alava y Navarra, identificando derechos históricos y Régimen Foral con el Régimen económico-administrativo de los Conciertos[602]. En el análisis histórico ya hemos justifi-

---

[595] LUCAS VERDÚ, P.: *ob. cit.*, pág. 36.

[596] LUCAS VERDÚ, P.: *Los Derechos históricos... ob. cit.*, pág. 296.

[597] LUCAS VERDÚ, P.: *ob. cit.*, pág. 296.

[598] LUCAS VERDÚ, P.: *ob. cit.*, págs. 301-302.

[599] T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: entre sus obras: "Los Derechos Históricos y la Ley de Régimen Local", (1985). "Los Derechos Históricos de los Territorios Forales", 1985. "El Concepto de Foralidad en la Constitución de 1978", 1988.

[600] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T R.: *Los Derechos históricos... ob. cit.*, págs. 45-64.

[601] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, págs. 65 y ss.

[602] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, págs. 70-77.

cado nuestra radical oposición con estas afirmaciones.

Tampoco coincidimos con su visión de ruptura entre realidad, historia y derecho, pretendiendo un análisis del concepto de derechos históricos en términos estrictamente jurídico-positivos a espaldas de la realidad histórica [603]. Nos parece, en cambio, un gran acierto, y me he servido de él, la interpretación de la Disposición Derogatoria 2ª en cuanto derogación con efectos "*ex nunc*" y "*pro futuro*" de la historia negativa como base del nuevo arreglo foral que pretende la Constitución[604].

No podemos opinar lo mismo sobre lo que denomina "*imagen de la foralidad*" como objeto de la "*garantía institucional*" que presta a la Foralidad la Constitución. La imagen o esqueleto del Régimen Foral integrado por un "*quantum competencial*", una determinada organización foral y un esquema de relaciones con las demás organizaciones con las que linda por arriba y por abajo[605], aparentemente reproduce la esencia de la foralidad, pero a la hora de desarrollar "*la articulación estatal*" punto neurálgico de la foralidad, se desvanece y queda sin contenido[606], desarrollando únicamente y en base a una anecdótica Orden Ministerial de 1853 las relaciones entre Diputación y Municipios[607], o la llamada articulación institucional interna. Es decir, no trata ni considera la llamada Foralidad formal, probablemente porque la auténtica preocupación de la investigación parte de la situación conflictual de Gobierno Vasco y Diputaciones en el período 1984-85, que junto con la Ley de Régimen Local, motivó el encargo de un

[603] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 20.

[604] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, págs. 79-83.

[605] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, págs. 95-97.

[606] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 97.

[607] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 98.

Dictamen por la Diputación Foral de Vizcaya, base del desarrollo ulterior de su tesis[608], documento que obra en los Archivos del Gobierno Vasco y al que tuve acceso por mi condición de Consejero de Presidencia en aquella época. La preocupación de su trabajo se orienta a la distribución competencial interna entre Gobierno y Diputaciones o Territorios Históricos.

En cuanto a la calificación jurídica de esta "*imagen de la Foralidad*" como "*garantía institucional*", ha sido contestada por P. LUCAS VERDU, LOGENDIO IRURE y HERRERO DE MIÑON, entre otros. Según C. SCHMITT, creador de esta categoría jurídica, la garantía institucional protege a la institución concreta dotándola de protección frente a las leyes ordinarias, no frente a una hipotética reforma constitucional. Según HERRERO DE MIÑON[609], los derechos históricos no pueden ser afectados por la revisión constitucional porque no traen de ella su existencia. La Disposición Adicional 1ª no es una ley de la Constitución, como las restantes, sino la expresión de un pacto fundamental, de una opción política, por lo que "*ni jurídica ni políticamente interesa concebirla como una garantía institucional, ya que es preciso garantizar los Derechos Históricos frente a todo intento de reducirlos a una ley de la Constitución, susceptible de ser modificada e incluso suprimida*"[610]. Los derechos históricos forman parte de la Constitución sustancial. No existiría reparo en admitir que los derechos históricos representan una categoría institucional, son una institución[611], si no fuera por la escasa protección que les otorga la categoría jurídica de garantía institucional frente a reformas constitucionales, cuando en el caso navarro, por ejemplo, la LORARFNA, establece en su artículo 71º, "*Dada la naturaleza jurídica del régimen foral, el amejora-*

[608] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: "Concepto de Foralidad en la Constitución de 1978". En *Los Derechos históricos vascos*, IVAP, Oñati, 1988, pág. 283.

[609] HERRERO DE MIÑON, M.: *La idea de los Derechos... ob. cit.*, págs. 80-81

[610] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 81.

[611] LUCAS VERDÚ, P.: *Los derechos históricos... ob. cit.*, pág. 296.

miento al que se refiere la precedente Ley Orgánica es <u>inmodificable unilateralmente</u>".

• BARTOLOMÉ CLAVERO efectúa un primer acercamiento al tema de los Derechos históricos con su trabajo "*Principio de salvedad constitucional del Derecho Histórico Vasco*", en el marco de las Jornadas de Actualización del Derecho Civil Vasco celebradas en San Sebastián en 1982. Ante el laconismo constitucional sobre el contenido de los derechos históricos, la diversidad de interpretaciones históricas sobre el objeto, y la desconfianza que le inspira encomendar tal labor a los intérpretes de la Constitución o recurrir al pensamiento foralista, concluye que deben ser los Estatutos quienes asuman la tarea de sustantivizar el concepto. Pero habiéndose aprobado los Estatutos sin completar tal encargo constitucional, por efecto de la Disposición Adicional única y a falta de contenidos más precisos, la única calificación que corresponde a los derechos históricos es la de constituir una "*excepción*" constitucional[612].

En una obra posterior, "*Fueros Vascos: Historia en tiempo de Constitución*", efectúa un estudio interesante sobre las relaciones Fueros-Constitución, llegando a la conclusión de que, a pesar de los pronunciamientos constitucionales sobre el Estado unitario, éste nunca se hizo realidad en el caso vasco, debido a la resistencia y oposición del País Vasco y dando lugar a una resignación estatal que permitió de hecho un "*federalismo vergonzante*", nunca declarado pero real[613].

La subsistencia de este federalismo encubierto a lo largo de la historia, llega hasta la Constitución de 1978 cuya disposición Adicional representa una "*cuña federalizante*" en un Estado unitario[614]. Esta idea refleja una concepción formal del derecho histórico próxima al planteamiento efectuado en páginas anteriores como forma de

[612] CLAVERO, B.: *Principio de salvedad... ob. cit.*, págs. 171-190.

[613] CLAVERO, B.: *Fueros Vascos: Historia... ob. cit.*, pág. 92.

[614] CLAVERO, B.: *ob. cit.*, pág. 98.

integración estatal voluntaria o participativa. Así escribe: "*la cuestión para que el Fuero pueda asumir sentido constitucional es de "forma política", no "de contenido". El foralismo tiende a definirse más en el terreno de las formas,..., una idea que podría decirse federal, es decir, de radicación del poder en Comunidades más cercanas que el Estado y de condicionada integración en éste, dado el caso*"[615].

Su obra contiene, en cambio, otras afirmaciones difícilmente compartibles, como la subsistencia de los Fueros después de la Abolición de 1876[616], o el carácter conservador, anticonstitucional y antiautodeterminista del Fuero frente a la Constitución, que se enfrenta al Poder constituyente con el inmovilismo histórico de sus derechos[617]. Esta última consideración, que supone un enfrentamiento entre Constitución normativa, rígida y racional, y Constitución abierta, historicista y material, encubre un prejuicio ideológico recionalista respecto a la Constitución que ya fue destacado por P. LUCAS VERDU en su trabajo: "*Historicismo y positivismo ante la conceptualización de los Derechos Históricos Vascos*"[618], y por HERRERO DE MIÑON[619].

• HERRERO DE MIÑÓN ha realizado importantes contribuciones al tema. La primera de ellas "*Los Territorios Históricos como fragmentos de Estado*", data de 1988, y actualiza la categoría de "*fragmentos de Estado*", acuñada por JELLINEK, y la aplica a los Territorios Históricos como magnitudes intensivas que poseen parte, no todos, de los elementos que integran un Estado. Poseen territorio, sin población; están dotados de una organización política de corte estatal incompleta (poseen Asamblea, ejecutivo, pero

[615] CLAVERO, B.: *ob. cit.*, pág. 93.

[616] CLAVERO, B.: *ob. cit.*, págs. 80 y ss.

[617] CLAVERO, B.: *ob. cit.*, págs. 74-80.

[618] LUCAS VERDÚ, P.: *ob. cit.*, págs. 271-273.

[619] HERRERO DE MIÑON, M.: *La idea de los derechos... ob. cit.*, pág.35.

no Poder Judicial) y ejercen potestades, algunas, de naturaleza estatal[620]. Estos territorios ni son Provincias, ni son Estado, son fragmentos de Estado. Se yuxtaponen como "*anexa pars*" al Estado, y su integración en él, se produce como consecuencia de una decisión, o de un pacto, sin despersonalizarse como magnitud histórica infungible[621]. La forma de integración en el Estado, contenido esencial de los derechos históricos, se deriva de su configuración de "*pars anexa*, "*juxtapuesta*", "*no integrante del territorio del Estado*" al que no pertenece como "*provincia*", y que por tanto exige una forma peculiar de integración, no unilateral sino por convenio. Destaca igualmente el carácter intenso-formal, no extenso-competencial, de los derechos históricos[622].

Anteriormente hemos definido la esencia de la Foralidad y de los derechos históricos como una forma de ser (personalidad, poderes, competencias y organización) y una forma de estar o de integración estatal. HERRERO DE MIÑON habla de un SER y de un HABER, de una identidad de la que se deriva un complejo competencial[623], a lo que nos permitimos añadir un ESTAR, que él da por hecho como forma de yuxtaposición estatal de los fragmentos de Estado, y que nosotros traducimos como forma de integración. La Foralidad y los derechos históricos en esencia son un SER, un HABER y un ESTAR.

De su obra más reciente[624] nos permitimos destacar la objetividad material de la realidad preconstitucional de los derechos históricos; la mediación de Historia y Derecho, o Constitución-Fueros, cuyo precedente se encuentra en la mediación entre

---

[620] HERRERO DE MIÑON, M.: "Territorios Históricos como Fragmentos de Estado". En *Los Derechos históricos vascos*. IVAP. Oñati, 1988, pág. 274.

[621] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 274.

[622] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 273.

[623] HERRERO DE MIÑON, M.: *La idea de los Derechos... ob. cit.*, pág. 57.

[624] HERRERO DE MIÑON, M.: *Idea de los Derechos Historicos*, 1991.

Código y Fuero Civil[625], el origen de la categoría jurídica de los Derechos Históricos a través de las fuentes históricas vascas y de la llamada Constitución tradicional o histórica, así como del significado que cobró en la Centroeuropa decimonónica de Hungría, Siberia o Bohemia como "*comunidades histórico-políticas*", como hecho existencial de relieve jurídico en el campo de la personalidad más que en el de la titularidad competencial[626]; personalidad (ser) que se traduce en autonomía (haber) y en integración (estar)[627] en un conjunto global. Sin olvidar, dentro del campo conceptual de los derechos históricos en que nos movemos, su configuración como "*a priori*" material de la Constitución[628], su no creación conceptual por ésta[629], su condición de categoría formal esencial como hecho diferencial, su configuración como parte de la Constitución sustancial, o la propia interpretación del marco Constitucional, como límite esencial en términos de unidad política de mínimos en conexión con el carácter integrador de la Adicional 1ª y de la Derogatoria 2ª de la Carta Magna[630].

En este rápido recorrido por la Doctrina sobre los Derechos Históricos no podemos dejar de mencionar autores más próximos en el espacio y en la relación personal. Como MONREAL, CELAYA, CASTELLS, J. PORRES y CORCUERA.

- G. MONREAL[631], a pesar de aceptar las carencias historiográficas sobre el Régimen Foral, y de admitir la indeterminación parcial de su contenido, considera

[625] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 35.

[626] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, págs. 55-57.

[627] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 54.

[628] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 76.

[629] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 78.

[630] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, págs. 76-78 y 82-89.

[631] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, págs. 50-51.

imprescindible un acercamiento a la historia de la Foralidad para no construir conceptos sobre el vacío[632]. Paralelamente plantea la necesidad de la superación del marco foral, la actualización de sus contenidos en una dirección superadora de los ámbitos territoriales tradicionales, ya apuntada por la comunidad natural vasca mediante la conversión de la autonomía foral en nacional[633]. Pero ante la realidad de la Disposición Adicional Primera, su aportación esencial consiste en un acercamiento, de la mano de la Historia, a las notas y contenidos esenciales de la Foralidad histórica. A través de ellos, y evitando, como escrupuloso investigador, lanzar afirmaciones no contrastadas, rehuye hablar de la esencia foral, pero aporta una descripción de sus notas esenciales en una doble perspectiva: desde el marco estatal[634] y desde el ángulo interno[635]. En el primero, analiza las relaciones institucionales con la Corona-Estado, ya que al tratarse de *"formaciones políticas secundarias"* debe considerarse lo referente a la forma y delimitación externa, a la articulación en la totalidad de la configuración estatal[636]. En el segundo, analiza la entidad de la Foralidad, la ideología pactista y la descripción de sus principales instituciones[637]. En definitiva distingue, sin decirlo expresamente, el contenido formal y el material de la Foralidad, el ser y el estar.

• J.M. CASTELLS ARTETXE[638] orienta su trabajo esencialmente a la vertiente práctica, a la materialización positiva de las virtualidades del concepto de derecho histórico a través del desarrollo estatutario, pero no rehuye definirse sobre el contenido

[632] MONREAL CIA, G.: *ob. cit.*, pág. 50.

[633] MONREAL CIA, G.: *ob. cit.*, pág. 50.

[634] MONREAL CIA, G.: *ob. cit.*, págs. 57 y ss.

[635] MONREAL CIA, G.: *ob. cit.*, págs. 71 y ss.

[636] MONREAL CIA, G.: *ob. cit.*, pág. 70.

[637] MONREAL CIA, G.: *ob. cit.*, págs. 71-82.

[638] CASTELLS, J.M.: "Los Derechos históricos en el desarrollo estatutario". En *Jornadas sobre la actualización... ob. cit.*, págs. 510 y ss.

conceptual de la cláusula constitucional. Responde afirmativamente a esta doble cuestión: ¿la Disposición Adicional otorga al Estatuto vasco la especificidad propia de los Estatutos italianos de Régimen Especial? o ¿sólo se manifiesta en la elevación del techo competencial al máximo permitido por el modelo Constitucional? La Disposición Adicional permite la especificidad, la actualización de contenidos competenciales y la apertura de éstos al futuro[639].

• A. CELAYA IBARRA[640], gran conocedor de la Foralidad vasca, y gracias a cuyo magisterio y ayuda me inicié, allá por 1972-73, en el estudio de la Foralidad, presenta en su trabajo un intento superador o actualizador de la Foralidad histórica, estableciendo en sus conclusiones que el Régimen Foral es un régimen de autonomía caracterizado por un Poder legislativo compartido entre el Señor y las Juntas Generales en base a lo que hoy llamaríamos *"principio de competencia"*, por una Administración de Justicia, por Órganos del Poder ejecutivo y por un régimen fiscal propio[641].

Creo interpretar bien su pensamiento, si digo que pretende establecer una calificación jurídica del Régimen Foral en función de sus resultados externos homologables a la Autonomía y con clara intención actualizadora. De la misma forma que hoy se dice que el Régimen Autonómico puede dar lugar a un federalismo práctico o de resultados[642], se puede afirmar que el resultado homologable del autogobierno foral se asemeja al régimen autonómico, sin por ello prejuzgar los títulos originarios ni la integración foral, o la llamada Foralidad formal.

---

[639] CASTELLS, J.M.: *ob. cit.*, págs. 516-518.

[640] CELAYA IBARRA, A.: *Decadencia del Régimen... ob. cit.*

[641] CELAYA IBARRA, A.: *ob. cit.*, págs. 40-42.

[642] GARCIA DE ENTERRÍA, E.: *Estudios sobre autonomías territoriales... ob. cit.*, págs. 207 y ss.

• J. CORCUERA ATIENZA[643], en su estudio enhebra un discurso con antecedentes discutibles, desde nuestra visión particular y en lo que aspectos ideológicos e históricos se refiere, pero con conclusiones realmente interesantes.

Parte de un escepticismo o pesimismo histórico que le evita entrar en la descripción de las instituciones forales por carecer el tema de interés para fijar el alcance de la constitucionalización de los derechos históricos[644], aunque no contrapone, sino que defiende contra T.R. FERNÁNDEZ, la conjunción de método jurídico positivo e Historia[645]. Su desinterés por el contenido histórico-descriptivo se deriva de la *"permanente indeterminación de la reinvindicación foral"* y su *"instrumentalización política"* como pretexto para la solución del problema vasco por el Nacionalismo histórico y el actual, sin contraer compromisos constitucionales y conseguir sus objetivos políticos, y por entender que ideológicamente la cuestión foral representa una iarvada oposición ideológica entre conservadurismo y liberalismo-progresismo[646].

Junto a lo opinable de estas afirmaciones, introduce otras que, históricamente, no son fáciles de compartir. Como la inutilidad de la Disposición Derogatoria 2ª, ya que la Ley de 1839 no derogó nada, y la de 1876, que de haber sido derogatoria, hubiese dejado sin justificación al Régimen del Concierto Económico y sin efecto los deberes y los derechos constitucionales que tal ley extendió a los habitantes de Vizcaya, Alava y Guipúzcoa[647]. Todo ello le conduce a la afirmación de que la Disposición Adicional es la constitucionalización de un mito, de un sentimiento sin contenidos, de

[643] CORCUERA, J.: *Alcance de la Constitucionalización... ob. cit.*

[644] CORCUERA, J.: *ob. cit.*, pág. 384.

[645] CORCUERA, J.: *ob. cit.*, pág. 383.

[646] CORCUERA, J.: *ob. cit.*, págs. 385-391.

[647] CORCUERA, J.: *ob. cit.*, págs. 391-394.

una añoranza y de un pretexto[488].

Sin perjuicio de lo anterior, sus conclusiones nos parecen de un gran interés y acierto. Nos referimos en concreto a sus apreciaciones sobre los contenidos normativos de la Constitución: valores, principios y normas y sus diferentes efectos jurídicos[489]. Si los principios enuncian significados o valores, y las normas desarrollan principios, la Disposición Adicional 1ª y la Derogatoria 2ª, en cuanto que no desarrollan normativamente contenidos concretos de los derechos históricos, constituirían principios que se realizan frente a otros principios constitucionales, y cuyos significados o valores serían:

- penetración de la historicidad, valor que se realiza a través de los principios de autonomía y unidad.
- peculiaridades de la autonomía vasca, a través de los principios de igualdad y diferencia.
- articulación de relaciones entre Territorios Históricos e Instituciones de la Comunidad Autónoma vasca a través de los principios de Autonomía Comunitaria y autonomía administrativa provincial[490].

Queremos destacar fundamentalmente el razonamiento jurídico, más que los contenidos concretos. Porque encontramos una coincidencia sistemática en la jerarquización constitucional de valores, principios y normas, con nuestra anterior afirmación de que las Disposiciones Adicional y Derogatoria persiguen el valor integración, a cuyo objetivo se someten los principios de unidad y autonomía independientemente de la respectiva jerarquía relacional de cada uno de ellos y, por supuesto, de la aplicación e interpretación de los subsiguientes desarrollos normativos.

[488] CORCUERA, J.: *ob. cit.*, pág. 389.

[489] CORCUERA, J.: *ob. cit.*, págs. 394-398.

[490] CORCUERA, J.: *ob. cit.*, págs. 405-407.

• JUAN PORRES AZKONA plantea una posición sumamente interesante, y en algunos aspectos novedosa, expuesta en su Monografía sobre "*Política y Derecho. Los Derechos históricos vascos*"[651]. Resalto el alto grado de coincidencia con las tesis aquí expuestas, junto a mínimas discrepancias más de forma que de fondo. Su aportación más destacable consiste en presentar la Disposición Adicional Primera de la Constitución como el reconocimiento de la existencia en Euskadi de un conflicto histórico y político sobre la legitimación social del Estado, de un déficit de legitimación estatal, para cuya solución, la propia Constitución, habilita un procedimiento[652].

El problema vasco, como cultura de deslegitimación social del Estado, se inicia en 1839, pero cobra su auténtica dimensión a partir de 1876. Como consecuencia de la brusquedad y zafiedad de la poda foral se suscita en el País Vasco una reclamación generalizada y un sentimiento universalmente compartido ante la agresión que lleva a cuestionar la supremacía del Estado en base a los derechos forales. Esta conciencia se socializa, se transforma en derecho a la diferencia y entra a formar parte de una cultura política de deslegitimación estatal, agudizada posteriormente por el nacionalismo. La crisis política está también soportada en una crisis social campo-ciudad y en el enfrentamiento entre modernidad y tradición[653]. Este análisis coincide con el nuestro, en cuanto que las causas de la abolición foral no son sólo exógenas y políticas, sino endógenas y sociales.

La Disposición Adicional Primera recoge esta situación histórica y política y pretende ampliar la base social de aceptación del Estado mediante la recepción de la Foralidad, en todo aquello que no afecte al marco estatal sustancial, para lo que efectúa una remisión a la historia y al Estatuto. Reconoce un contenido mínimo de la Foralidad,

---

[651] PORRES AZKONA, J.: *Política y Derecho. Los Derechos históricos vascos*. HAEE/IVAP. Oñati, 1992.

[652] PORRES AZKONA, J.: *ob. cit.*, págs. 34 y 65 entre otras.

[653] PORRES AZKONA, J.: *ob. cit.*, págs. 34 a 41.

que no es sólo material o suma de competencias, sino como derecho a ocupar una determinada posición política-jurídica en el Estado, o como forma de vinculación especial con el Estado y límite a la capacidad de novación del Poder Constituyente. El Constituyente se autolimita en la función configuradora del Estado mediante una remisión al pasado (historia) y al futuro (Estatuto). En resumen la Disposición Adicional se configura como una *"lex specialis"* que reconoce una posición política diferenciada y un contenido de autonomía[454]. Estas afirmaciones son coincidentes con nuestra concepción de la Foralidad como un SER, HABER y ESTAR, y con la distinción entre Foralidad material y teórica o formal.

De la remisión constitucional a la historia, surge la necesidad de la investigación histórica para la concreción del concepto jurídico de derechos históricos. En el análisis que hace el autor de la foralidad histórica y de los derechos históricos, aparecen muchas coincidencias y alguna diferencia. La Ley de 1839, según nuestro punto de vista, en cuanto modelo de convivencia unidad-Fueros, afecta fundamentalmente a la Teoría Foral, más que a los contenidos materiales, pero constituía el precio imprescindible para la subsistencia de la Foralidad y su necesaria acomodación a las nuevas concepciones del Estado. PORRES no valora este elemento, y se limita a afirmar que este *"lex specialis"* supone la pérdida de la *"globalidad"* foral y la conversión del régimen foral en una suma de facultades competenciales, apreciación cierta pero insuficiente. En cambio nuestra coincidencia es total al analizar las diferencias entre *"la teoría"* y la *"praxis"* legal, mediante la cual lo que se concibió como una unidad política inicial se transformó en unidad administrativa absoluta[455].

Otro punto de discrepancia formal, más que de fondo, es su afirmación de que *"derechos históricos"* y *"régimen foral"* expresan contenidos y conceptos diferentes. Por

[454] PORRES AZKONA, J.: *ob. cit.*, págs. 50 a 66.

[455] PORRES AZKONA, J.: *ob. cit.*, págs. 67 a 82.

"derechos históricos" entiende la situación anterior a 1839, ya que con esta ley se opera la deslegitimación estatal. Y por *"régimen foral"*, entiende una variedad de situaciones, que comprenden tanto a la foralidad histórica anterior a 1839, como a la que le sucede hasta 1876, así como la que se genera en 1841 en Navarra, o el propio régimen económico-administrativo de los Conciertos Económicos[656].

No coincidimos del todo con esta afirmación porque el régimen foral no es únicamente el de la Foralidad material: instituciones y competencias, sino el de títulos justificativos de una forma de ser y estar en relación con el Estado. Foralidad es SER, HABER y ESTAR. Donde sólo hay HABER, no hay foralidad aunque reciba impropiamente este nombre. Régimen foral no será el de los Conciertos Económicos, porque no se trata de derecho originario, sino concedido. Régimen foral auténtico no será el de la unidad impuesta, sino el que respeta la personalidad jurídico política diferenciada y se manifiesta en una forma de vinculación o de articulación estatal especial. Las coincidencias vuelven a surgir en la concepción de la Disposición Derogatoria de la CE como fórmula de eliminación de los obstáculos para el arreglo foral propugnando una interpretación conjunta de ambas Disposiciones[657].

Finalmente, la conceptualización jurídica de la Disposición Adicional como norma, resulta altamente convincente. Así, por una parte, la Disposición Adicional acota el conflicto y habilita una vía de solución. Reconoce el hecho diferencial vasco y con él un régimen especial de autogobierno acorde con el hecho diferencial, cuyos contenidos, así como el propio concepto de derechos históricos, sólo puede ser precisado desde la historia. El contenido normativo de la cláusula institucional de la foralidad, que integra la Disposición Adicional y la Derogatoria, garantiza constitucionalmente un contenido material, concreto y no abstracto, a la vez que determina un contenido interpretativo en el sentido de eliminar cualquier dificultad político-jurídica que viniere

[656] PORRES AZKONA, J.: *ob. cit.*, págs. 67 a 95.

[657] PORRES AZKONA, J.: *ob. cit.*, págs. 97 a 105.

a resultar de la legislación que se deroga: leyes de 1839 y 1876. Es decir, en la terminología utilizada por nosotros, asume una historia positiva y deroga la historia negativa[658].

Por otra parte, la Disposición Adicional se configura como una *"lex specialis"* frente a la ley general del Título VIII de la Constitución. Es decir, no caben enfrentamientos con otras normas constitucionales. Estamos ante una norma constitucional especial que se aplica con preferencia a la norma general, por tanto no cabe señalar contradicciones interpretativas con el Título VIII[659].

Por último, la norma enuncia un proceso abierto con un mínimo constitucionalmente garantizado. El mínimo viene dado por la historia, y el carácter abierto del proceso posibilita una actualización negociada diferida al momento de negociación del contenido del Estatuto, con el límite del *"marco constitucional"*. Precisamente la elección de esta expresión, frente a la de *"en los términos de la Constitución"* es intencionada y no constituye una imperfección técnica, sino que es el resultado de una voluntad política dirigida a eliminar la deslegitimación estatal mediante la ampliación de las bases del consenso y permitir una actualización abierta y negociada de los derechos históricos. Esta flexibilidad conceptual permite una concreción de los límites constitucionales de la actualización foral congruentes con la finalidad de solución del problema o arreglo definitivo, vía legitimación o integración estatal. Para ello la interpretación del *"marco"* no puede referirse a toda la Constitución, sino a sus decisiones políticas fundamentales que, a su juicio son: la naturaleza democrática del Estado, el principio de unidad, el principio de soberanía, la Monarquía parlamentaria y la naturaleza autonómica del Estado[660].

---

[658] PORRES AZKONA, J.: *ob. cit.*, págs. 117 a 123.

[659] PORRES AZKONA, J.: *ob. cit.*, págs. 123 a 126.

[660] PORRES AZKONA, J.: *ob. cit.*, págs. 128 a 136.

Estas últimas afirmaciones coinciden sustancialmente con nuestra concepción del principio de unidad política de mínimos, con los límites a la actualización impuestos por la *"constitución sustancial"* y con la necesidad de flexibilización y de interpretación singular del principio de unidad al servicio del objetivo de integración estatal, como exigencia de la singularidad del problema vasco. Flexibilidad y singularidad que deben hacerse efectivas en la fijación del alcance de las competencias precedidas por el *"sin perjuicio"*, ya que, por definición, no afectan a materias derivadas de la unidad política sustancial.

6.2.2. Los Derechos históricos en la Jurisprudencia constitucional

Respecto a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hasta la sentencia, decisiva por su importancia y entidad, de 26 de abril de 1988 - s/76/1988-, que parece haber pacificado la cuestión en el sentido continuista del término, el resto de sentencias no se caracterizan precisamente por su congruencia ni por pronunciamientos de continuidad doctrinal. En unos casos, se acepta, por ejemplo, la necesidad de investigación histórica para concretar el contenido de los derechos históricos y en otros no (SS.T.C. 86/88, 11/84, 16/84 y 76/88). HERRERO DE MIÑON, sistematiza las discrepancias de los pronunciamientos constitucionales clasificándolas en razón de la materia tratada, sujeto y objeto de los derechos históricos, a la que nos remitimos[41].

A partir de la STC 76/88, de 26 de abril, que enjuicia la constitucionalidad de la Ley de Territorios Históricos, dejando aparte los contenidos relativos a la actualización, sujetos y objeto de tales derechos, el Tribunal Constitucional asume en lo que a concepto y naturaleza jurídica se refiere íntegramente la tesis de T.R. FERNÁNDEZ. Por tanto y tratándose de un posicionamiento central y directo sobre la cuestión y no lateral u ocasional como en otras sentencias, cabe afirmar que el Tribunal Constitucional interpreta el amparo y respeto constitucional a los derechos históricos, como referido

[41] HERRERO DE MIÑON, M.: *La idea de los Derechos... ob. cit.*, págs. 17 a 22.

a la *"imagen de la Foralidad"*, calificándolo como *"garantía institucional"*.

Sirvan como comentarios, los ya efectuados al exponer la tesis de T.R. FERNÁNDEZ y los que la Doctrina citada en estas páginas --P. LUCAS VERDÚ, HERRERO DE MIÑÓN, LOGENDIO Y CORCUERA entre otros-- han hecho públicos al respecto.

CONCLUSIONES SOBRE EL ESTATUTO Y PROCESO INSTITUCIONAL HISTÓRICO

El objetivo del Título I de la tesis es el análisis del Estatuto como fenómeno jurídico integral, como norma en su antes y después, como proceso institucional histórico y como instrumento al servicio de la institucionalización interna y de la integración estatal. Norma que hunde sus raíces en el pasado como resultado de un proceso histórico y por el mandato constitucional que le asigna la función de actualizar los derechos históricos asumiendo lo positivo y eliminando los elementos negativos del pasado.

El análisis del proceso institucional histórico que ahora se concluye, no ha obedecido a historicismo gratuito ni a adorno académico, sino a criterios de rigor jurídico y mandato constitucional. Desde el ángulo de las relaciones Derecho-Realidad social, o deber ser-ser, el Estatuto en cuanto norma que regula una parcela de realidad histórica, debe entrar en relación dialéctica con la Historia para asumirla en cuanto realidad infungible y transformarla o actualizarla.

Desde una perspectiva hermenéutica, los criterios interpretativos del ordenamiento jurídico remiten al precedente y al finalismo de la norma, siendo en ambos casos necesario recurrir a la Historia. Desde la teoría de la norma jurídica, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, integran la plena realidad normativa y siendo en este caso el supuesto de hecho de carácter histórico, su fijación obliga a la remisión histórica

para concretar no ya los *"facta"*, sino los *"facta iuris"*.

Si las precedentes consideraciones generales ya imponían una investigación histórica, en este caso, además, es la propia Constitución la que exige tal consideración al establecer que el Estatuto es el medio para la actualización de los derechos históricos de acuerdo con la Disposición Adicional 1ª y la Derogatoria 2ª.

De este análisis, pueden extraerse algunas conclusiones importantes:

1º. La Foralidad en sus rasgos esenciales consiste abreviadamente en un SER, en un HABER y en un ESTAR. Desde el comienzo de estas páginas, y antes de conocer la obra de HERRERO DE MIÑON, he venido definiendo la esencia de la Foralidad como una forma de SER y de ESTAR. Ahora me encuentro con la agradable coincidencia terminológica de este autor que habla de un SER y un HABER. A la vez que destaco la coincidencia, asumo como más completo el desglose SER y HABER, y me permito añadir y completarlo con el ESTAR, término que no utiliza HERRERO DE MIÑON.

Del SER, como identidad histórica, como comunidad histórico-política, se deriva un poder originario generador de un sistema, el Régimen Foral, que hemos calificado como Derecho propio, autónomo, originario y evolutivo.

El HABER, como contenido material de la Foralidad, se expresa en un sistema de autogobierno formado por un contenido de competencias y un complejo institucional y organizativo articulado por Municipios, Juntas Generales, Diputaciones y de alguna forma, por la Administración de Justicia. Así como por las instituciones de defensa y protección: juramento de fueros y pase foral.

El ESTAR comprende, a su vez, una forma de articulación o de integración en un complejo político superior que va del Señor a la Corona, y finalmente al

Estado, expresado a través de la Teoría Foral.

La Foralidad en su conjunto se presenta, además, como un sistema institucional e institucionalizado, esto es, aceptado y asumido, interna y externamente, por la comunidad natural y por la Corona.

2º. La evolución interna y externa del Sistema Foral y de la Corona de Castilla, van a ir generando contradicciones y enfrentamientos o tensiones que inicialmente van a afectar al HABER o Foralidad material. Los contrafueros de los siglos XV-XVIII versan fundamentalmente sobre aspectos competenciales. A partir del siglo XVIII, con la concepción absolutista y unitaria-centralizada del Estado, van a afectar también al ESTAR, salvándose de momento el SER, o la singularidad y erigiéndose los territorios vascos en excepción peninsular o provincias exentas. A partir de este momento se comienza a desarrollar la singularidad vasca y la autoconciencia del hecho diferencial.

3º. La crisis institucional del siglo XIX, revela la existencia del desajuste institucional interno (tensiones sociales, ideológicas y económicas dentro del País) y externo (difícil o imposible convivencia entre Constitución y Fueros).

4º. La superación de la crisis se estructura sobre un nuevo modelo de convivencia a prueba, la ley de 1839, a través del cual respetándose el SER y el HABER Foral, se intenta una acomodación del ESTAR en el Estado a través del principio de unidad política de mínimos, recomponiendo, a su vez, la institucionalización interna y la externa.

5º. El modelo fracasa por diversas causas, destacando entre ellas la evolución expansiva del concepto de unidad política que de mínimos pasa a máximos en versión política y administrativa, alterando el modelo de integración estatal o el

ESTAR, sofocando las especialidades competenciales y organizativas o el HABER, y poniendo un riesgo de desaparación el propio SER. Este fenómeno conocido como abolitorio, se produce en 1876 y desencadena como efecto final la desinstituclonalización interna y externa.

6º. Desde la subsistencia meramente formal y vacía de contenidos de una cierta identidad o SER, a través del art. 4º de la Ley de 1876, se inica un lento proceso de recuperación institucional, que en unos casos sólo mira a la recuperación posibilista de contenidos materiales de autogobierno administrativo o fiscal, de un HABER sin otros títulos que los concesionales o fácticos (Régimen Económico-Administrativo), y en otros se insta, vía reintegración foral, a una recomposición del ESTAR formal o recuperación de títulos, incluso con desprecio de contenidos competenciales, situación que se agudiza con el primer nacionalismo.

Este proceso tiene como principales protagonistas a determinados partidos políticos o grupos ideológicos, y a la Comunidad natural que progresivamente se irá sumando al movimiento institucional.

7º. En 1917, ante la evidente imposibilidad de recuperar el Sistema Foral en su integridad se produce una convergencia estratégica y una fusión de tendencias. En virtud de la cual las divergencias entre los partidarios del HABER (autogobierno sin títulos) y los del SER y ESTAR (foralidad formal) se funden en una nueva alternativa: AUTONOMÍA con reserva de DERECHOS HISTÓRICOS, o lo que es lo mismo recuperación del HABER y aplazamiento del ESTAR.

8º. El movimiento social y político vasco no sustituye Reintegración Foral por Autonomía a asecas, sino por Estatutos de Autonomía con reserva foral de los derechos históricos. La opción autonómica no implica olvido ni renuncia de los títulos forales. Así se manifiesta en el Estatuto de Estella de 1931, y en el plebiscito estatutario de 1933, con el refrendo popular mayoritario. No obstante

las vicisitudes parlamentarias del Estatuto, y las circunstancias especiales de su aprobación en plena guerra civil, despojarán de la reserva foral al Estatuto aprobado, que queda convertido en un simple HABER.

9º. Tras el paréntesis franquista, los movimientos políticos reanudan en 1977 el tracto interrumpido de reivindicaciones históricas y de nuevo se abandera indistintamente reintegración foral y derechos históricos, como solución a una cuestión histórica pendiente de arreglo.

10º. La Constitución aprobada en 1978 opta por un Régimen generalizado de Autonomías a través del Título VIII y, además, para dar una solución definitiva a la cuestión vasca, aún pendiente, procede a recepcionar la reivindicación de los derechos históricos, mediante un amplio reconocimiento y una actualización limitada por los principios constitucionales cuya materialización final se encomienda a los Estatutos.

11º. El Estatuto vasco tiene, por tanto, encomendada una doble función constitucional. La que se le asigna en el Título VIII de la Constitución, en cuya virtud queda configurado como "*norma institucional básica de la Comunidad Autónoma*" según el art. 147.1 de la CE y 1º del Estatuto de Autonomía del País Vasco, y la que le confía la Disposición Adicional 1ª de la CE como instrumento de actualización de los derechos históricos vascos.

Esta doble función, que inevitablemente ha de condicionar la naturaleza jurídica del Estatuto, queda reconocida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/88, FJ5: "*El Estatuto de Autonomía del País Vasco es al mismo tiempo expresión del derecho a la autonomía y expresión actualizada del Régimen Foral en el sentido de la Disposición Adicional 1ª*".

12º. Esta actualización de los derechos históricos a través de los Estatutos viene condicionada por los límites constitucionales ya conocidos, que reconocen un SER (personalidad, identidad, hecho diferencial), y, en consecuencia, un HABER (conjunto de instituciones y competencias). No obstante en cuanto al ESTAR o forma de integración estatal, se reconoce una especificidad parcial consistente en una reducción de la rígidez del principio de unidad en aras de conseguir la integración, en base a derogar las experiencias históricas de expansión de la unidad y permitiendo a través de la Derogatoria 2ª, y con indudable repercusión en el campo competencial del art. 149.1 de la CE y 10 del EAPV, un ensanchamiento de los techos de autogobierno que no afecten a la unidad esencial.

13º. El Estatuto de Autonomía cumple con la actualización del HABER, pero la falta de satisfacción total del ESTAR se plasma en una nueva reserva de Derechos Históricos, a través de la Disposición Adicional única.

Desde las precedentes conclusiones y por lo que concierne a las relaciones Proceso histórico-Estatuto, podemos afirmar:

1º No cabe una interpretación exclusivamente normativa del Estatuto, sin conexión con la historia institucional vasca.

2º El Estatuto es la culminación normativa de un proceso histórico que arranca de 1876 y que pretende a través de un instrumento legal recuperar una identidad política, un autogobierno y un derecho peculiar de integración en el Estado.

3º La Disposición Transitoria 2ª de la Constitución reconoce que el Estatuto actual forma parte de un proceso histórico, iniciado, al menos, en 1933.

4º Como culminación del proceso del que forma parte, su interpretación jurídica no puede independizarse de la historia, por el contrario, al igual que la Constitución, está penetrado por la historicidad.

5º La norma estatutaria no sólo está afectada por un pasado que la Constitución ha convertido en presente, sino que la finalidad que le asigna la Constitución es la de instrumento de arreglo e integración estatal. Por el autogobierno a la integración. Por el HABER al ESTAR, a cuyo efecto se debe flexibilizar la unidad y favorecer la autonomía o autogobierno evitando el fracaso de 1876.

6º Recuperado un SER, un HABER, y parcialmente un ESTAR con la consiguiente institucionalización externa, el Estatuto también persigue la institucionalización interna. No sólo representa un compromiso con el Estado, sino un compromiso interno social y político que ya se manifestó en el consenso que permitió la aprobación conjunta del Proyecto por la totalidad de las fuerzas políticas democráticas del País Vasco.

7º Como conclusión adicional, debe recordarse que el Estatuto es un modelo legal cuya eficacia social y jurídica última dependen de la praxis, de su desarrollo e interpretación.

Para esta fase resulta definitiva la concepción jurídica que se tenga del Estatuto. El que prospere una concepción normativista aislada, o el que se imponga una concepción jurídica englobante del proceso-norma-finalidad, con los condicionantes históricos y finalistas que le asigna la Constitución, resultará decisivo para el asentamiento y aceptación institucional interna y externa.

El Estatuto en su aspecto normativo no es más que una fase del proceso institu-

cional que arranca en un "*antes*" y se materializa en un "*después*", pero no es independiente, por mandato constitucional, de ninguno de los momentos del proceso. Forma parte de un conjunto que se desglosa en tres momentos: proceso histórico-norma-finalidad, todos interrelacionados y ninguno independiente.

En definitiva, si el Estatuto cumple la triple función constitucional de actualizar derechos históricos, de acceso a la autonomía y de instrumento para la consecución de la integración estatal, aunando normativamente pasado, presente y futuro, constitutye una realidad o un fenómeno jurídico no estrictamente normativo, sino institucional e institucionalizante. Por lo que su interpretación jurídica debe atender a toda la complejidad y singularidad del hecho diferencial que le sirve de base, a través de una interpretación y desarrollo también singulares. Todo ello no por conveniencia social, sino por mandato constitucional.

CAPÍTULO II: EL ESTATUTO COMO NORMA JURÍDICA: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO

0. INTRODUCCION

Del análisis precedente hemos concluido que el Estatuto representa la culminación legal de un proceso histórico, que asume por mandato constitucional una función actualizadora de los derechos históricos y que aspira a alcanzar una finalidad de integración por medio de la convivencia de los principios de unidad y autonomía.

El Estatuto como fenómeno normativo no es aislable del contexto en que aparece ni de la finalidad que persigue. Su interpretación y aplicación debe efectuarse en el marco del contexto global, no sólo porque lo recomiendan los criterios hermenéuticos del art. 3º del Código Civil sino porque lo establece expresamente la Constitución por medio de los preceptos y disposiciones ya comentadas.

Pero, inmediatamente después debemos afirmar que el Estatuto es, ante todo, una norma jurídica, y, por tanto, sometida a las reglas de la técnica y del razonamiento jurídico. El Estatuto vasco, como los restantes Estatutos, son los instrumentos constitucionalmente previstos para operar el tránsito del *"posse"* al *"esse"* autonómico. En tal sentido son normas constitutivas o creadoras de las Comunidades Autónomas, se erigen en su norma institucional básica dotando a la Comunidad de Instituciones, poderes y competencias[60] y se integran o forman parte del Ordenamiento estatal como leyes orgánicas[61].

Al destacar como esencial su carácter normativo no pretendemos incurrir en reduccionismos normativistas superados. Tan poco recomendable es diluir los aspectos normativos en consideraciones sociológicas o políticas, como abstraer e independizar el producto normativo de su razón de ser y finalidad convirtiéndolo en una realidad *"en*

[60] Art. 147.1 de la Constitución.

[61] Art. 147.1 y 81 de la Constitución.

sí y para sí".

El objetivo del presente capítulo es proseguir el análisis de la dimensión jurídica integral del Estatuto, dando la relevancia que le corresponde a su carácter normativo esencial en conexión con el *"humus"* jurídico que le envuelve *"ex ante y ex post"*.

El Estatuto como norma cumple las características que según la Teoría de la Norma permite la identificación de los fenómenos normativos. El Estatuto es un mandato, un imperativo o un deber-ser. Posee una estructura interna consistente en un juicio o decisión legislativa que permite el anudamiento de una consecuencia jurídica a determinados supuestos de hecho y goza de una eficacia general externa o *"erga omnes"*.

Es de sobra conocido que la Teoría General de la Norma fue obra de iusprivatistas, y que su encaje académico en los Planes de Estudio de las Facultades de Derecho estatales viene unido al Derecho Civil. Nuestro Código Civil sigue recogiendo en su Título Preliminar[444], el sistema de Fuentes y las disposiciones generales sobre aplicación, interpretación y efectos de las normas. Ello justifica, en parte, el que la construcción de la Teoría de la Norma, en principio, haya sido realizada desde la óptica y categorías propias del Derecho privado y desde aquí se haya extendido al Derecho Público, generando algunos problemas de acomodación. Posteriormente, deberán tenerse en cuenta las consideraciones de los filósofos del derecho sobre la norma jurídica.

Las normas civiles, aun cuando versan sobre la esfera privada de las personas, concentran gran parte de sus preceptos en la solución de conflictos económicos e intereses patrimoniales imponiendo criterios de resolución convencionales de acuerdo con la ideología económica predominante en el momento de su redacción. Es decir, el juicio lógico que induce al legislador a dar una determinada respuesta jurídica en forma de mandato, no viene forzosamente impuesto por la realidad, sino por la interpretación

[444] Código Civil, arts. 1 a 7.

ideológica del conflicto que deja un gran ámbito de libertad al legislador para adoptar una consecuencia jurídica u otra, ambas perfectamente válidas.

En base a estos criterios la doctrina civilista ha venido caracterizando a las normas como mandatos imperativos basados en un juicio lógico convencional o neutro, y no como imperativos de validez intrínseca[465]. L. DIEZ PICAZO[466] define las normas como mandatos independientes para la resolución de conflictos, pertenecen al mundo del deber-ser y poseen validez formal en la medida en que la conexión estructural entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica no viene impuesta por la realidad o el ser, sino por una opción libre basada en un juicio lógico y no de necesidad. Para BETTI, a diferencia de la causalidad física, los efectos jurídicos que se derivan del supuesto de hecho son producto de una valoración y constituyen una creación del espíritu humano al reaccionar sobre la realidad[467].

En definitiva, las normas civiles constituyen mandatos o imperativos, pertenecen al mundo del deber ser y su conexión con el ser se establece frecuentemente sobre un tenue nexo de juicio lógico dando lugar a consecuencias o efectos jurídicos de validez estrictamente jurídico positiva, no necesaria.

Pero en determinados ámbitos normativos del Derecho Público, aun siendo válida la calificación de norma como mandato imperativo respaldado por el poder coactivo del Estado[468], sus efectos, consecuencias jurídicas o deber ser, se derivan o guardan relación de causalidad necesaria con el ser. Piénsese, por ejemplo, en el conjunto de *"a*

[465] CASTRO, F. de: *Derecho civil... ob. cit.*, Tomo I, pág. 47.

[466] DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho... ob. cit.*, Vol. I, pág. 36, 7ª Edición, 1989.

[467] DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *ibid.*, pág. 36.

[468] LATORRE, A.: *Introducción al Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, pág. 15.

prioris" como la dignidad de la persona, los derechos fundamentales o el reconocimiento legal de determinadas situaciones o realidades preconstitucionales que, una vez reconocidas, imponen al legislador determinadas respuestas legales necesarias.

Esto por lo que concierne a la esencia y estructura interna de las normas. Pero si analizamos sus efectos o eficacia general, ocurre otro tanto. FEDERICO DE CASTRO[669], y la doctrina civilista general, asignan a las normas tres tipos de efectos o de eficacia: El deber general de cumplimiento, la eficacia sancionadora y la constitutiva, incorporando esta eficacia a su concepto de norma como mandato jurídico con "*eficacia social organizadora*"[670]. La eficacia de que aquí se trata, aunque pretende ser social, real y efectiva, no es otra que la meramente formal derivada de la *"vis imperativa"* del mandato coactivo en el que se apoya y del que se desprende un deber general de cumplimiento, con independencia de su aceptación social real[671].

En cambio la eficacia de las normas constitucionales aun cuando se deriva igualmente de un mandato o imperativo jurídico, presuponen habitualmente una previa aceptación social mediante Referéndum y se consolidan en la práctica en la medida en que logran una identificación integradora social con los valores, símbolos, instituciones y fines constitucionales. Esta clase de normas no se sostienen únicamente por el carácter formal del mandato o la coacción, sino por lo que RENAN definió como el *"plebiscito de todos los días"*[672], por su arraigo efectivo y por la realización de los valores y del *"télos"* constitucional en sintonía con los valores y fines sociales.

Estas mismas consideraciones, *"servata distantia"*, son aplicables al análisis

[669] CASTRO, F. de: *ob. cit.*, Tomo I, págs. 49-50.

[670] CASTRO, F. de: *ob. cit.*, Tomo I, pág. 46.

[671] Así FEDERICO DE CASTRO, DIEZ PICAZO, CASTAN y otros.

[672] RENAN, E.: *¿Qué es una Nación?* Civitas. Madrid, 1987, pág. 107.

normativo del Estatuto. Como toda norma constituye un mandato imperativo de eficacia formal, pero también presenta determinadas especialidades derivadas de su indudable naturaleza político-pública que podremos observar al analizar su concepto, naturaleza jurídica, contenido, eficacia y finalidad.

I. CONCEPTO DE ESTATUTO

Desde una consideración técnico-jurídica estricta los Estatutos, según J.M. CASTELLS, se configuran como leyes de naturaleza estatal, de carácter concesional y caracterizados por un sistema de articulación competencial. El primer teórico de esta técnica jurídica fue Hugo PREUSS que elaboró los principios que posteriormente fueron utilizados parcialmente en la República de Weimar, más tarde por la II República española y por Italia a partir de 1947, y actualmente por el Estado español[673].

Sin perjuicio de asumir esta caracterización desde una perspectiva formal y externa, en cuanto fenómeno normativo técnicamente considerado, con algunos matices en cuanto a las notas de naturaleza estatal y concesional, el Estatuto, jurídicamente considerado, es algo más que una norma formal. Constituye una decisión política, posee una dimensión material o de contenido, una vertiente institucional y una finalidad actualizadora que junto a los aspectos técnicos-formales aludidos permiten construir un concepto normativo integral. La norma no es sólo mandato formal, es contenido, estructura, eficacia y finalidad.

1. Acepciones del término Estatuto

El término *"estatuto"* ha sido empleado con diferentes significados y alcance.

. Usualmente equivale a regla, norma o conjunto de normas que rigen la organización y funcionamiento de una colectividad, o simplemente como ley o norma obligatoria[674].

[673] CASTELLS, J.M.: *Euskadi y el Estatuto... ob. cit.*, págs. 41-44.

[674] *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Ed. Seix, S.A. Barcelona, 1958, Tomo IX, pág. 108.

. Más técnicamente, como sinónimo de un ordenamiento constitucional, legal o negocial[675]. A veces se destaca el carácter imperativo o decisorio: *"estatuimos, ordenamos y decidimos"*. Entre las acepciones etimológicas del verbo *"statuo-statuere"* se encuentran las de fundar y decidir. Así, S. SEGURA en una adaptación del conocido pasaje de la Eneida en el que los troyanos deciden introducir el Caballo de Troya, transcribe: *"eum introducere atque in sacra arce sistere statuerunt"*[676]. El mismo VIRGILIO, en el canto 1; verso 573 de la Eneida, utiliza la expresión como sinónimo de fundar: *"Urbem quam statuo, vestra est"*[677]. Otros autores como CICERÓN y SALUSTIO emplean la voz *"statuo"* como decisión: *"statuitur ne sit Creta provincia"*, se decide que Creta no sea provincia[678], o *"statuere aliquid de aliquo"* - decidir algo sobre alguien[679]. HORACIO emplea también el término en el sentido de fundar o plantar: *"statuere arborem agro"*[680]. Destaco este aspecto, en el que habitualmente no se repara, del Estatuto como decisión y que evoca concepciones jurídicas ya expuestas y ensayadas en su aplicación constitucional por C. SCHMITT[681], aunque, como se advertirá, con diferente alcance al que aquí se propone.

. En otras ocasiones, se da un paso más, y se conectan los ámbitos normativos estatutarios con determinados entes o sujetos que gozan de una posición jurídica de autonomía o de excepcionalidad: *"ordenanzas, pactos, reglas o constituciones que se*

---

[675] *Nueva Enciclopedia Jurídica... ob. cit.*, Tomo IX, pág. 108.

[676] SEGURA, S.: *Latín 2º Curso*. Anaya, S.A. Madrid, 1989, pág. 288.

[677] VIRGILIO, *La Eneida*, l.v. 573. GAFFIOT, F.: *Dictionnaire illustré Latin-Français*. Hachette. París, 1934, pág. 1475 y *Oxford Latin Dictionary*. Oxford University, 1982, pág. 1815.

[678] CICERON, *Philosoph.* 2,97, en F. GAFFIOT, *ob. cit.*, pág. 1475.

[679] SALUSTIO, en *Diccionario de Latín*, de BLANQUEZ FRAILE. Ed. Sopena. Barcelona, 1960, Tomo II, pág. 2606.

[680] HORACIO, en BLANQUEZ FRAILE, *ob. cit.*, pág. 1606.

[681] SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid, 1982, págs. 45 y ss.

establecen para el gobierno y dirección de algún pueblo, universidad, cabildo o colegio" dotado de autonomía y funcionamiento propio[462]. Aparece así el concepto de Estatuto, unido al de autonomía.

Si analizamos las diferentes ramas o especialidades del Derecho, también encontramos estos mismos significados aislada o combinadamente:

- En Derecho Político, a veces se le identifica con Carta o Constitución otorgada. Es el caso del Estatuto Real de 1834 o de la Carta Francesa de 1814[463], y del Estatuto Albertino de 1848 en Italia, cuya vigencia dura hasta 1946.

- En Derecho Administrativo, se ha aplicado el término tanto para expresar un sector acotado de la actividad administrativa dotado de autonomía de funcionamiento y descentralización operativa con régimen legal especial, como para materializar legalmente un determinado *"status de libertad y autonomía"*. Así el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924, o el Estatuto Provincial[464].

- También se utiliza como sinónimo de un régimen especial de Corporaciones, Colegios Profesionales, Cámaras, Funcionarios, Trabajadores y Organizaciones profesionales. A veces con un alcance formal o normativo y otras veces material o de contenido, con carácter garantista y protector de derechos. Cuando se habla del Estatuto de los Trabajadores, significa tanto régimen legal formal, como conjunto de derechos reconocidos y garantizados.

- En el Derecho Societario sirve tanto para expresar el acto constituyente, funda-

[462] *Nueva Enciclopedia... ob. cit.*, Tomo IX, pág. 108.

[463] VILLARROYA, T.: *El Sistema Político del Estatuto Real 1834-1836*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1968, págs.95-102.

[464] *Nueva Enciclopedia... ob. cit.*, Tomo IX, pág. 109.

cional y creador de la nueva persona jurídica, como expresión del principio de autonomía de la persona, como para las reglas o el régimen jurídico bajo el que ha de transcurrir la vida del nuevo ente.

• En Derecho Internacional, la Teoría de los Estatutos que diferencia el estatuto real, el personal y el formal, ha servido para la resolución de los conflictos interregionales e internacionales, estableciendo mecanismos de mediación entre los principios de territorialidad y personalidad de las leyes. Serán las ciudades de Lombardía, siglos XII-XIII, dotadas de leyes municipales o Estatutos, quienes, constituidas en Repúblicas independientes, establezcan por razones mercantiles un sistema de resolución de conflictos de competencias, unas veces en base a criterios personales y otras territoriales, locales o internacionales[65].

Este mismo sistema de resolución de conflictos, en base a la teoría de los estatutos se incorporará a los Códigos Civiles del S. XIX, para resolver cuestiones de legislación aplicable, con predominio del llamado estatuto personal por influencia de las doctrinas de MANCINI[66]. En este contexto la doctrina de los estatutos sirve para introducir el principio de excepcionalidad frente a la territorialidad, la particularidad frente a la generalidad y la diferencia frente a la uniformidad.

• En Derecho Civil los estatutos, y especialmente el estatuto personal, es un trasunto o derivación del estado civil, y en tal concepto introduce el principio de diferencia o discriminación en la capacidad de obrar de las personas.

De lo hasta aquí expuesto, parece deducirse que el término estatuto tiene un

[65] *Nueva Enciclopedia... ob. cit.*, Tomo IX, pág. 107.

[66] CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Foral y Autónomico Vasco*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989. Tomo I, pág. 90 en relación con los "conflictos de leyes en Vizcaya".

alcance normativo indudable (norma o conjunto de normas obligatorias), pero relacionado con situaciones de autonomía de personas físicas, jurídicas, pueblos, ciudades, cabildos o universidades. También se relaciona con el poder de decisión y con los principios de excepcionalidad y de diferencia.

Pero, sobre todo se destaca que el estatuto es una derivación de un *"status"* de libertad o de autonomía previa. Todo *"status"* significa una peculiar forma de ser o de estar, que se manifiesta en consecuencias y regímenes jurídicos diferenciados. Ello es particularmente evidente en Derecho Civil, como se ha apuntado anteriormente, pero también en Derecho Político. Los Estatutos y *"Bill of Rights"* de determinados estamentos, ciudades y municipios medievales frente al poder del Rey o del Emperador, constituyen cartas de libertad o de privilegios, derivadas de una previa situación de autonomía o de independencia. Los Estatutos, antes que leyes formales, son la expresión y el contenido material de la libertad o autonomía que corresponde a un determinado *"status"* o estamento socio-político.

Históricamente la potestad estatutaria se presenta como una fuente de Derecho distinta de la ley, como expresión del particularismo de ciudades o gremios frente a la unificación jurídica y política. En Alemania e Italia frente a la *"potestas legisferendi"* del emperador, se alza la *"potestas statuendi"* de las Ciudades y de los Señores[46]. Esta *"potestas"* es una expresión del *"status"* de autonomía.

Así T.R. FERNANDEZ, citando a M. GARCIA PELAYO[47], explica cómo el concepto de autonomía está íntimamente unido históricamente al de Estatuto. La autonomía aparece en los siglos XII y XIII en el marco de la polémica entre universalismo y localismo, entre Emperador y Poderes locales o señoriales. De aquí surgirá la institución intermedia de los Reinos. Esta nueva realidad política asume para sí las

[46] *Nueva Enciclopedia... ob. cit.*, Tomo IX, pág. 108.

[47] FERNANDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Entre el Derecho y ... ob. cit.*, pág. 23.

facultades propias del emperador, *"rex in regno suo est imperator"*, pero reserva a éste el término de ley como norma de Derecho Común y expresión de la *"plenitudo potestatis"* del emperador, recogiendo de la tradición de las Ciudades libres el término estatuto para aplicarlo a las normas emanadas de la nueva autoridad real.

En definitiva, trátese de Ciudades o de Reinos, los estatutos constituyen la expresión jurídica de la autonomía, del *"status de libertad"* y significan tanto el contenido o carta de libertades como el desarrollo de la potestad normativa derivada de su *"status"*. Los estatutos y *"bills"* que recogían los contenidos de libertades, privilegios y exenciones, muy semejantes a nuestros Fueros históricos, en un principio se recogían en pactos entre el Rey y Señores, pero posteriormente adoptan forma de ley como expresión más perfecta de su garantía y respeto[80].

Al igual que en la Foralidad cabía distinguir un *"status"* o un SER, que se manifestaba en la Foralidad material y posteriormente adoptaba forma de ley escrita como garantía de cumplimiento, respeto y seguridad, también ahora cabe establecer la misma graduación y relación entre *"status"*, estatuto material, y estatuto formal: El *"status"* es la situación básica de libertad o autonomía. El *"estatuto material"* expresa el contenido material de poderes y libertades, y *"la ley estatutaria"*, la garantía y protección de los dos primeros, lo que permite diferenciar un estatuto material y otro formal.

Ahora bien, puesto que entre las acepciones de estatuto está la de ley de naturaleza concesional[81], cabe preguntarse si es la ley estatutaria la que crea y concede el estatuto material, o éste se deriva del status previo de autonomía o libertad con el cual está íntimamente relacionado. O todavía más radicalmente: ¿el propio *"status"* de autonomía es, él mismo, una concesión legal?

---

[80] SCHMITT, C.: *Teoría de la... ob. cit.*, págs. 66 y ss.

[81] CASTELLS y VILLARROYA, ya mencionados.

En materia de estados civiles, es el *"status"* originario el que condiciona *"el estatuto"*. LEVI[90] califica las situaciones constitutivas de estados civiles como un *esse*, del que se deriva un *habere* y un *debere*. COSSIO[91] afirma que el estado o situación de cada uno en el todo, no se determina arbitrariamente por el Ordenamiento Jurídico, sino que se impone a éste por las propias características de la persona que siendo sustancialmente igual a otras es accidentalmente desigual. El estado civil es expresión de la desigualdad accidental de la persona humana. Según estas consideraciones, en el Derecho Civil, ni la creación de estados ni de contenidos jurídicos sería enteramente una decisión legislativa libre, sino una predeterminación ontológica y necesaria derivada de un *"prius"*, la persona humana, reconocida y no creada por el ordenamiento jurídico.

En el campo del Derecho Administrativo, parece más bien, que tanto los *"status"* como los *"estatutos"* proceden de una decisión estatal autónoma y libre, aun cuando, debiera, en cada caso, efectuarse una investigación histórica sobre el origen de estas instituciones.

En cambio en el ámbito del Derecho Constitucional, nos encontramos con el art. 2º, que *reconoce* el derecho a la autonomía de las *nacionalidades* y *regiones*. Reconoce, por tanto, un *"status"* de nacionalidad y región, como realidades preexistentes, a los que corresponde un abstracto derecho de autonomía. De aquí pudiera entenderse que, aún reconociéndose un *"status previo"*, los contenidos concretos de la autonomía son obra de concreción legal estatal y simultáneamente expresión necesaria del status de nacionalidad. Pero en el Estatuto Vasco se produce, además, una confluencia del *"status"* nacionalitario y del foral, cuyos contenidos se derivan de un *esse* reconocido constitucionalmente por la Disposición Adicional 1ª, con lo que se refuerzan más los vínculos de dependencia del Estatuto material respecto al *"estatus"* nacionalitario y foral, y se debilitan los nexos concesionales respecto a la ley estatutaria formal. Los contenidos

[90] LEVI, A.: *Teoría Generale del Diritto*. Padova, Cedam, 1967, pág. 237.

[91] COSSIO, A.: *Instituciones de Derecho Civil*. Ed. Civitas, Madrid, 1988, Tomo I, págs. 151 y ss.

materiales, y especialmente los competenciales del Estatuto de Autonomía, vienen de alguna forma impuestos al legislador no por efecto de un juicio lógico o de conveniencia y oportunidad, sino por vía de necesidad y de naturaleza.

De la misma forma *"que el art. 150.2 de la Constitución establece que las competencias 'por propia naturaleza' que corresponden al Estado, preceden a toda iniciativa de creación 'ex novo', y que su proclamación no emana de una decisión política, ni de una toma arbitrista de postura, así también en materia autonómica al legislador se ha limitado a inventar encontrar o descubrir las competencias autonómicas en cuanto indisociables de la fisonomía, que según el art. 143.1 de la Constitución, asiste a cada Comunidad Autónoma"*[891]. Si las competencias autonómicas lo son *"naturaliter"*, y por tanto su fijación constituye una *"obligación natural"* del Poder legislativo[892], cuánto más si al *"status"* nacionalitario se le suma el de raíz foral.

El *"status"* foral actualizado, o el pacto *"de status"* de que habla HERRERO DE MIÑON[893], implica la afirmación de una identidad infungible y la inserción en un conjunto sin menoscabo de su personalidad. De forma que esa identidad, ser o status, es la que justifica y de la que se derivan *"el haber"* los contenidos de autogobierno o el estatuto material[894], y la norma estatutaria formal vehiculiza, y expresa, pero no crea, el vínculo entre el ser y deber ser, entre status y estatuto, datándole de fuerza legal y carácter imperativo.

El Estatuto como norma formal aporta garantía y protección bajo forma de Ley

[891] DE ANGEL, R. y ZORRILLA, M.: *Dictámen sobre la Constitucionalidad de la LOAPA*. Universidad de Deusto-Bilbao, 1982, pág. 18.

[892] DE ANGEL, ZORRILLA. Obra cit., pág. 19.

[893] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Idea de los Derechos... ob. cit.*, pág. 111, asume la calificación acuñada por C. SCHMITT.

[894] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, págs. 127-128.

Orgánica a los contenidos materiales de autonomía y libertad derivados del status nacionalitario y foral, que no son, al menos en su totalidad, creación libre del legislador, sino expresión necesaria y natural, que éste se limita a declarar o a *"inventar"* en la realidad preconstitucional.

2. Referencias constitucionales y estatutarias al término *"estatuto"*

De una lectura superficial de los preceptos constitucionales y estatutarios, puede apreciarse cómo estos textos legales se hacen eco a través de sus diversos pasajes, en mayor o menor medida, de las diversas acepciones expuestas, considerando al Estatuto desde distintas perspectivas jurídicas:

- El Estatuto como norma o conjunto de normas, como ordenamiento diferenciado, de carácter obligatorio y vinculante, aparece en los artículos 147.1 de la Constitución, y 1º del Estatuto.

- Como norma formal integrada en el ordenamiento estatal con carácter orgánico, en los artículos 147.1 y 81 de la Constitución.

- El Estatuto material diferenciado de la ley formal que lo aprueba en los artículos 81 y 151 de la Constitución, y en la Disposición Transitoria 9ª del Estatuto vasco.

- El Estatuto como decisión institucional en los artículos 143.1 de la Constitución y 1º del Estatuto Vasco.

- El reconocimiento del *"status"* nacionalitario y foral se desprende tanto del art. 2º como de la Disposición Adicional 1ª de la Constitución.

• Los contenidos materiales mínimos de la autonomía aparecen en el art. 147.2, posteriormente explicitados en el art. 148, ambos de la Constitución.

• De los artículos 151 y Disposición Transitoria 2ª del texto constitucional se desprende que el Estatuto forma parte de un proceso histórico.

Estas referencias, que no son exhaustivas, sirven para demostrar que al tratamiento del Estatuto no es unidimensional. Unas veces se destaca su faceta normativa formal, otras su carácter institucional. También se le contempla como instrumento o decisión fundacional y, en su vertiente material, como expresión y consecuencia de un *"status"* básico e inscrito en el marco de un proceso institucional histórico.

A la vista de las precedentes consideraciones y recapitulando significados y acepciones del término, podemos afirmar que el Estatuto es:

- norma
- norma institucional
- ley orgánica
- instrumento de decisión, creación, fundación y acceso al régimen autonómico
- estatuto material y formal
- consecuencia y expresión de un status previo
- garantía legal del status y de los derechos que de él se derivan
- actualización de derechos históricos
- forma parte del proceso institucional histórico
- medio de institucionalización del autogobierno y de la integración estatal
- especie de microconstitución.

3. Concepto legal de Estatuto

El análisis del concepto legal de Estatuto presenta tres niveles constitucionales diferentes. El primero, de carácter general, viene recogido en el art. 147.1 de la Constitución. El segundo, de carácter especial, previsto fundamentalmente para las nacionalidades, se desprende del art. 151.4, el tercero referido en exclusiva a las Comunidades de raíz foral, se encuentra en la Disposición Adicional Primera de la Constitución.

De la definición legal constitucional de Estatuto que se recoge en el art. 147,1 se desprende una doble consideración. Los Estatutos son, por una parte, normas institucionales básicas de cada Comunidad Autónoma, y a su vez se integran y forman parte del ordenamiento jurídico estatal como leyes orgánicas (art. 81 de la CE).

En todo análisis normativo se entremezclan diversas cuestiones. Desde una consideración material toda norma es en mandato imperativo vinculante que impone una serie de consecuencias o contenidos jurídicos a determinados supuestos o situaciones contempladas por el legislador mandato interno , y, una vez establecida tal conexión jurídica, se la dota de validez y eficacia general mandato externo . Desde una vertiente formal, las normas poseen un rango en virtud del cual adoptan una determinada posición en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva el Estatuto en cuanto norma puede ser estudiado desde una óptica formal y otra material. Pero el Estatuto no es sólo norma, sino norma institucional según el mismo art. 147.1 por lo que un análisis completo del mismo debe abordar los tres niveles: el formal, el material y el institucional, complementados con la función actualizadora del Régimen Foral.

La distinción entre Estatuto formal y material evoca, aunque no coincide, con

las concepciones sobre Constitución y ley constitucional de C. SCHMITT[697], Constitución sustancial-material y formal de R. SMEND[698], Constitución política, jurídica y escrita de H. HELLER[699], o Constitución real y escrita de F. LASALLE[700], por citar algunos autores. Pero aquí no se trata, al menos por ahora, de contraponer ley y realidad estatutaria, sino de analizar separadamente los aspectos formales y materiales del Estatuto, como norma.

3.1. El Estatuto como ley formal en la Jerarquía de Fuentes

Como punto de partida debe establecerse la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos coexistentes en el Estado español. Tal pluralidad deriva, según GARCIA DE ENTERRIA[701], de la existencia de entes territoriales sustantivos dotados de un poder normativo general, o facultad de dictar leyes formales de idéntica naturaleza que las leyes ordinarias del Estado.

El Estatuto, según el art. 147 citado, forma parte de dos ordenamientos, del autonómico y del estatal. Todo ordenamiento jurídico establece a su vez una jerarquía normativa o sistema de fuentes, por lo que toda norma se incorpora en él en una determinada posición jerárquica en la escala normativa[702].

---

[697] SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución... ob. cit.*, págs. 37 y ss.

[698] SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*. Ed. Centros de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985.

[699] HELLER, H.: *Teoría del Estado... ob. cit.*, págs. 267 a 299.

[700] LASALLE, F.: *¿Qué es una Constitución?* Ed. Ariel, S.A. Barcelona, 1989.

[701] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *Estudios sobre Autonomías... ob. cit.*, pág. 285.

[702] PEDRIERI, A.: "Sistema de fuentes de Derecho en la Constitución Española". En *La Constitución española de 1978*. Ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 187.

En este sentido los Estatutos ocupan una posición básica y superior en el Ordenamiento comunitario, se erigen en *"clave de bóveda"*[203] como referencia y presupuesto de la normativa comunitaria, y, a su vez, se integran en el ordenamiento estatal como leyes orgánicas, inmediatamente después de la Constitución, ocupando una posición jerárquica máxima compartida con otras leyes orgánicas.

Si admitimos con GARCIA DE ENTERRIA, la existencia de ordenamientos comunitarios y estatal diferenciados y ambos sometidos al supraordenamiento constitucional[204], el Estatuto en ambos casos ocupa una posición cimera, si bien en el comunitario opera, además como norma de cabecera, fundamental y fundante, y referente jerárquico de legalidad de las restantes normas comunitarias.

De la pertenencia a dos ordenamientos jurídicos diferenciados y sometidos ambos a la supraordenamiento constitucional se han derivado las notas que se le atribuyen: norma autonómica y estatal, norma únicamente subordinada a la Constitución, norma superior a las demás leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas[205]. A lo que me permito añadir: ley básica de la Comunidad y Ley Orgánica del Estado, entendiendo por básica, jerarquía máxima y fundamento, y por orgánica únicamente posición o rango jerárquico máximo.

El Estatuto, por tanto, desde una visión formal, de rango y posición en la jerarquía de Fuentes, en cuanto pertenece a dos ordenamientos diferenciados, como básica y fundamental es una ley autonómica, y como orgánica, es ley estatal. G. ENTERRIA reconoce expresamente este doble carácter o condición[206], y justifica la afirma-

[203] MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Autonómico*. Imp. Taravilla, Madrid, 1984, pág. 101.

[204] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *Estudios... ob. cit.*, pág. 291.

[205] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 295-300.

[206] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, pág. 295.

ción no sólo por motivos formales, sino por su origen y sistema de aprobación, lo que significa plantear el problema a otro nivel. En efecto, hablar del origen y procedencia de la ley, significa plantear el problema de las Fuentes de producción o creación de las normas, sobre lo que no se pronuncia, al menos expresamente el artículo 147.1 de la Constitución.

En todo caso sí conviene establecer ya desde ahora que la caracterización del Estatuto como ley orgánica no es la única efectuada por la Constitución, que la califica igualmente de ley institucional básica. Que se trata en ambos casos de una cuestión de rango formal necesario para su incorporación en ordenamientos diferenciados o jerarquía de Fuentes de aplicación, sin prejuzgar la cuestión de Fuentes de creación o procedencia. Por tanto, antes de abordar la cuestión de la naturaleza jurídica, deben considerarse los aspectos concernientes al Estatuto como ley material, esto es, procedimiento de elaboración, sistema de aprobación y órganos competentes para dotarle de validez jurídica en su doble vertiente de mandato interno y externo, contenidos o consecuencias jurídicas y eficacia general.

Atribuir, sin más, una naturaleza jurídica determinada en razón del carácter del último órgano interviniente en el proceso, que se limita a ratificar[707], o en virtud del rango formal de ley orgánica[708] que parcialmente se le atribuye, sería tanto como calificar a los Tratados Internacionales, *"servata distantia"*, como leyes exclusivamente estatales, por razón de su incorporación al ordenamiento jurídico interno[709], cuando es sabido que la ratificación de los tratados por las Cortes, no puede alterar su contenido, y que la publicación en el B.O.E. se exige como requisito externo que otorga fuerza directa de obligar, sin perjuicio de su validez interna. A este respecto la doctrina del

[707] Art. 151, 2, 4º C.E.

[708] Art. 81 C.E.

[709] Código Civil, Art. 1,5 y Constitución Española, art. 96.

Tribunal Supremo en SS de 17-12-1968, 27-2-1970 y 17-4-1971, estableció que los tratados internacionales ratificados por Cortes tienen rango o categoría de leyes internas ordinarias, si bien sólo pueden ser derogados o modificados de acuerdo con la previsiones establecidas en sus propios textos[710]. Es decir los tratados, son tratados, independientemente de su rango o categoría externas, y por tanto su aplicación, interpretación, vigencia o derogación no se rige por los criterios derivados de su rango formal, sino de sus previsiones concretas y materiales.

Por último, dentro de este apartado, debe subrayarse que el carácter formal de ley orgánica más que constituir un factor limitativo o condicionante de los Estatutos, reviste en carácter garantista y protector del régimen de autogobierno que contiene. Al igual que históricamente los pactos estamentales y regímenes forales tienden a plasmarse por escrito y posteriormente en forma de ley como garantía de respeto y cumplimiento, ahora también, la inclusión de los Estatutos en el Ordenamiento estatal a nivel de máxima jerarquía, permite vincular a todos los poderes públicos con su respeto y cumplimiento, tal como establece el art. 9.1 de la Constitución.

3.2. El estatuto como norma material en el sistema de Fuentes de creación del Derecho

Lo que caracteriza esencial y materialmente a las normas es el consistir en mandatos imperativos vinculantes con validez jurídica y eficacia general, y tal carácter deriva de haber sido adoptada de acuerdo con el procedimiento establecido y por el órgano competente, lo que se conoce como legitimidad interna y solemnidad externa, *potestas normandi* y procedimiento[711].

[710] Vid. DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil... ob. cit.*, vol. I, pág. 108.

[711] Así F. de CASTRO, CASTAN y otros.

Si se analiza la estructura de la norma, se advierte que el mandato procede de dos operaciones perfectamente diferenciadas. La primera consiste en dotar de contenidos, efectos o consecuencias jurídicas a determinados supuestos, en virtud de un juicio establecido por el legislador que aporta validez jurídica. Y la segunda, la aprobación formal, impone el cumplimiento y eficacia general *"ad extra"*. En la norma como en los contratos, debe diferenciarse la validez y la eficacia.

En los procesos legislativos ordinarios estas fases transcurren íntegramente en el seno de la Cámara legislativa. La primera de ellas –fijación y discusión de contenidos legislativos–, se realiza en el marco de las comisiones parlamentarias mediante el contraste de juicios de conveniencia, oportunidad o simplemente ideológicos a través de la discusión de las enmiendas. Pero tal fijación de contenidos, ni es definitiva, ni reviste carácter de mandato interno, puesto que se reserva al Pleno de la Cámara la doble decisión de establecer definitivamente los contenidos y consecuencias jurídicas mediante imposición del juicio decisorio prevalente a través de la aprobación o denegación de enmiendas reservadas para este acto, y una vez fijada la validez jurídica interna, imponer su cumplimiento y eficacia general externas, a través de un único acto de aprobación formal y solemne.

Pero existen otros procesos especiales en los que o bien el mandato interno y externo, la validez y la eficacia jurídicas, no emanan o proceden de un único órgano, o bien la fijación de contenidos no es producto de un juicio lógico o de valor prevalente libremente elegido por el legislador, sino que viene de alguna manera exigido o derivado por una relación causal o natural.

En el proceso de elaboración y aprobación de los Estatutos por la vía del art. 151 de la Constitución, se distinguen claramente las dos fases del mandato, a que nos hemos referido, atribuidas a sujetos y órganos diferentes. Así en la fase de iniciativa, elaboración del Proyecto, formulación definitiva de su contenido y aprobación por referéndum,

intervienen organismos locales, ciudadanos y una Comisión Mixta integrada por la Comisión Constitucional del Congreso y por representantes de las circunscripciones territoriales de la futura Comunidad Autónoma. A esta Comisión Mixta corresponde la formulación o fijación definitiva de los contenidos jurídicos de común acuerdo, y efectivamente es definitiva porque no puede ser alterada o enmendada ni por el trámite de Referéndum, ni por el de ratificación de Cortes.

Es decir el mandato interno que conecta definitivamente determinadas consecuencias jurídicas a determinados supuestos en virtud de un juicio, que más adelante comentaremos, se lleva a cabo al margen y sin la intervención directa de las Cortes Generales, ya que la intervención de la Comisión Constitucional del Congreso lo es como parte de una Comisión Mixta extraparlamentaria y en pie de igualdad con los representantes del territorio afectado, como se deriva del inciso *"de común acuerdo"* del art. 151. 2. 1. En todo caso, si actúa una Comisión de Cortes, no lo hace en concepto de poder dotado de soberanía legislativa, sino en pie de igualdad con la representación territorial.

Superado este trámite y el de aprobación del Proyecto por Referéndum, puesto que ninguno de los intervinientes ostenta facultades ni representan al Poder legislativo, se hace preciso elevar a las Cortes el texto consensuado y aprobado, el Estatuto material, para que adquiera rango de ley formal. Esta decisión se efectúa mediante voto de ratificación (Artículo 151.2.4). La técnica de la ratificación no sólo veta la posibilidad de enmiendas o modificaciones del texto o de los contenidos concretos definitivamente fijados y excluye la votación del articulado, sino que expresa positivamente una dirección de voto, libre y soberano, pero orientado hacia la aceptación del texto en términos de convalidación o confirmación.

Es de lamentar que en tema tan importante como éste no exista prácticamente

Jurisprudencia Constitucional, ni bibliografía puntual[712].

GUMERSINDO TRUJILLO[713] criticó el procedimiento especial del art. 151 por contener una *"subyacencia contractual perturbadora"* y anteponer la aprobación por Referéndum a la ratificación de Cortes.

OSCAR ALZAGA[714] dedica al precepto unos breves comentarios sobre sus destinatarios naturales que son las nacionalidades históricas a las que por su situación diferente se otorga un tratamiento singular, y trata de quitar importancia a los comentarios de TRUJILLO porque entiende que la Comisión Constitucional, actúa ya desde un principio en representación de Cortes, y *"si vuelven a intervenir los Plenos, es para demostrar que se trata de una ley orgánica que emana de la única soberanía nacional"*. Pero los temores de TRUJILLO y las explicaciones de ALZAGA, forzando la interpretación del papel de la Comisión Constitucional, contribuyen a realzar el problema del alcance y significado de la ratificación.

En Derecho Civil, el concepto *"ratificación"* se utiliza frecuentemente como sinónimo de confirmación de un acto jurídico o de un contrato o negocio válido y eficaz ab initio, pero de validez claudicante o amenazada de impugnación o anulabilidad y carente de eficacia[715]. Esta confirmación de los contenidos y efectos de un acto jurídico, es a la vez convalidación mediante la eliminación de los riesgos de impugnación, generalmente provocados por falta de capacidad contractual. La ratificación determina

---

[712] AGUIAR y BLANCO. *Constitución Española 1978-1988*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988, pág. 1266.

[713] TRUJILLO, G.: "Regionalización del Estado" en *Estudios sobre Proyecto de Constitución*. C.E.C. Madrid, 1978, pág. 521.

[714] ALZAGA, O.: *Constitución Española de 1978*. Edic. del Foro, Madrid, 1978, págs. 878-880.

[715] SANCHEZ ROMAN. *Estudios de Derecho Civil*. Rivadeneyra, Madrid, 1898. Tomo IV, págs. 178 y ss.

la existencia de un nuevo acto jurídico distinto pero no independiente del anterior, sino motivado por su existencia indispensable para que tenga lugar el segundo acto. Es decir la ratificación equivale a complementación[716].

Además, la ratificación se refiere siempre a actos de un tercero. Así los artículos 439, 1.259, 1.310 y 2.892 y otros del Código Civil y expresa una opción positiva por la validez, y por los efectos, antes que por la ineficacia[717].

En el contexto del artículo 151.2.4 de la Constitución la ratificación es libre y soberana, pero la utilización de ese concepto y no otro, v.gr. *"aprobación por votación única de totalidad"*, orienta positivamente hacia la confirmación, convalidación, complementación, validez, producción de efectos y en definitiva aceptación de lo realizado por un tercero. Por otra parte, en Derecho parlamentario la ratificación está estrechamente unida con la votación de totalidad, con la imposibilidad de presentar enmiendas y con el procedimiento de aprobación por lectura única.

Así, el Reglamento del Senado en su Sección 6ª, establece que los proyectos de Estatutos del art. 151 se someterán al voto de ratificación, y a tal efecto el proyecto será elevado directamente al Pleno de la Cámara para su ratificación *"sin que resulte admisible la presentación de enmiendas al texto"*[718] Inmediatamente después y referido a los Tratados Internacionales, se establece que podrán presentarse propuestas de no ratificación, pero el texto de los Tratados no puede ser objeto de enmienda[719]. No deja de ser, significativo que los dos únicos supuestos de ratificación, arts. 143 y 144, sean los Estatutos del 151 y los Tratados Internacionales. La inexistencia de enmiendas significa

[716] *Enciclopedia Jurídica Española*, Ed. Seix, Barcelona, 1910. Tomo XXVI, pág. 573.

[717] PEREZ GONZÁLEZ y ALGUER, J.: *Anotaciones al tratado de ENNECERUS. Derecho de obligaciones*, Edit. Bosch. Barcelona, 1966, Volumen II, 1ª parte, pág. 390.

[718] Art. 143. Reglamento del Senado.

[719] Art. 144. Reglamento del Senado.

inexistencia de alternativas, y por tanto imposibilidad de modificación de los contenidos jurídicos del texto del Estatuto, que se convierte en alternativa única.

La ratificación de Cortes tiene, por tanto, una doble finalidad: asumir, aceptar y confirmar los contenidos normativos materiales o mandato material interno efectuados por un órgano distinto de las Cortes en virtud de un juicio o decisión en el que no han participado directamente éstas, y completar los requisitos necesarios para que alcance eficacia general como ley o imperativo *"ad extra"*. La ratificación significa asumir la validez jurídica, y aportar eficacia general como ley estatutaria con rango formal de orgánica. En este sentido cabe efectuar una distinción entre el Estatuto material y la ley que lo aprueba, al igual que la ley 12/1981 de 13 de mayo por la que se aprueba el Concierto Económico de la Comunidad Autónoma del País Vasco donde se distingue nítidamente el Concierto de la Ley de artículo único que lo aprueba.

Puede, en consecuencia, afirmarse que la Constitución ha establecido dentro del procedimiento complejo de aprobación del Estatuto una distribución competencial, atribuyendo a unos órganos la competencia material para la fijación de las consecuencias jurídicas o mandato jurídico interno, y a las Cortes, mediante la ratificación, la misión de complementarlo dotándole de eficacia general como mandato o imperativo *ad extra*. En este sentido el Estatuto analizado desde las Fuentes creadoras de Derecho, sería fruto de un régimen de coproducción normativa compartida, entre la Comisión prevista en el artículo 151.2 y las Cortes Generales.

Una segunda cuestión, es la relativa a la naturaleza del juicio en virtud del cual se efectúa al mandato interno de atribución de contenidos o consecuencias jurídicas. ¿Se trata de un juicio lógico de apreciación y valoración opcional, o por el contrario existe una relación causal o, al menos natural, entre *status* y estatuto, entre ser y haber o entre ser y deber ser? Para ello debemos distinguir aquellos supuestos en los que el Ordenamiento jurídico crea el *"status"*, de aquellos otros en los que lo reconoce.

En determinadas ocasiones es el propio Ordenamiento quien por conveniencia u oportunidad crea organismos dotándoles de un régimen jurídico especial o diferenciado. Si nos fijamos en el Derecho Administrativo, la mayor parte de los llamados organismos autónomos y sus respectivos estatutos obedecen a decisiones estatales libres.

En otros casos, en cambio, el Ordenamiento reconoce la existencia de determinadas realidades, dotadas de independencia o sustantividad propias y preexistentes al propio Ordenamiento, a las que corresponde por naturaleza un determinado ámbito de autonomía. Es el ejemplo del art. 2º de la Constitución, cuando *"reconoce"* el derecho de autonomía de las nacionalidades y regiones, o de la Disposición Adicional 1ª que reconoce los derechos históricos de los Territorios Forales. En ambos supuestos más que de una atribución libre de contenidos competenciales o de ámbitos de autonomía, se trata de una fijación o concreción que viene de antemano condicionada por la naturaleza del *"status"*.

En el caso vasco la confluencia del doble *"status"* nacionalitario y foral, hace que corresponda al Estatuto la concreción y la actualización[720] de sus derechos, y no la atribución libre o concesional de éstos. Como anteriormente hemos establecido[721], si existen competencias que corresponden al Estado por naturaleza, lo mismo ocurre con las nacionalidades y Territorios Históricos, y la función del legislador consiste en *"fijar, concretar o "inventar" en el sentido de descubrir, cuál es ese núcleo esencial indisociable con su fisonomía o "status"*.

En resumen la relación existente entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica, o entre status y estatuto, no es una conexión creada por la propia norma perteneciente al mundo del deber ser o de la validez jurídica formal en base a un juicio libre del legislador sino que viene de alguna forma impuesta o condicionada por la realidad

[720] Disposición Adicional 1º, párrafo 2º de la C.E.

[721] DE ANGEL. R. y ZORRILLA, M.: *Dictámen sobre... ob. cit.*

preexistente. Esta vinculación no arbitraria entre ser y deber ser derivada nuclearmente de la propia naturaleza de las cosas, de alcance aparentemente teórico, posee también una proyección práctica a tener en cuenta en el momento de interpretar y aplicar el Estatuto, ya que siendo su contenido de deber ser expresión jurídica del ser, no deben patrocinarse interpretaciones rupturistas de este equilibrio por muy técnicas que resulten las construcciones jurídicas en que se apoyan.

3.3. El Estatuto como norma institucional

El artículo 1º del EAPV y el 147.1 de la CE definen al Estatuto como norma institucional, por lo que un análisis integral de la norma requiere dedicar algunos comentarios a este aspecto, para lo que resulta imprescindible referirnos al concepto de institución.

Señala P. LUCAS VERDU[722] que junto al prurito de llamar institución a todo (doctrinas, ideologías, sistemas, formas, estructuras, órganos, derechos, facultades) con evidente incorrección, debe indicarse el fenómeno de la multiplicidad de significados y acepciones (sociológica, jurídica, didáctica, cultural, política, etc.). Nos encontramos ante lo que ALVIN BROWN, calificó como concepto *"omnibus"*, ya que dentro de él tienen derecho a viajar toda suerte de sentidos y versiones posibles[723].

El estudio en profundidad de la institución corresponde a la Parte o Título II de la Tesis, por lo que ahora nos limitaremos a establecer algunos de sus posibles significados jurídicos.

---

[722] LUCAS VERDU, P.: *Principios de Ciencia Política*, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, Tomo II, págs. 123 y ss.

[723] BLANCO DE TELLA y GONZALEZ NAVARRO: *Organización y procedimientos administrativos*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1975, pág. 25.

MARTIN MATEO es uno de los escasos autores que dedica algunos comentarios al carácter institucional de la norma estatutaria, y lo hace, mezclando los adjetivos de básica e institucional[724]. El Estatuto, según este autor, es la clave de bóveda del ordenamiento comunitario o el presupuesto necesario del andamiaje orgánico e institucional que hace posible la producción normativa autonómica posterior. En tal sentido el Estatuto es norma institucional porque dota de instituciones, poderes, organización y competencias a la Comunidad Autónoma y establece sus elementos institucionales como el territorio, la población, la lengua, los símbolos y la capitalidad de la nueva Institución. Se trata de una explicación descriptiva, en virtud de la cual, se presenta a la norma como creadora o conformadora de la institución jurídica llamada Comunidad Autónoma, y de los elementos que la configuran y hacen operativa, siendo, además de institucional básica por su posición privilegiada en la Jerarquía normativa dentro del ordenamiento comunitario.

Si se quiere profundizar en un sentido más técnico y preciso en el significado de la Institución y de lo Institucional, hay que hacer una referencia, rápida pero obligada, a las concepciones institucionales de SANTI ROMANO y M. HAURIOU.

Corresponde a SANTI ROMANO el mérito de haber elaborado una de las construcciones jurídicas más acabadas sobre la Institución, permitiendo, además, superar el normativismo desde el propio positivismo jurídico[725]. A la identificación tradicional del Ordenamiento o del Derecho con un conjunto de normas, contrapone la visión de éste como una unidad distinta de las normas y de los elementos materiales que lo integran. El Ordenamiento está compuesto, efectivamente, por normas, pero es, además, organización, relaciones de autoridad, mecanismos de poder y engranajes que permiten considerarlo como una entidad con vida propia. El ordenamiento es una institución y

[724] MARTIN MATEO, R.: *Manual de Derecho... ob. cit.*, pág. 101.

[725] MARTIN RETORTILLO, S.: "Estudio Preliminar" al *Ordenamiento Jurídico de S. ROMANO*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, págs. 46 y ss.

toda institución es un ordenamiento[726].

Esta doctrina, que se desarrollará más adelante, ha sido de gran utilidad y aplicada especialmente por autores del Derecho Administrativo[727]. Junto al mérito ya indicado de ensanchar la realidad jurídico positiva más allá del horizonte estrictamente normativista, permite estructurar la materia jurídica en unidades organizativas llamadas instituciones, a la vez que enmarcar o incardinar a las normas singulares en la totalidad del Ordenamiento y proceder a una aplicación e interpretación integrada dentro del mismo. Facilita igualmente una explicación de la pluralidad y de las relaciones entre los diversos ordenamientos jurídicos.

En este sentido, para E. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, la institución agrupa y organiza la materia jurídica en torno a centros unitarios o unidades jurídicas. Son estructuras o sistemas organizados dotados de unidad e integrados por normas y principios generales. Estos principios que transcienden a las normas expresan un orden de valores *"anudando el mundo de las normas y de las conexiones formales con el material de los valores de justicia"*[728].

La institución como estructura unitaria viene animada por los principios o valores, que junto con las normas forman parte de ella. Estas unidades o estructuras animadas, pueden referirse al Ordenamiento en su conjunto o a unidades o partes destacadas de él. Así GARCIA DE ENTERRIA[729] aplica el concepto tanto al supraordenamiento constitucional, integrado por una pluralidad de ordenamientos y a sus

---

[726] ROMANO, S.: *El Ordenamiento Jurídico*. Traducción de Lorenzo y Sebastián MARTÍN RETORTILLO. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, págs. 99 y ss. y 128 y ss.

[727] MARTIN RETORTILLO, S.: *ob. cit.*, pág. 51.

[728] GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Civitas. Madrid, 1990, Tomo I, pág. 74.

[729] GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Estudios sobre Autonomías... ob. cit.* págs. 115 y 289.

relaciones mutuas, siguiendo expresamente la doctrina de S. ROMANO, como a sectores destacados del mismo, por ejemplo habla del *"contenido institucional del art. 149 de la Constitución"*.

Las precedentes consideraciones son ya de por sí argumento suficiente para superar una concepción meramente normativa del Estatuto, y permiten ponerlo en conexión con el conjunto del ordenamiento y con los principios animadores del mismo, cuestión que no se reduce a un juego de conexiones estrictamente formales como hemos visto. No obstante, esta concepción del Ordenamiento y de la Institución como conjunto de normas, principios, valores, estructuras y organización, destaca los elementos objetivos del Derecho, o el Derecho como resultado dado, sin incorporar los elementos subjetivos, dinámicos y creadores del Derecho. El Derecho no es sólo ordenamiento o reglamentación normativa, organización o estructura animada por principios y valores, es además creación, fundación, decisión, en virtud de un poder o autonomía reconocida a determinados sujetos.

Como puso de relieve M. HAURIOU[170], los juristas desde siempre admitieron que en el Derecho coexisten elementos subjetivos (personalidad, derechos subjetivos, actos jurídicos, autonomía de la voluntad) y objetivos (normas, ordenamientos, leyes, reglamentos), dualismo que expresa un *"sabio compromiso"* entre lo objetivo y lo subjetivo. La institución, según HAURIOU, no se compone únicamente de elementos objetivos, sino de una sabia combinación de ambos, asignando a cada uno de ellos su correspondiente función en el Derecho. La norma, el conjunto de normas, los principios, las estructuras, el Ordenamiento en su conjunto, es lo dado, y cumple la importante misión de dotar de estabilidad y permanencia a las instituciones. Pero además en la Institución y en el Derecho en su conjunto, existen elementos subjetivos creadores y dinámicos que representan la acción, frente a la norma que representa la reacción y el

[170] HAURIOU, M.: "Teoría de la Institución y la Fundación". Publicado en el nº 4 de *Cahiers de la nouvelle journée*. Bloud & Gay. París, 1925.

límite, cumpliendo en palabras de HAURIOU, la función del agrimensor[731]. El resorte que pone en funcionamiento a los elementos creadores individuales o colectivos es la idea de obra o empresa, el proyecto a realizar, idea o proyecto, que a través de un proceso de asimilación e interiorización social se personifica jurídicamente y a cuyo servicio se orientan la organización, las instituciones-cosa y las normas o reglamentaciones[732].

Prescindiendo, de momento, de una mayor profundización en esta concepción institucional, y huyendo de la tentación de generalizar y hacer extensible esta explicación a todas las ramas del Derecho, como si de una cosmovisión jurídica se tratase, parece, no obstante, que aporta elementos enriquecedores y útiles para una construcción integral del concepto de estatuto, en cuanto norma institucional.

En el Derecho positivo nos encontramos con instituciones hechas, asentadas y terminadas, como formas estables de organización, que permanecen y duran en el tiempo, de cuyo origen y proceso de creación se ha perdido probablemente memoria, y únicamente nos queda su solidificación normativa. Se olvida frecuentemente que en su momento fueron objeto de un proceso creador social y que su vigencia es debida a la aptitud demostrada para la consecución de los fines para los que nacieron. A esta clase de instituciones pertenecen, en el Derecho privado desde la familia hasta los contratos, y en el Derecho Público desde el Estado hasta las instituciones administrativas.

Pero también en el Derecho positivo encontramos preceptos como el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el art. 1255 del Código Civil, el derecho de asociación del art. 22 de la Constitución, o el principio dispositivo del art. 143, que

[731] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, págs. 264 y 295.

[732] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, pág. 294.

permite materializar al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones. Estos preceptos confirman que el Derecho se integra también por elementos subjetivos con capacidad creadora de nuevas relaciones jurídicas o de asumir los esquemas institucionales ya creados, acogerse a instituciones o formas de organización preexistentes o iniciar procesos institucionales nuevos, que sólo podrán denominarse realmente instituciones cuando hayan acreditado su aptitud instrumental en el tiempo y gocen, por tanto, de estabilidad. Para estos nuevos procesos institucionales aún no asentados pero con vocación de serlo, resulta adecuada jurídicamente la concepción institucional de HAURIOU en la que se combinan adecuadamente todos los elementos analizados, estableciéndose entre todos ellos una interrelación necesaria como fases interdependientes de una realidad única que es la Institución.

La Institución, según HAURIOU, discurre a través de un proceso en el que los elementos subjetivos en virtud de una decisión fundacional crean una Institución jurídica, personificación de la IDEA o del PROYECTO. y para su realización la dotan de elementos objetivos como son la organización, los poderes o instituciones-cosa, las normas o reglamentación. La Teoría de ROMANO se ajusta más a las instituciones establecidas y asentadas, la de HAURIOU se amolda mejor a los procesos institucionales nuevos.

El Estatuto vasco inaugura una nueva etapa institucional producto de un proceso histórico que culmina jurídicamente con la aprobación del Estatuto. El asentamiento, la permanencia y la estabilidad del modelo institucional requiere tiempo, pero sobre todo aptitud o idoneidad de los medios para la realización de la idea o del Proyecto. Transcurrido el tiempo, la permanencia y duración institucional, como la de los contratos, la familia, el Estado o la Sociedad, se manifestará exclusivamente en los elementos objetivos de la Institución. Pero, para alcanzar este objetivo, para transcurrir de un modelo institucional a otro institucionalizado, se requiere una praxis de aplicación e interpretación estatutaria equilibrada y al servicio de la idea, proyecto, objetivo, o finalidad.

El art. 1º del Estatuto vasco, en cuanto proceso institucional *"infieri"* refleja todos los componentes jurídicos analizados hasta ahora en la teoría de HAURIOU.

- Representa la culminación jurídica de un proceso de recuperación institucional histórico, como queda acreditado por la Disposición Adicional 1ª y la Disposición Transitoria 2ª de la Constitución que otorga valor jurídico de presente al plebiscito histórico de 1933 con lo que el actual proceso de elaboración y aprobación del Estatuto se incorpora e inscribe en el proceso histórico.

- *"El Pueblo vasco o Euskalherria como expresión de su nacionalidad"* expresa el elemento subjetivo de la institución.

- *"Se constituye"*, expresa la decisión creadora o fundadora e instituyente.

- *"En Comunidad Autónoma bajo la denominación de Euskadi o País Vasco"* es la Institución jurídicamente personificada, es la encarnación jurídica de la Idea, o Proyecto a realizar.

- *"Para acceder al autogobierno"* es la Idea o Proyecto a realizar.

- *"De acuerdo con la Constitución y el Estatuto que es su norma institucional básica"*, representan los elementos objetivos de la institución.

Lo importante es que en el seno de la Institución todos los elementos, subjetivos y objetivos, colaboran en el asentamiento y la continuidad de la institución en el tiempo, y que todos cobran sentido y significado en el contexto institucional.

El Estatuto en cuanto norma institucional puede ser interpretado como norma

fundante, básica o presupuesto necesario que al dotar de personalidad jurídica, organización, poderes y competencias hace posible la aparición de un nuevo ordenamiento jurídico, en el sentido ya expuesto por S. ROMANO. Pero también, como decisión y norma, o combinación de elementos subjetivos y objetivos al servicio de una finalidad, idea o proyecto en el sentido expuesto por HAURIOU. Esta interpretación, que evoca la distinción de C. SCHMITT entre Constitución como decisión y Ley Constitucional[73], parece más ajustada a lo que prescribe el art. 1º del EAPV, y a la realidad institucional que éste inaugura.

3.4. El Estatuto como norma actualizadora del Régimen Foral

Aun cuando, en principio, la función actualizadora de los derechos históricos asignada por la Diposición Adicional Primera de la Constitución no añade propiamente notas nuevas a la configuración tecnica del Estatuto Vasco en las vertientes formal, material e institucional estudiadas, sí las modula o condiciona al incidir directamente sobre la naturaleza jurídica del Estatuto, como seguidamente expondremos. Por este motivo, nos limitamos, de momento, a dejar constancia de esta importante singularidad.

[73] SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución... ob. cit.*, pág. 45.

II. NATURALEZA JURIDICA DEL ESTATUTO

La naturaleza jurídica de una institución o de una norma depende del concepto que se tenga de ésta. La mayor parte de la doctrina sostiene un concepto general de Estatuto, basado en la definición constitucional del art. 147.1, lo que ha dado lugar a conclusiones también generales sobre su naturaleza jurídica.

Nosotros hemos intentado presentar un concepto de Estatuto más ceñido a la realidad del Estatuto vasco, distinguiendo su alcance formal y posición en la jerarquía de Fuentes de aplicación, su significado material en el Sistema de Fuentes de creación o producción de Derecho, y su concepción institucional, aspecto este último sobre el que la doctrina pasa sobre ascuas. Pero la singularidad del Estatuto vasco destaca esencialmente por la función específica que le atribuye la Constitución, compartida también por la LORARFNA, al encomendarle la misión actualizadora del Régimen Foral.

Los posicionamientos doctrinales generales sobre la naturaleza jurídica de los Estatutos pueden agruparse en cuatro grandes apartados. CELAYA[74] agrupa éstos bajo los epígrafes de ley regional, ley estatal, pacto y acto complejo.

1. El Estatuto como ley estatal

S. MUÑOZ MACHADO es uno de los principales defensores de la naturaleza estatal de los Estatutos, tanto en su sentido formal como leyes orgánicas, como desde una perspectiva material en cuanto normas procedentes de las Cortes que dotan de

[74] CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Autonómico Vasco*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1992, págs. 64 a 68.

validez y eficacia a los Estatutos[735]. Partiendo del art. 147.1 admite su carácter de *"res mixta"*, estatal y autonómica, pero se pronuncia por la primera de ellas en base al art. 81 de la Constitución que califica como leyes orgánicas a las que aprueban los Estatutos de Autonomía. Desde la consideración del art. 151.2 de la Constitución, acepta un cierto carácter paccionado de la ley, siempre que se entienda por tal el concurso de voluntades necesario para la aprobación, modificación y fijación del contenido de los Estatutos, pero se pronuncia en última instancia por su naturaleza material estatal, por entender que corresponde a las Cortes Generales en exclusiva el poder de dotarlas de validez y eficacia. La distinción legal, ex artículo 81 de la Constitución entre el Estatuto material y la ley que lo aprueba carece a su juicio de relevancia jurídica por entender que se trata de una técnica habitual y no exclusiva de los Estatutos. Así, v.gr.: *"Real Decreto, por el que se aprueban las normas o los estatutos de..."*.

A estos planteamientos de MUÑOZ MACHADO cabe oponer algunos reparos desde el propio texto constitucional. Las leyes orgánicas constituyen una categoría formal que afecta al rango, no a la esencia o sustantividad de las leyes. Por la materia sobre la que versan se exige para su aprobación una mayoría cualificada y ocupan una posición privilegiada en el ordenamiento estatal. Se trata de una cuestión de rango o posición determinada en la Jerarquía de Fuentes de aplicación del Ordenamiento estatal.

Pero en el Ordenamiento Comunitario, que es diferente del estatal, el Estatuto no se integra como ley orgánica, ya que esta categoría no existe, sino como ley institucional básica o fundante, lo que significa que además del rango máximo cumple la función de fundamento. Si admitimos, como parece claro, la existencia de una pluralidad de Ordenamientos, independientes uno de otro[736], el Estatuto pertenece a ambos pero no desarrolla en ellos la misma función. En cuanto ley del Ordenamiento estatal será

[735] MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Edit. Civitas. Madrid, 1984, Tomo I, págs. 281 a 288.

[736] GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Estudios sobre Autonomías... ob. cit.*, pág. 289.

orgánica, y en cuanto Ley de la Comunidad será básica o fundamental. Como el término estatal es anfibológico y se emplea en diferentes sentidos, la caracterización como ley del Estado global[737] recoge mejor su doble naturaleza formal de ley fundamental comunitaria y de ley orgánica estatal.

Respecto a la afirmación sobre la naturaleza material del mandato, como procedente de la única voluntad soberana de las Cortes que le otorga validez y eficacia, deben también efectuarse matizaciones. Aunque a nivel de principio debe admitirse que la ley paccionada, técnicamente, es incompatible con la soberanía de las Cortes, debe recordarse como anteriormente, hemos expuesto, que la técnica de ratificación constituye un límite a las facultades ordinarias del Poder Legislativo, ya que impide a éste entrar en los contenidos de la ley, y por tanto establecer en virtud del correspondiente juicio legislativo la vinculación de las consecuencias jurídicas, vinculación que es constitutiva de la validez de las normas[738].

Así como el mandato externo o imperativo de cumplimiento, que aporta la eficacia general a la norma, procede en exclusiva de las Cortes Generales, el mandato interno vinculante que aporta validez jurídica material corresponde a otro órgano distinto y una vez aprobado en Referéndum, no puede ser alterado ni modificado por las Cortes Generales. ¿La ratificación por Cortes de una validez jurídica preestablecida, a la que dota de eficacia general formal, es suficiente para calificar al producto normativo resultante como ley de procedencia estatal? Me remito a lo ya expuesto respecto a los Tratados Internacionales.

Intimamente unido a su naturaleza estatal, suele figurar el carácter concesional, nota, que por lo expuesto hasta aquí, no se corresponde ni con el contenido ni con la

[737] GARCIA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, pág. 296.

[738] K. LARENZ, citado por DIEZ PICAZO, L.: *ob. cit.* vol. I, pág. 36.

naturaleza del Estatuto. Respecto al contenido de los Estatutos, éste emana o es prolongación y expresión del derecho a la Autonomía reconocido a las nacionalidades como entidades preexistentes y no creadas por el Estado, y su fijación corresponde a un órgano no estatal según el art. 151.2 de la Constitución. Esta concreción de contenidos jurídicos viene condicionada por una relación, si no causal, sí al menos natural entre ser y deber ser, y en modo alguno procede de una decisión libre o arbitraria del legislador.

Si el contenido del Estatuto no es objeto de concesión estatal, tampoco puede afirmarse que lo sea el instrumento legal ratificado por Cortes. Ya se ha comentado con anterioridad que la ratificación participa más del carácter de convalidación legal o de confirmación por ley, que de estricta aprobación[739]. En la época foral, el trámite de confirmación de Fueros por parte de los Señores y de los Reyes, también quiso ser interpretado como concesión real[740], afirmación que fue rotundamente desmentida por la doctrina foral demostrando que la confirmación consistía en un trámite formal que aportaba garantía y respeto a los contenidos forales y no un expediente de aprobación legal. Más modernamente, CELAYA[741] ha interpretado la confirmación real como competencia colegislativa de Juntas y Señor, en virtud de lo que hoy llamamos principio de distribución de competencias. El proceso de aprobación de los Estatutos, por la vía del artículo 151, que distribuye en órganos diferenciados las competencias de aprobación material y de ratificación formal de los Estatutos, se ajusta más al principio colegislativo histórico que al principio estatal y concesional.

Si esta afirmación es aplicable a los Estatutos del art. 151, con mayor razón al Estatuto vasco que además cumple la función constitucional de actualizar el Régimen Foral, cuyo SER y HABER es producto de reconocimiento y no de concesión. Resultaría un absurdo jurídico afirmar que el instrumento legal de actualización es una ley

[739] Vid. págs. 259 y 260.

[740] LLORENTE, A., citado en páginas anteriores.

[741] CELAYA IBARRA, A.: *La decadencia del Régimen... ob. cit.*, pág. 41.

estatal concesional, y los contenidos actualizados fruto del reconocimiento. No sirve para justificar el carácter concesional invocar que la Disposición Adicional 1ª de la CE es producto de una decisión libre del Poder constituyente soberano, cuando, como ya ha recordado HERRERO DE MIÑON, la Constitución en su conjunto es obra de la transacción. *"No puede tomarse al pie de la letra el Preámbulo de la Constitución y suponer que la Nación española en uso de su soberanía es capaz de proclamar una voluntad libre, unilateral y soberana"*[742].

Recurriendo a la distinción de G. JEZE[743] entre ley material y formal, la formalización por las Cortes Generales de un acuerdo o pacto previo no puede desvirtuar, ni ocultar el carácter pactado, o colegislativo[744], de la norma resultante. Esta consideración me confirma en la necesidad de distinguir entre Estatuto o ley material y ley estatutaria formal. La discrepancia que formulamos sobre el carácter concesional de la ley estatutaria se refiere únicamente a los contenidos materiales y a la naturaleza jurídico-formal de la ley, no al sistema autonómico en su conjunto que, como es notorio, deriva y depende de la Constitución.

2. El Estatuto como norma autonómica

Según VANDELLI[745], en Italia existen autores que defienden la naturaleza regional de los Estatutos, y ello se debe a que la Constitución crea las Regiones y encomienda a sus órganos legislativos la elaboración de los Estatutos, reservando al Congreso la función de aprobarlos obligatoriamente como leyes siempre que se ajusten

[742] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 119.

[743] JEZE, G.: *Principes Generaux de Droit Administrative*. Paris, 1914.

[744] Subrayado de J. Caño.

[745] VANDELLI, L.: *El Ordenamiento español de las... ob. cit.*, pág. 223.

a la Constitución[746]. Se trata de dos actos perfectos, uno, regional, que elabora y aprueba los Estatutos y el otro estatal, que les otorga preceptivamente rango formal de ley.

En España, en cambio, rige el principio dispositivo por lo que la creación de las Comunidades y de sus órganos institucionales no es obra de la Constitución sino de los propios Estatutos. Por tanto, al no existir ni Comunidades ni órganos legislativos, a la representación territorial o regional sólo corresponde la elaboración de Proyectos, no de actos perfectos, que pueden libremente ser aprobados o rechazados por las Cortes Generales. En consecuencia los Estatutos no son leyes regionales, sino leyes orgánicas del Estado, especiales y reforzadas, pero leyes estatales en suma[747]. Por otra parte, advierte, ni siquiera en Italia cabe afirmar plenamente este carácter regional, puesto que aunque teóricamente no pueden ser modificados en su contenido por constituir actos regionales perfectos, el Congreso ha interpretado extensivamente sus facultades modificando los textos estatutarios[748].

A estas consideraciones pueden efectuarse algunas matizaciones.

Cifrar el carácter estatal de la ley estatutaria en la inexistencia de Entes autonómicos y de órganos legislativos, no deja de constituir una interpretación excesivamente formalista, como apunta CELAYA[749]. Efectivamente, antes de la aprobación de los Estatutos ni existen Comunidades Autónomas constituidas ni Parlamentos autonómicos, pero sí existen, y preexisten a la propia Constitución las nacionalidades reconocidas por el art. 2º de la Carta Magna, y la Constitución ha querido en el art. 151 que estas

[746] VANDELLI, L.: *ob. cit.*, pág. 46.

[747] VANDELLI, L.: *ob. cit.*, págs. 222 a 230.

[748] VANDELLI, L.: *ob. cit.*, pág. 225.

[749] CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Autonómico... ob. cit.*, pág. 67.

realidades preconstitucionales colaboren de alguna forma en el proceso de elaboración y aprobación de sus respectivos Estatutos. Me permito añadir, como reflexión adicional, que la existencia de órganos legislativos es un presupuesto necesario para que existan leyes, pero no para que existan normas. El órgano legislativo permite la dotación de rango, pero no es condición indispensable para la existencia de la norma. Si reparamos en nuestro Sistema de Fuentes[750], tanto la ley, como la costumbre o los principios generales de Derecho son normas, y por tanto mandatos imperativos con eficacia social organizadora, y aunque la Constitución no ha alterado el sistema general de Fuentes, puede reconocer a determinadas realidades con carácter puntual y excepcional, en este caso a las nacionalidades del art. 2º, una capacidad normativa, no legislativa, parcial o limitada, para la fijación o formulación y aprobación definitiva de los contenidos normativos materiales. No podrán sus resultados denominarse leyes porque carecen de órganos legislativos propios, pero podrán denominarse mandatos o imperativos materiales o normas materiales incompletas con eficacia general suspendida o pendiente de ratificación legal por las Cortes Generales.

Debe, no obstante, reconocerse que en la doctrina española no existen, como en el caso italiano, autores que defiendan el carácter autonómico puro de la ley o norma estatutaria. Algunas referencias a esta posición doctrinal excepcional se hallan en FERRANDO BADIA[751]: *"la máxima manifestación de la autonomía consiste en dotarse a sí mismas de su propio Estatuto, expresión del poder de autodeterminación y de la potestad estatutaria de la entidad autonómica"*[752]. *"Es el pueblo, primero a través de sus representantes y luego mediante referéndum, el único protagonista legitimado para*

[750] Art. 1º Código Civil, y 149.1.8 de la CE

[751] FERRANDO BADIA, J.: "Poder Autonómico y Central", en la obra colectiva *Estados de las Autonomías*. CITEP. Madrid. 1980.

[752] FERRANDO BADIA, J.: *ob. cit.*, pág. 33.

darse su Estatuto"[753] *"El Estatuto debe ser trasunto de la personalidad histórica y cultura diferenciada de cada Comunidad"*[754]. De esta última cita puede colegirse, además, que el estatuto es la expresión y concreción del *"status"*, como hemos establecido en páginas precedentes.

3. Naturaleza pactada del Estatuto

Entre los partidarios de la naturaleza pactada del Estatuto vasco destaca HERRERO DE MIÑON, y de los Estatutos aprobados por la vía del art. 151, MARTINEZ ESTERUELAS, y en menor medida R. ENTRENA CUESTA, DE LA QUADRA SALCEDO, LOGENDIO IRURE y otros.

HERRERO DE MIÑON en su monografía sobre los Derechos Históricos defiende, a pesar de la resistencia doctrinal y las ambigüedades de los Tribunales Supremo y Constitucional, la existencia de leyes paccionadas. En concreto, en el caso de Navarra, es la propia norma la que califica como paccionado el régimen foral navarro[755], e idéntica calificación merecen, según su criterio, los regímenes autonómicos de raíz foral cuya base se halla en el reconocimiento de los derechos históricos, y, entre ellos, el Estatuto vasco.

En el Preámbulo de la Ley de Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra –LORARFNA– se dice textualmente:

> *"... dada la naturaleza y alcance del amejoramiento acordado... resulta constitucionalmente necesario que el Gobierno formalice el pacto... como*

[753] FERRANDO BADIA, J.: *ob. cit.*, pág. 33.

[754] FERRANDO BADIA, J.: *ob. cit.*, pág. 33.

[755] HERRERO DE MIÑON, M.: *Idea de los derechos... ob. cit.*, pág. 106.

Ley Orgánica, y lo remita a las Cortes para que éstas procedan a su incorporación al Ordenamiento Jurídico español como ley orgánica"[756].

En este texto destacan una serie de notas que ya hemos resaltado anteriormente. Se trata de un pacto material que es preciso o *"necesario"* formalizar como ley orgánica para su incorporación en el Ordenamiento estatal. Pero el carácter de la ley no deriva del instrumento formal de aprobación, la ley orgánica, sino de sus condiciones de iniciativa, aprobación, reforma y exclusión de revisión unilateral.

Recurriendo a G. JEZE, la ley orgánica que aprueba los estatutos es formal porque no está orientada a establecer una situación general y objetiva, sino a formalizar un pacto previo, por lo que recibe el nombre de ley-contrato[757]. El pacto a que se refiere HERRERO DE MIÑON, no es el pacto del art. 151, sino un pacto más amplio, el *"pacto de status"* en terminología de C. SCHMITT, anteriormente explicado, y aplicable a los Estatutos de raíz foral.

Para MARTINEZ ESTERUELAS, la naturaleza pactada se deriva de la interpretación conjunta de los artículos 147, 150, 151 y 81 de la Constitución y resulta ser una caracterización no directa, sino excluyente, para evitar el incremento competencial de las Comunidades Autónomas por aplicación del art. 150.2 de la Constitución. Si al indudable carácter paccionado o bilateral de los Estatutos se sumase su condición de auténticas leyes orgánicas, se producirían dos consecuencias absolutamente favorables para las autonomías: una, la posibilidad de asumir *"ab initio"* por el propio Estatuto materias que el art. 150 reserva al Estado, y otra, que una vez asumidas no serían

[756] LOPERENA, D.: *Aproximación al Régimen Foral de Navarra*, IVAP, Oñati, 1984, págs. 120 y ss.

[757] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 108.

revocables por el Estado, debido a la inderogabilidad unilateral de los Estatutos[758]. En conclusión los estatutos no son auténticas leyes orgánicas, sino sólo formalmente, prevaleciendo su carácter paccionado o bilateral.

Más tenuamente aluden al carácter paccionado R. ENTRENA CUESTA: *"recuerdan la vieja figura histórica de las leyes paccionadas"*[759] y DE LA QUADRA SALCEDO: *"Ley orgánica de cobertura de un pacto previo"*[760].

Niegan expresamente este carácter, PECES BARBA: *"no son leyes paccionadas porque la validez de la norma no nace del acuerdo de voluntades, sino del acuerdo unilateral. El pacto no es fuente de validez, sino condición"*[761]; MENENDEZ REXAC: *"el derecho objetivo no puede producirse por pacto"*[762]. En el mismo sentido ALZAGA[763] y PEDRIERI[764].

Como puede apreciarse, existen muy diversos posicionamientos respecto a la naturaleza pactada de los Estatutos, pero por lo que concierne a los Estatutos de Navarra y País Vasco, con raíz foral, los argumentos son más fuertes puesto que su configuración no deriva de interpretación doctrinal, sino del propio texto literal de la Ley.

---

[758] MARTÍNEZ ESTERUELAS y otros: *Estudios Jurídicos sobre el Estatuto Vasco*. Publicado por DANUBIO. Madrid, 1980, pág. 31.

[759] ENTRENA CUESTA, R.: *Comentarios a la Constitución*. Obra colectiva dirigida por F. GARRIDO FALLA. Ed. Civitas, Madrid, 1980, pág. 1589.

[760] QUADRA SALCEDO. "La ley en la Constitución: Leyes Orgánicas". Civitas. *Rev. Dº Administrativo*, nº 24. 1980. pág. 64.

[761] PECES BARBA, G.: *La Constitución Española de 1978*. Ed. Fernando Torres, Valencia, 1984, pág. 123.

[762] MENENDEZ REXAC, H.: *Convenios entre Comunidades Autónomas*". I.E.A.L., Madrid, 1982, pág. 82.

[763] ALZAGA, O.: *La Constitución de... ob. cit.*, pág. 857.

[764] PEDRIERI: *El sistema de fuentes... ob. cit.*, pág. 177.

4. El Estatuto como acto complejo

Es HENRI BARRAIL el primer autor que analizando la categoría de los Estatutos en la Constitución española de 1931, define a éstos como una *"cooperación de voluntades", pues ni la Región podrá crear un Estatuto sin el Estado, ni éste sin la adhesión de la Región"*[365].

La necesaria concurrencia de voluntades, de la Comunidad *"in fieri"* y del Estado, para la producción de la norma estatutaria y para su modificación posterior, induce a MARTINEZ SOSPEDRA[366] y a Tomás VILLARROYA[367], a calificar al Estatuto como acto complejo no unilateral.

Para G. TRUJILLO, en la gestación de los Estatutos afloran ciertos elementos pactistas cuyo trasunto en el plano técnico-jurídico se expresa a través de la categoría del acto complejo. Especialmente en el procedimiento del art. 151 se pone inequívocamente de manifiesto que la potestad estatuyente no corresponde unilateralmente al Estado[368].

La categoría del acto complejo se deriva de lo que los alemanes llaman *"Vereinbarung"* (unión compatible o simpática) y *"Gesammtakt"* (acto complejo), más propiamente de esta última. Según HAURIOU[369], la utiliza TRIEPEL en su obra *"Dro-*

---

[365] BARRAIL, H.: *L'Autonomie régionale en Espagne*. Bose Frères. Lyon, 1932, pág. 100.

[366] MARTINEZ SOSPEDRA Y AGUILO: *Lecciones de Derecho Constitucional Español. II. Derecho Autonómico*. Torres Editor. Valencia, 1982, Tomo II, pág. 66.

[367] VILLARROYA, T.: *Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1980, pág. 142.

[368] TRUJILLO, G.: *LOAPA y Constitución*. Servicio de Publicaciones Gobierno Vasco. Vitoria, 1982, págs. 37 a 42.

[369] HAURIOU, M.: *Principios de Derecho... ob. cit.*, pág. 229, nota 1.

it International public et droit interne" para explicar el fundamento del Derecho público nacional e internacional no como un contrato, al estilo de ROUSSEAU, sino como un acuerdo en que todos los adherentes manifiestan una finalidad idéntica fruto de varias voluntades. Esta teoría ha sido también ensayada por DIEZ PICAZO[770] para explicar la naturaleza jurídica del acto constitutivo de las asociaciones. Igualmente en el ámbito del Derecho constitucional italiano ha sido utilizada, según VANDELLI, por algunos autores para explicar la naturaleza jurídica de los Estatutos regionales[771]

Para LUCIFREDI, actos complejos son aquéllos en que dos o más voluntades tendentes a un mismo fin, se funden en una sola voluntad declarada idónea para producir efectos jurídicos que no podrían producirse de ningún modo si faltase tal concurso de voluntades[772]. En el mismo sentido coinciden MORTATI, DE SIERVO, MARTINES y otros[773].

Este necesario concurso de voluntades también se da en los Estatutos del art. 143, pero es de naturaleza desigual la voluntad de la Región y la del Estado. En cambio en el procedimiento extraordinario del art. 151 el acto complejo es de carácter igual, porque para aprobarse el Estatuto tiene que haber un consentimiento igual de ambas partes[774]. En conclusión, *"las leyes orgánicas de los Estatutos de Autonomía tienen distinta naturaleza que la generalidad de las leyes orgánicas no sólo por las variantes procedimentales necesarias para su aprobación, sino por la exigencia del concurso de voluntades"*[775].

---

[770] DIEZ PICAZO, L.: *Lecciones de Derecho Civil*. Universidad de Valencia. Madrid, 1967, pág. 183.

[771] VANDELLI, L.: *ob. cit.*, págs. 222 y ss.

[772] LUCIFREDI, en "Novisimo Digesto italiano" Voz ATTI COMPLESSI, Tomo I (2) pág. 1500.

[773] MORTATI, DE SIERVO, etc. citados por G. TRUJILLO, *ob. cit.*, pág. 42.

[774] TRUJILLO, G.: *ob. cit.*, pág. 42.

[775] TRUJILLO, G.: *ob. cit.*, pág. 43.

Esta teoría que contiene elementos próximos a la teoría paccionada, se sitúa en un término intermedio entre las que defienden el carácter estatal y autonómico de la ley, en definitiva acepta que se trata de una ley orgánica de naturaleza especial pero única y estatal en suma.

E. AJA[776], aunque no comparte la teoría del acto complejo, sí coincide en calificar a los Estatutos como normas de naturaleza estatal peculiar, justificando esta peculiaridad: en que no constituyen *"productos ordinarios"* de la potestad legislativa, en la intervención de otras voluntades distintas de la del Estado que aportan un cierto carácter paccionado a su elaboración, y en la indisponibilidad que sobre estas leyes tiene el poder estatal para proceder a su iniciativa, aprobación y reforma[777]. Para este autor los Estatutos, además de norma, son la expresión de la voluntad constitutiva que permite el tránsito del *"posse ad esse"* autonómico[778]. Afirmación que coincide con la efectuada por nosotros en páginas anteriores sobre el Estatuto como norma y como decisión institucional.

5. Naturaleza jurídica mixta de los Estatutos

LEGUINA VILLA, partiendo correctamente, a mi modo de ver, del art. 147.1, y no del art. 81, ambos de la Constitución, entiende que los Estatutos ofrecen una doble naturaleza, según se les considere como ordenamiento regional o como parte del ordenamiento estatal. Desde el primero son la fuente normativa superior del ordenamiento autonómico, o *"constitución"* de la Comunidad Autónoma. Desde el segundo son leyes orgánicas particulares o especiales porque constituyen actos legislativos complejos

[776] AJA, E.: *Sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*. Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pág. 102.

[777] AJA, E.: *ob. cit.*, pág. 103.

[778] AJA, E.: *ob. cit.*, págs. 101-102.

debido a la participación de las Comunidades en su elaboración[779].

Coincide esta apreciación con nuestras consideraciones sobre el Estatuto como ley formal, aunque se queda en el nivel de Jerarquía de normas, sin analizar las Fuentes de producción y las consecuencias que se derivan de la consideración del Estatuto como norma material.

R. MARTIN MATEO asigna a los Estatutos una triple naturaleza: integrantes del bloque de constitucionalidad, norma autonómica básica o clave de bóveda del ordenamiento autonómico y ley estatal de base negocial, o pacto federativo, cuyos efectos sólo se producen a partir de la aprobación de la ley[780].

GARCIA DE ENTERRIA se pronuncia claramente por la doble naturaleza. *"A la pregunta sobre la naturaleza estatal o autonómica de los Estatutos debe responderse que son las dos cosas a la vez, con toda claridad, dados su origen, su aprobación y su posición respecto a la Constitución"*[781].

ALVAREZ CONDE, E.[782] a la vez que defiende el carácter estatal y comunitario de la norma estatutaria, introduce algunas precisiones importantes. Es partidario de la distinción entre Estatuto material y ley orgánica formal. Define el procedimiento del art. 151 como pactado. Destaca que siendo la esencia distintiva de las leyes orgánicas respecto a las ordinarias las mayorías cualificadas exigidas para su aprobación, o el procedimiento de *"quorum"* reforzado, es justamente en esta nota esencial en lo que el

[779] LEGUINA VILLA, J.: "Las Comunidades Autónomas". Obra Colectiva *La Constitución española de 1978*. págs. 791 y ss.

[780] MARTIN MATEO, R.: *ob. cit.*, págs. 99 y ss.

[781] GARCIA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs 295 y 296.

[782] ALVAREZ CONDE, E.: *Las Comunidades Autónomas*. Ed. Nacional "Cultura y Sociedad". Madrid, 1980. págs. 107-109.

Estatuto se diferencia de las leyes orgánicas. De donde es fácil deducir que no teniendo ninguna semejanza jurídica el Estatuto con las leyes orgánicas, salvo el nombre, se les asigna este rango formal para garantizar su posición de privilegio, inmunidad y garantía dentro del ordenamiento estatal de forma que únicamente puedan depender de la Constitución.

6. Conclusiones sobre la naturaleza jurídica del Estatuto

Expuestas las principales teorías sobre la naturaleza jurídica de los Estatutos, procede ahora efectuar algunas reflexiones generales.

En primer término, todas ellas parten, con la excepción de HERRERO DE MIÑON, del concepto genérico de Estatuto del art. 147, y por tanto circunscriben su interpretación a los preceptos recogidos en el Título VIII de la Constitución.

En segundo lugar, todas ellas también, con alguna excepción como ALVAREZ CONDE, mezclan en su análisis los niveles formal y material del Estatuto, o si quiere cuestiones de rango formal o de jerarquía normativa con otras sustantivas atinentes a las Fuentes de creación o de producción normativa.

Por último ninguna de las posiciones expuestas presta la menor atención al carácter institucional de la norma, a pesar de ser una de las notas distintivas de la definición legal de Estatuto, ex artículo 147.1 de la Constitución.

Por todo ello en las líneas que siguen, se propone un posicionamiento sobre la naturaleza jurídica del Estatuto vasco, teniendo en cuenta, además de los preceptos generales del Título VIII, las especialidades que se derivan de la Disposición Adicional 1ª de la Constitución, y considerando los diferentes planos: formal, material e institucio-

nal.

• Si se considera al Estatuto en función de la situación que ocupa en la jerarquía normativa dentro del Ordenamiento Jurídico vemos que:

a) Es una ley constitutiva y básica de la Comunidad Autónoma y del ordenamiento jurídico autonómico. Es base y fundamento de la Comunidad y presupuesto necesario de su ordenamiento jurídico, ocupando dentro de él la máxima jerarquía normativa. Esta es la única definición directa y esencial que aporta el art. 147.1 de la Constitución.

b) Ahora bien, para garantizar esta función superior e integrarse en el Ordenamiento jurídico estatal en posición digna e inatacable por las restantes leyes, se le confiere el rango, también máximo, de ley orgánica. De esta forma no podrá ser afectada o alterada por ninguna otra ley, estatal o autonómica, con excepción de la propia Constitución, y será respetada por todos los poderes públicos del Estado, según el art. 9.1 de la CE.

c) Es, en primer término y esencialmente, ley constituyente de la Comunidad Autónoma, e instrumental o secundariamente, para cumplir su función e integrarse por vía de recepción o acogimiento en el Ordenamiento estatal, ley orgánica. *"El Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su Ordenamiento Jurídico"*. (Art. 147.1).

d) Como se ha puesto de relieve por la doctrina, el Estatuto no es una auténtica ley orgánica, aunque participa de todas las ventajas de esta posición privilegiada. Se le ha llamado ley orgánica de naturaleza especial y distinta, de naturaleza reforzada, etc. Pero, consistiendo la naturaleza de estas leyes en un procedimiento reforzado de aprobación por mayoría absoluta, el Estatuto justamente se diferencia de ellas en esta

nota esencial o distintiva y en su indisponibilidad respecto a los Poderes del Estado.

Todo ello confirma que el Estatuto sólo es nominal, formal y secundariamente ley orgánica a los efectos de beneficiarse de las consecuencias de esta calificación en orden al rango, invulnerabilidad, vinculación de poderes públicos y garantía de respeto.

Es importante destacar esta finalidad garantista derivada del carácter orgánico de la ley. Superados los instrumentos históricos de garantía de los *"estatus"* tales como pactos, *"bill of rights"*, etc., en el Estado de Derecho, la única garantía viene representada por la ley ya que vincula y obliga a todos los Poderes. Para que esta ley vincule, y por tanto garantice el respeto a los contenidos de autogobierno, es necesario que se incorpore al ordenamiento estatal, y que por tanto tenga, aunque sólo sea por recepción y no por origen, una cierta naturaleza estatal que en este caso es la máxima posible, adoptando el carácter de orgánica.

Precisamente aquí radica el error que frecuentemente se observa de equiparar ley estatal a ley de concesión estatal. El hecho de que la ley sea estatal no significa siempre que sea concedida por el Estado. Puede ocurrir, como en el caso de los Estatutos, que para garantizar su cumplimiento y observancia por el propio Estado, deba revestir este carácter formal, de ley orgánica.

• Desde otro punto de vista, si analizamos el Estatuto no en sus aspectos formales o de posición en la Jerarquía normativa, sino como norma material con independencia de su rango dentro del sistema de Fuentes de producción del Derecho, se puede observar que:

a) Constituye un mandato normativo o imperativo en cuya producción intervienen distintas voluntades dotadas cada una de capacidades normativas limitadas, y ninguna autosuficiente.

b) La mayor parte de la doctrina, tal como hemos expuesto, acepta la participación de voluntades ajenas al Poder legislativo en trámites necesarios pero no esenciales respecto a la configuración estricta del mandato, como pueden ser la iniciativa autonómica, la elaboración del Proyecto o el trámite de reforma. Pero en lo que podemos considerar sustancia normativa o actos que hacen posible la existencia propiamente dicha de la norma y que la invisten de tal carácter, no suele admitirse otra voluntad que la de las Cortes Generales. Así PECES BARBA[763] ha podido calificar la intervención de la representación de las futuras Comunidades, como condición y no como fuente de validez y eficacia normativas.

Por el contrario, aquí afirmamos, que la participación de la voluntad de los Territorios afecta no sólo a los actos preparatorios y exteriores a la norma, sino a la propia esencia del mandato en virtud de una decisión constitucional que distribuye entre ambas voluntades la competencia o capacidad normativa, asignando a una la fijación de su contenido material, y a otra el otorgamiento de efectos y eficacia formales. En resumen, el Estatuto como resultado final, sería expresión de un principio colegislativo material y formal.

c) Llegamos a la precedente conclusión tras analizar primero a la luz de la teoría de la norma, la esencia y estructura del mandato, y posteriormente, desde el art. 151 de la Constitución, el significado de *"la formulación de común acuerdo"* y del instituto de la *"ratificación"* de Cortes.

[763] PECES BARBA, vid nota nº 761.

> El Estatuto como toda norma es el resultado de un conjunto de operaciones dirigidas a dotarle de validez jurídica y eficacia general. La validez descansa sobre un juicio lógico del legislador que decide la conexión o el anudamiento interno de supuestos y consecuencias jurídicas que expresan un deber-ser. La eficacia o los efectos generales constituyen el mandato propiamente dicho, en virtud del cual se ordena a los ciudadanos el cumplimiento de las normas o del deber-ser previamente establecido con carácter previo e interno por el legislador.

Como habitualmente estas operaciones corresponden a un solo legislador, suele carecer de importancia práctica la distinción de fases y procesos y no repara en ellas la doctrina. Pero en los supuestos en que la Constitución distribuye la capacidad normativa en diferentes sujetos, como ocurre en los procesos de ratificación de Tratados Internacionales, es útil la distinción entre mandato material *"ad intra"* y mandato formal *"ad extra"*, o entre validez interna y eficacia externa. No se trata de discutir qué tipo de intervención es más importante, basta con admitir que las dos son necesarias y ambas integran la capacidad normativa única.

Las consecuencias jurídicas pertenecen al mundo del deber ser, o como dice LARENZ, al mundo de la validez jurídica. La consecuencia jurídica adquiere validez porque ha sido coordinada en abstracto al supuesto de hecho por la norma jurídica[784]. ¿Quién efectúa esta coordinación? Materialmente la Comisión prevista en el art. 151.2, integrada por representantes del Estado y del territorio, que deben establecer la formulación definitiva de *"común acuerdo"*. En la medida en que esta formulación de contenidos jurídicos es definitiva, las sucesivas intervenciones no pueden alterarla, aunque sí rechazarla en bloque tanto en la fase de referéndum popular, como en la de ratificación por Cortes (art.151.2.3). Pueden, por tanto, privarla de efectos o de eficacia jurídica,

[784] DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho... ob. cit.* Vol. I, pág. 36.

pero no suplantar la validez jurídica establecida en virtud de un juicio de *"imputación"* de consecuencias jurídicas.

La ratificación, como ya quedó expuesto, es una técnica que tanto si se refiere a los negocios jurídicos, a los tratados internacionales, o a la convención estatutaria, está orientada a la dotación de efectos jurídicos generales a situaciones de validez jurídica preestablecida y no alterable.

La libertad de las Cortes Generales para ratificar o rechazar el texto del Estatuto, al igual que la del Pueblo para aprobarlo o no por vía de Referéndum, nos situaría en otra hipótesis distinta a la que aquí se plantea. Por lo que nos preguntamos es por la naturaleza jurídica de los Estatutos ya aprobados y ratificados por el procedimiento especial del art. 151, no por los que pueden ser rechazados. Estos Estatutos, así aprobados, constituyen normas o mandatos procedentes de dos voluntades o capacidades normativas diversas. El mandato material interno que procura validez a la norma procede de un acuerdo o pacto entre una representación autonómica y otra estatal, que *"formulan definitivamente su contenido de común acuerdo"*, y que puede expresarse a través de la teoría del pacto o convención, convirtiendo al producto jurídico en autonómico y estatal. El mandato formal externo que procura eficacia general normativa procede de las Cortes Generales.

Ambos mandatos, interno y externo, fundidos en una norma-ley única pueden explicarse a través de la teoría de los actos complejos ya expuestos anteriormente.

d) La inexistencia de la Comunidad Autónoma y la falta de órganos legislativos previos a la existencia de la norma, no priva a la ley de carácter materialmente autonómico o mixto, ya que las nacionalidades son realidades preexistentes a la norma constitucional y la ausencia de una configuración jurídico-positiva, que las dote de personalidad jurídica y de órganos, es una cuestión eminentemente formal, suplida por la propia Constitución y el Estatuto de Autonomía que reconoce expresamente el poder constitu-

yente del Pueblo como expresión de su nacionalidad: *"El Pueblo vasco, como expresión de su nacionalidad se constituye en Comunidad Autónoma"* (art. 1º del EAPV).

• Por último, si analizamos la naturaleza jurídica del Estatuto desde su configuración como norma institucional, vemos que:

a) Constituye y expresa el momento de fundación o constitución jurídica de la Institución como resultado de un proceso institucional previo.

b) El Estatuto es norma y decisión y por tanto en él se materializan los elementos subjetivos y objetivos de la Institución y del Derecho.

c) En cuanto norma objetiva aporta los elementos necesarios para el asentamiento, estabilidad y permanencia de la institución.

d) En cuanto norma, está al servicio de la realización del Proyecto institucional, sin erigirse en realidad jurídica independiente emancipada del contexto global de la Institución en que se inscribe.

e) Por tanto su interpretación y aplicación jurídicas deben respetar esta función instrumental cohonestando las exigencias técnicas de la Ciencia del Derecho con las derivadas de su vocación auxiliar al servicio del proyecto institucional de autogobierno, en el que jurídicamente se inscribe y dentro del cual cobra sentido y razón de ser.

Concluyendo el análisis desde el Título VIII de la Constitución, tenemos que el Estatuto.

1. En cuanto ley formal y dada su posición en la Jerarquía de Fuentes de los

respectivos Ordenamientos Jurídicos es ley autonómica básica y formalmente estatal dado su carácter orgánico.

2. En cuanto norma material o mandato considerado desde el sistema de Fuentes creadoras de Derecho, es producto de una decisión normativa autonómica o mixta y otra estatal o de Cortes Generales, en virtud de una distribución constitucional de competencias normativas formales y materiales.

3. En cuanto norma institucional, posee un carácter instrumental o auxiliar al servicio de la realización del Proyecto institucional en cuyo contexto ha de ser interpretado y aplicado.

Si analizamos el Estatuto desde la Disposición Adicional Primera de la Constitución, advertimos que la naturaleza jurídica específica del Estatuto vasco, cobra un perfil especial como consecuencia de la misión actualizadora de los Derechos históricos que le confió la Constitución, cobrando mayor fuerza la tesis de ley pactada tal como se recoge en la LORARFNA, carácter que debe hacerse extensivo a todos los Estatutos de raíz foral con base en la Disposición Adicional 1ª. Consistiendo la función actualizadora de los Estatutos, en una acomodación o novación del *ser* y del *haber* constitutivos del Régimen de los Territorios Forales que subsisten como entidades dotadas de personalidad histórica-política, no puede éste llevarse a efecto sin el concurso de su voluntad, vía pacto, o a través de la expresiva fórmula de *"ley-contrato"* o *"ley material"* en terminología de G. JEZE[783].

Respecto a la cuestión ulterior de si tal naturaleza pactada sólo concierne a los contenidos estatutarios que actualizan expresamente derechos históricos, HERRERO DE MIÑON es contundente al afirmar que no cabe distinguir entre competencias históricas

[783] JÉZE, G.: *Principes Generaux... ob. cit.*

y estatutarias, ya que los derechos históricos no constituyen un título competencial autónomo, ni se expresan en competencias de titularidad histórica[766]. Los Estatutos de raíz foral son, en su totalidad, actualización no de determinadas competencias o instituciones, sino del reconocimiento de una peculiaridad o hecho diferencial, y por tanto gozan en su conjunto, y no sólo parcialmente, de una naturaleza jurídica pactada, única y global[767].

[766] S.T.C. 76/1983. F.J. 28 y S.T.C. 76/1988. FJ.4.

[767] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, págs. 109 y 110.

III. CONTENIDO DEL ESTATUTO

1. Contenidos mínimos

Al estudiar las diversas acepciones del término estatuto hemos establecido una conexión entre estatuto y *"status"* como concreción y derivación de situaciones de libertad y autonomía previas. El estatuto es la plasmación en forma de régimen jurídico de una peculiar forma de ser o de estar. Esta plasmación de contenidos ni es arbitraria, ni supone una decisión legislativa libre. Existe una cierta predeterminación ontológica o natural entre el ESSE y el HABERE-DEBERE, como anotó certeramente LEVI, en referencia al contenido de los estados civiles[788].

La Constitución no se ha limitado a reconocer un ESSE o status regional y nacionalitario en el art. 2º, sino que, dando un paso más, ha fijado la silueta o el perfil jurídico de sus contenidos obligatorios mínimos en el art. 147.2. Así, todos los Estatutos deben contener pronunciamientos dirigidos a la constitución y creación del Ente Comunitario, denominación y territorio [art. 147.2. a) y b)]. En segundo lugar, deben contener un sistema de organización institucional [art. 147.2. c)], y por último, un núcleo de poder político-administrativo materializado en las competencias asumidas [art. 147.2. d)]. Es decir, la Constitución configura a las Comunidades Autónomas como Entes públicos de naturaleza política y base territorial[789] y dotados de una organización institucional para el ejercicio de las competencias asumidas.

2. Orden sistemático de las materias estatutarias

La mayor parte de los Estatutos vigentes han seguido al pie de la letra no sólo los contenidos del art. 147.2, sino el orden en que se enumeran: creación del Ente,

[788] LEVI, A.: *Teoría Generale... ob. cit.*, pág. 237.

[789] MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho... ob. cit.*, pág. 107.

organización institucional y competencias. El Estatuto vasco, en cambio, ha alterado el orden, anteponiendo el tratamiento de las competencias al de la organización institucional. ¿Cuál es el sistema adecuado?

Por una parte, toda persona jurídica necesita de órganos para la formación y manifestación de voluntad y para el ejercicio de sus funciones. Pero, por otra parte, no es menos cierto que la clase y número de órganos o instituciones depende del *"quantum"* y de la calidad de las competencias asumidas. Así una Comunidad Autónoma que hipotéticamente no haya asumido competencias exclusivas o de legislación, no necesitará Asamblea legislativa o Parlamento. De donde parece deducirse que la concreta organización institucional depende de las competencias. Probablemente por ello el art. 152 de la Constitución, únicamente exigió a las nacionalidades del art. 151, una organización obligatoria en base a Parlamentos[790].

3. Diversidad de *"status"* y de contenidos estatutarios

La Constitución en el art. 147.2 se limita a establecer los contenidos mínimos, obligatorios y generales de todos los Estatutos, pero, de ser cierta la conexión *"status-estatuto"*, los diferentes estatus deben manifestarse en contenidos peculiares o diferenciados. En este sentido la Constitución ha consagrado, al menos inicialmente, una diferenciación competencial y organizativa entre las nacionalidades y regiones. Es cierto que posteriormente por ejercicio de las previsiones constitucionales del 148.2, las Comunidades de base regional se han equiparado competencialmente a las nacionalidades[791]. Y

[790] CAÑO MORENO, J.: "Derecho Autonómico Vasco". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13. núm. 38. mayo-agosto 1993. Centro Estudios Constitucionales. Madrid. pág. 422.

[791] Con fecha de 24 de marzo de 1994, se aprobaron 11 leyes orgánicas de Reforma de los Estatutos de Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Valencia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Baleares, Madrid y Castilla-León. BOE. nº 72 de 25 de marzo de 1994.

que las peculiaridades organizativas e institucionales del art. 152 de la Constitución, previstas inicialmente para las Comunidades del art. 151, se han hecho también extensivas a las de régimen ordinario, en virtud de los Acuerdos Autonómicos de 1982[92]. Pero esta praxis niveladora, por elevación del régimen de las Comunidades del art. 143, no destruye el principio que aquí interesa resaltar de conexión natural entre status y estatuto.

En este sentido el Estatuto vasco, en cuanto expresión de su nacionalidad, moduló sus contenidos estatutarios en función de ese *"status"* manifestado especialmente en la organización institucional del art. 152 y en la asunción de competencias máximas del art. 148.2 de la Constitución. Pero, además, el Estatuto vasco es expresión actualizada de un *"status"* foral, situación que coloca al Estatuto en una posición cualitativa y cuantitativa diferente al resto de los Estatutos de regiones y nacionalidades.

En efecto, así como la Constitución en el caso de las nacionalidades y regiones, además de reconocer su existencia y derecho de autonomía, ha concretado directamente sus perfiles o contenidos mínimos a través del art. 147.2, en el caso de las Comunidades forales, ha remitido tal concreción o actualización a los propios Estatutos actuando la Constitución como límite y no como agente actualizador. Por tanto, si, como ya hemos establecido anteriormente, la Foralidad consistió esencialmente en un *ser* y en un *haber*, la actualización del Régimen Foral afecta a ambos niveles a través de una novación subjetiva y objetiva, de sujeto-titular y de contenidos competenciales.

La confluencia del doble carácter de nacionalidad y foralidad en un *"status"* reforzado, se va a manifestar en cada uno de los Títulos en que se estructura el Estatuto vasco. Véamos.

---

[92] *"Los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1982"* en Ministerio para las Administraciones Públicas. MAP. Madrid, 1992.

4. Los contenidos del Estatuto como expresión del *"status"* nacionalitario y foral

4.1. El contenido del Título Preliminar reproduce por una parte los requisitos del art. 147.2 en materia de creación o constitución del Ente comunitario, denominación y ámbito territorial. No así en lo referente a sede o capitalidad, que queda pospuesto a un momento posterior por el art. 4º. Introduce además la regulación de ciudadanía y símbolos. (Art. 7º y 5º). Además, como expresión de su nacionalidad, se reconoce y oficializa el euskera como máxima expresión cultural de ésta (art. 6º).

A través de este Título se opera también una actualización singular del SER foral, mediante el reconocimiento a los Territorios Históricos del derecho de integración territorial en la Comunidad Autónoma. Como muestra del amparo y respeto a la identidad histórico-política de estos Territorios, su integración en la Comunidad se configura como un derecho de opción (art. 2.1), quedando preservada su identidad y conservada o actualizada su organización institucional (art. 3º). La actualización de la identidad foral histórica se produce a través de un doble proceso de integración y de preservación de personalidad de claros matices confederales.

La integración en la Comunidad Autónoma producirá además una novación subjetiva parcial en cuanto a la titularidad de los derechos históricos[91], a la vez que la Comunidad queda transformada en Ente de raíz foral. Puede afirmarse que Euskadi, como Comunidad Autónoma, es producto de una doble decisión: del Pueblo como expresión de su nacionalidad y de los Territorios Históricos como expresión de su foralidad. De donde se deduce que la Comunidad Autónoma es expresión de la nacionalidad y de la Foralidad de sus Territorios. Pero Euskadi no anula a los Territorios Históricos ni les sustituye en la titularidad de sus derechos, más bien, en expresión de

[91] STC. 26-4-1986.

HERRERO MIÑON, se suma a ellos en una titularidad mancomunada[794], sin absorción de su personalidad sino con preservación de su identidad, personalidad jurídica, organización institucional y contenidos de autogobierno.

4.2. A través de los contenidos del Título I, dedicado a las competencias de la C.A.V., puede igualmente advertirse la impronta de este *"status"* nacionalitario y foral y el proceso de actualización del HABER foral.

Las competencias asumidas por el Estatuto que abarcan los artículos 10 a 20 son, en primer término, todas aquellas que la Constitución reserva a las nacionalidades o a las Comunidades constituidas con arreglo al artículo 151. Es decir, por una parte las materias enumeradas en el art. 148.1 de la Constitución, y, además, todas aquellas otras que no se haya reservado como exclusivas el Estado en el artículo 149.1.

A su vez, la Comunidad Autónoma Vasca, en cuanto comunidad foral integrada por Territorios Forales de cuya esencia o raíz participa por la actualización efectuada por el Estatuto, asume también la titularidad competencial sobre materias constitutivas de derechos históricos tales como Educación (art. 16), Policía autónoma (art. 17) o en materia financiera y régimen de Conciertos Económicos (Título III). Tratándose como ha indicado HERRERO DE MIÑON, de una titularidad compartida o mancomunada con los Territorios Históricos, el propio Estatuto reserva a estos últimos un ámbito competencial exclusivo y mínimo (art. 37), que posteriormente será completado y ultimado por la "Ley de Relaciones entre las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos Forales de los Territorios Históricos" o LTH. Así como el Estatuto en su Título Preliminar actualiza el SER foral, en el Título I y artículo 37, actualiza el HABER Foral, actualización que será posteriormente completada por la L.T.H.

Llegados a este punto se plantea una cuestión de gran importancia jurídica. A

[794] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 69.

pesar de que a nivel de procedencia cabe hablar de competencias históricas y no históricas, ¿la función actualizadora del Estatuto abarca sólo a las primeras o a todas?

En primer término hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido que los derechos históricos no constituyen un título competencial autónomo ni se corresponden con *"otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la historia"*[295], ni *"es exigible una indagación histórica para la concreción de los Derechos Históricos"*[296]. No se trata, según HERRERO DE MIÑON[297] de la *"modernización de determinadas competencias o instituciones, sino del reconocimiento de una peculiaridad, el hecho diferencial, con la estructura histórica que tiene tal hecho"*. De ahí deriva que los Estatutos de raíz foral, son, en su totalidad, actualización del Derecho Histórico, aunque no actualicen la totalidad de éste[298].

Si esta conclusión, a pesar de su sólida fundamentación, pudiese resultar excesiva, queda otra consideración por hacer, que tuve la oportunidad de exponer en las Jornadas celebradas en octubre de 1992 sobre formación de Jueces y Magistrados en Bilbao.

El párrafo 1º de la Disposición Adicional Primera de la Constitución, interpretado según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26-4-1988, ampara el Régimen Foral o la imagen de la Foralidad, no los contenidos ni los derechos históricos particulares. Pero el párrafo 2º de la Disposición, siempre según la sentencia citada, permite que el Estatuto actualice Derechos Históricos concretos, siempre que no se opongan a la

[295] S.T.C. 76/1988 FJ 4º.

[296] STC. 2-2-1984.

[297] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 110.

[298] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 110.

Constitución[xx]. Por tanto, una vez efectuada la actualización, derecho histórico sería toda materia o función cuya competencia se asume por la Comunidad Autónoma en virtud de su Estatuto, siempre que se corresponda con una materia o derecho ejercido en la época foral, ya que el Estatuto, consciente o inconscientemente, ha operado materialmente su actualización.

Así, por ejemplo, en materia de Administración de Justicia, es indiscutible que existió una organización judicial propia de los Territorios Forales, al menos hasta 1835. Es también evidente que la actual Constitución reserva al Estado el Poder Judicial y la organización de la Administración de Justicia. Por tanto, aunque estas materias fueron, en su momento, derechos forales, hoy no pueden actualizarse, como autonómicos, por impedirlo el límite constitucional. Pero, las pocas o muchas competencias asumidas en los arts. 34 a 36 del actual Estatuto sobre Administración de Justicia, constituirían una actualización material del Derecho histórico, ya que ninguna disposición constitucional impone que tal actualización se efectúe a sabiendas de que se trata de un derecho histórico concreto y determinado. Por tanto este tipo de competencias gozará no sólo de la protección ordinaria derivada del rango orgánico de la ley estatutaria, sino de la protección expresa y reforzada del amparo constitucional que dispensa la Disposición Adicional Primera.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de este planteamiento y del expuesto por HERRERO DE MIÑON, son importantes. Así, en el caso expuesto de la Administración de Justicia, la discusión no debiera centrarse en si la Ley Orgánica del Poder Judicial puede o no alterar y modificar los contenidos de la Ley Orgánica estatutaria, sino de establecer que una ley orgánica nunca puede ir contra la propia Constitución.

[xx] S.T.C. 26-4-1988.

4.3. Finalmente el Título II que establece la organización institucional de la Comunidad Autónoma es también producto o derivación de su doble *"status"* de nacionalidad y foralidad.

Como nacionalidad, organiza su entramado institucional de acuerdo con lo establecido por la Constitución con carácter obligatorio en el art. 152 para las Autonomías constituidas de acuerdo en el procedimiento del art. 151. Esto es, en base a una Asamblea Legislativa, un Concejo de Gobierno y un Presidente, y un Tribunal Superior de Justicia.

Pero, a su vez, como Comunidad de raíz foral, está integrada por los Territorios Históricos que acordaron voluntariamente su incorporación, sin perjuicio de preservar su identidad, su régimen jurídico privativo, su organización institucional y su ámbito competencial propio (Título II, Cap. IV, art. 37 del EAPV). Es decir, con la salvedad de su régimen foral privativo y específico, las Instituciones de los Territorios Históricos forman, junto con las Comunes, un complejo entramado institucional no equiparable al de las restantes Comunidades Autónomas.

En conclusión puede afirmarse que todos los contenidos jurídicos del Estatuto responden a una vinculación o derivación obligatoria, no artificialmente establecida, de los correspondientes *"status"* de nacionalidad y foralidad. En este sentido la fijación de los contenidos efectuada por la Comisión mixta prevista en el art. 151.2 de la Constitución, más que un juicio de validez lógico-formal o de oportunidad y conveniencia, resulta ser una operación de concreción o fijación de contenidos, *"dando fe de su constancia en cuanto indisociables de la fisonomía que asiste a la Comunidad Autónoma por mor de sus peculiares carácteres"*[900].

[900] DE ANGEL, R. y ZORRILLA, J.: *ob. cit.*, pág. 18.

Esta conexión vinculante entre *"status"* y estatuto, es, a su vez, vinculación de ser y deber ser, por lo que no es admisible una interpretación normativa que disocie ambos elementos en la praxis estatutaria posterior.

CAPÍTULO III: EFICACIA Y FINALIDAD DEL ESTATUTO

0. INTRODUCCION

El Estatuto en cuanto norma constituye un mandato jurídico y despliega una serie de efectos. La doctrina ha sistematizado éstos en tres clases: la eficacia general de las normas, que impone el deber jurídico de cumplimiento; la eficacia sancionadora, que castiga con nulidad los actos realizados en contravención de las normas, y la eficacia constitutiva, que convierte en realidad jurídica a la parcela de realidad social acotada por la norma[301].

Por lo que concierne al primero de ellos, al deber general de cumplimiento, su justificación es clara, ya que tratando el Derecho de implantar una organización eficaz, no puede confiar su eficacia a cumplimientos voluntarios o a adhesiones particulares, ni menos al conocimiento o desconocimiento individual de las normas. Desde siempre se ha interpretado el principio: *"la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento"*[302], como un deber de cumplimiento, no como obligación de conocimiento. Por ello, el cumplimiento de las normas descansa, en última instancia, en la posibilidad de coacción que le prestan los órganos del Estado.

Establecido este principio formal, debe recordarse a continuación que basar únicamente la eficacia normativa en el poder coactivo del mandato, representa una concepción estrecha, heterónoma y particularmente odiosa del Derecho que enlaza más con el régimen de legisladores unipersonales que con sistemas democráticos y representativos. Una cosa es la eficacia formal de las leyes y, otra, la eficacia social real y efectiva. La fuerza y la eficacia social de los mandatos democráticos debe descansar más en su capacidad de reproducir las convicciones, ideas y valores imperantes en la sociedad, que en el imperativo o en la coacción, aunque también estas últimas sean necesa-

[301] Sobre los efectos de las normas: Vid. DE CASTRO y DIEZ PICAZO ya citados.

[302] Vid. DE CASTRO, F. y DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., obras citadas.

rias. La eficacia social resulta, así, estar íntimamente unida a la consecución de los fines y valores representados con la norma.

Estas consideraciones, válidas en mayor o menor medida para todas las normas, cobran especial importancia en aquellas que pretenden organizar la convivencia política. Por ello, no es de extrañar que el Poder legislativo recabe anticipadamente la conformidad social, vía referéndum, de aquellas normas que están dirigidas a implantar modelos de convivencia política e institucional.

Por otra parte los procesos institucionales no finalizan ni se consolidan por la implantación del modelo legal, aun cuando éste vaya precedido de Referéndum. Si por algo se caracterizan las instituciones es por su estabilidad y permanencia, notas que requieren el transcurso del tiempo y una praxis o desarrollo institucional acorde con el modelo propuesto. Las instituciones políticas, se *"institucionalizan"*, se consolidan, no por la proclamación legal del modelo que en todo caso sólo produce una eficacia general formal, sino por su eficacia social o por la aptitud demostrada en la praxis para la realización de las finalidades y objetivos formalmente proclamados en la norma.

El ejemplo histórico de la Ley de 25 de octubre de 1839, fracasó, como se ha expuesto anteriormente, porque la praxis institucional y el desarrollo de la ley, no sólo se desviaron de la interpretación auténtica establecida por el legislador en el momento de su aprobación en Cortes, sino que se demostraron incompatibles con los fines y objetivos de mantenimiento de los principios de unidad y Fueros, lo que produjo su total ineficacia social y el fracaso de su finalidad institucionalizante.

Ahora bien, tratar sobre los fines, valores o la eficacia social de las normas, es una cuestión extrajurídica? ¿Es propio de la Ciencia del Derecho entrar en consideraciones teleológicas? Evidentemente es una cuestión que aparentemente excede del ámbito normativo estricto, lo que no significa que sea extrajurídico. A continuación trataremos de mostrar cómo, en el caso concreto del Estatuto Vasco, además de no constituir una

cuestión extrajurídica, tampoco es extranormativa.

I. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO AL FIN Y LA EFICACIA SOCIAL DEL DERECHO

Desde posiciones normativistas parece impropio de la Ciencia jurídica ocuparse de la eficacia social y de los fines o valores.

Para KELSEN, las normas nacen de procesos sociales y persiguen fines, pero la Ciencia jurídica recibe ya la norma hecha, el producto terminado, y sobre él trabaja. El fin de la institución no es el determinante de su esencia, queda fuera de ésta, no forma parte de la institución jurídica. Para otras Ciencias (Sociología, Filosofía, Historia) el Derecho es medio para la consecución de fines. Para la Ciencia del Derecho, éste se constituye en fin en sí mismo[203]. Prosigue este autor separando validez y eficacia de la norma. La validez de las normas es independiente de que se cumplan o no. La validez corresponde al mundo del deber ser, la eficacia al mundo del ser. Las normas son realidades que pertenecen exclusivamente al mundo del deber ser, de la validez formal, y éste es el único objeto de la Ciencia jurídica[204].

A pesar de la rotundidad de estas afirmaciones, KELSEN, cuando más adelante pretenda construir el concepto de positividad, no tendrá otro remedio que acudir al concepto de vigencia entendido como ajuste de conductas sociales a las normas o correlación entre validez formal y eficacia social[205]. En algún momento posterior de

[203] KELSEN, H.: *Teoría General del Estado... ob. cit.*, págs. 27 y 28.

[204] RECASENS SICHES, L.: "Estudio preliminar" sobre *La teoría pura del Derecho y del Estado*, de KELSEN. Edit. Bosch. Barcelona, 1934, págs. 27 y 28.

[205] RECASENS SICHES, L.: *Estudio preliminar... ob. cit.*, pág. 24.

su obra, KELSEN, a pesar de su purismo metodológico, llegará a afirmar que la *"eficacia de una norma es condición de su validez"*[906]. Con lo que su afirmación de que la esencia de la norma es la coacción que le presta el Estado[907] queda relativizada, en la medida en que complementa la eficacia formal con la real-social. Se mantiene fiel a la expulsión de los fines del ámbito del Derecho, pero se muestra claudicante respecto al valor jurídico del incumplimiento y de la vigencia social de las normas.

Para H. HELLER, la eficacia normativa no depende tanto de la coacción, cuanto del cálculo de previsibilidad de su cumplimiento y de su acomodación a valores sociales. *"El Estado* -dirá- *no es capaz por sí mismo de procurar vigencias a todas sus normas"*[908]. Frente a la Moral caracterizada por normas internas, el Derecho se caracteriza por su efectividad social. La validez normativa depende de los efectos sociales[909]. La norma, como toda realidad humana, constituye una unidad dialéctica corpórea-externa y de sentido o significado, y toda Jurisprudencia que metódicamente intente separar naturaleza y espíritu (fines y valores), manifestación y sentido, forma y contenido, acto de voluntad y norma, se encontrará en un callejón sin salida[910].

La eficacia social, prosigue este autor, es producto de la relación *"normalidad-normatividad"* que finalmente produce la normalización, la estabilidad y la permanencia del Derecho y de las instituciones[911]. El Derecho no puede cifrar su fuerza en la coacción del Poder, ya que el propio Poder requiere de la obediencia de los gobernados para

[906] KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universitaria Buenos Aires (EUDEBA). Buenos Aires, 1973, págs. 36 y 142.

[907] RECASENS SICHES, L.: *ob. cit.*, pág. 53.

[908] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 287.

[909] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 208.

[910] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 213.

[911] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 281.

subsistir. El Poder no reside únicamente en los órganos estatales que lo ejercitan, sino en el todo, en el Poder total de gobernantes y gobernados. Poder es mando y obediencia[812], coacción y eficacia social. La Dogmática Jurídica, prosigue HELLER, se basa en un método lógico-normativo fundamentado en conexiones normativas,pero su sentido debe orientarse a procurar vigencia y validez social estable a los Ordenamientos jurídicos, a lograr la continuidad y estabilidad del Plan normativo. El método está al servicio del sentido y significado de las normas[813].

Las referencias a autores tan distintos como KELSEN y HELLER, pueden servir como muestras para demostrar que la cuestión de la eficacia social-real de las normas, no es por lo pronto, un tema extrajurídico.

Respecto a la cuestión relativa a los fines y valores del Derecho se ha visto ya que para KELSEN es una materia que no compete examinar ni tratar a la Ciencia del Derecho. Otros autores, en cambio, no son de esta opinión.

- Para IHERING constituye un elemento esencial y creador del Derecho[814].

- Para los representantes de la Jurisprudencia de Intereses —RÜMELIN y HECK— el motivo de la existencia de una institución se halla en el fin que se propone lograr, finalidad que se concreta en la armonización de intereses. El Juez, al interpretar, debe atender a las valoraciones establecidas por el legislador[815].

- Para los institucionistas franceses (HAURIOU, RENARD, DELOS) el fin y

[812] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 269.

[813] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 293.

[814] IHERING, R.V.: *El Fin en el Derecho*. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1978.

[815] RECASENS SICHES, L.: *Panorama del pensamiento... ob. cit.*, pág. 295.

el proyecto constituyen la esencia de la institución jurídica. Las normas forman parte de la institución jurídica como su elemento objetivo, y están orientadas a la consecución de los fines o del proyecto institucional[816].

Si de los fines pasamos a los valores, cuestiones íntimamente relacionadas entre sí, encontramos a representantes de diferentes escuelas, que especialmente a partir de la experiencia de la II Guerra Mundial, 1945, propugnan la superación del positivismo jurídico y una vuelta a la axiología, a la recuperación de los valores para el Derecho, desde posiciones jusnaturalistas o simplemente desde el humanismo existencialista.

• MESSNER, de orientación neotomista, afirma que en las instituciones jurídicas se da una íntima conexión entre causa agente y final[817]. Para HUSSON el Derecho tiene por objeto la solución de los problemas de acuerdo con fines éticos y tiende a la vivificación de las instituciones y de las normas por la idea y el fin que encarnan. El Derecho no es sólo lógica[818].

• H. COING, representante de la fenomenología de los valores, entiende la Ciencia del Derecho como fenómeno social de creación humana orientado a la consecución de fines y valores éticos[819].

• Para WELZEL, exponente del existencialismo jurídico, la eficacia de las normas depende tanto de la coacción como del valor que representan. *"El Derecho*

[816] HAURIOU, M.: *Teoría de la... ob. cit.*, págs. 294-295.

[817] MESSNER, J.: *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*. Ed. Rialp. Madrid, 1967. págs. 241 y ss.

[818] HUSSON, L.: En *Panorama del pensamiento... ob. cit.*, Tomo II, págs. 856 y ss. de RECASENS SICHES, L.

[819] COING, H.: *Fundamento de Filosofía del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona, 1961, págs. 274 y ss.

coacciona por el Poder, pero obliga por el valor, por su contenido ético"[820].

En este apartado dedicado a los fines y valores, mención especial requiere la finalidad o función integradora de la Constitución de R. SMEND[821], profundo crítico del positivismo formalista de KELSEN y de otros juristas del período Weimariano.

• Para LEGAZ LACAMBRA, el Derecho, además de norma, es principio vivo de dimensión existencial referido a personas y valores. "*No es sólo forma, sino vida en forma*"[822].

• Para RECASENS SICHES, maestro del anterior, el Derecho es obra humana y social, con forma normativa, para la realización de valores. Toda norma en cuanto respuesta o solución a un problema o a un conflicto de intereses, busca ser eficaz de acuerdo y con sumisión a determinados valores. Su interpretación no se reduce a una operación de lógica pura, sino dirigida a la producción de los efectos previstos por el legislador[823]. En estos autores se precibe el influjo de su maestro ORTEGA Y GASSET y de su tesis racio-vitalista.

Las teorías y opiniones expuestas se refieren al Derecho o a la norma en general. No obstante, existen ramas o secciones del Derecho, por ejemplo, el Derecho Administrativo o el Derecho Procesal, de carácter eminentemente técnico, en las que prevalece

---

[820] WELZEL, H.: en RECASENS SICHES, L: *Panorama del pensamiento... ob. cit.*, Tomo II, págs. 933 y 934.

[821] SMEND, R.: *Constitución y Derecho... ob. cit.*, págs. 62 y ss.
LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el positivismo en la República de Weimar. (La Teoría Constitucional de R. Smend)*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987.

[822] LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*. Ed. Bosch. Barcelona, 1972. págs. 284 y ss.

[823] RECASENS SICHES, L.: *ob. cit.*, pág. 536. Del mismo autor: *Vida humana. Sociedad y Derecho*. México, 1945.

una interpretación técnica y lógico-sistemática, y en las que es más difícil hallar una referencia a fines, valores, o eficacia social.

En cambio en otras especialidades jurídicas, por ejemplo en el Derecho político y Constitucional, estos temas cobran una importancia mayor. Al tratarse de normas fundamentales sobre las que pivota el ordenamiento jurídico, y de las que emanan los valores superiores sobre los que se asienta el Derecho positivo, su interpretación y aplicación deben de estar presididas e iluminadas por el finalismo último de éstos. No siendo suficiente para estas normas de *"sustancia política"* conseguir el objetivo de validez formal, *"ut valeat"*[824], sino el más ambicioso de *"magis ut valeat"*[825] o *"ut valeat et efficietur"* como expresión de su validez formal y de su eficacia social.

Para que una Constitución sea eficaz debe suscitar adhesiones y sentimiento constitucional en los ciudadanos[826]. Sentimiento que en palabras de PELLEGRINO ROSSI consiste en un lazo moral entre las instituciones y los ciudadanos, sin el cual nada es sólido ni regular[827].

La aceptación institucional del modelo político refrendado, debe renovarse con la praxis institucional, *"con el plebiscito de todos los días"* del que habló RENAN[828], y esto es lo que convierte a un sistema institucional en *"institucionalizado"*, lo que dota de estabilidad al modelo legal. Para ello se requiere que la norma realice y actualice los fines y valores que la inspiran. *"Constituiría un funesto error* -prosigue P. ROSSI- *imaginar que el mecanismo legal (tecnicismos, formalismos, procesalismos) es autosufi-*

[824] GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Estudios sobre autonomías... ob. cit.*, pág. 88.

[825] LUCAS VERDU, P.: *El Sentimiento Constitucional... ob. cit.*, pág. 118.

[826] LUCAS VERDU, P.: "Como Derecho Administrativo". *Rev. de Dº Político*, nº 13. 1982. pág. 50.

[827] LUCAS VERDU, P.: *Como Derecho... ob. cit.*, pág. 50.

[828] RENAN, E.: *Qué es una nación... ob. cit.*, pág. 107.

ciente, y que la máquina, tras recibir el primer impulso, puede funcionar sola sin recabar el concurso o la colaboración de otras voluntades"[829]. La eficacia formal, sin la eficacia social, a la larga, afecta a la vigencia de las normas y provoca su sustitución por otras.

Estas consideraciones sobre la eficacia y finalidad de las normas y especialmente de las normas políticas, pueden aplicarse sin más al Estatuto, en la medida en que éste participa de la sustancia política y pertenece al llamado bloque de constitucionalidad"[830]. Pero no se trata de hacer aplicaciones deductivas en base a construcciones y categorías jurídicas preestablecidas que puedan violentar la realidad jurídica concreta del Estatuto. El camino que nos hemos propuesto es justamente el contrario: extraer conclusiones desde los propios textos legales. No se trata, en este momento, de un debate teórico sobre normativismo, positivismo, finalismo o axiología, sino de realizar un análisis concreto de la Constitución y del Estatuto y comprobar si de los propios textos legales se deriva, como exigencia positiva, la necesidad de proceder a una interpretación y a un desarrollo jurídicos conforme a los fines y valores que los inspiran en aras a conseguir una eficacia social institucionalizante.

La cuestión no gira en torno a si de acuerdo con la Ciencia Jurídica se debe hacer abstracción de los fines, valores y eficacia para centrar únicamente el estudio y la atención en el dato normativo, en el producto hecho y terminado, como estableció KELSEN[831], sino si el Estatuto vasco, como norma concreta, está exigiendo desde su propia positividad una concreta interpretación técnico-jurídica que tenga en cuenta estos elementos.

---

[829] PELLEGRINO ROSSI, citado por P. LUCAS VERDU, Revista Dº Político, nº 13. 1982, pág. 50.

[830] Así: MARTIN MATEO, GARCIA ENTERRIA, FAVOREU y otros.

[831] KELSEN, H.: *Teoría General... ob. cit.*, pág. 27.

Este tipo de planteamientos suelen considerarse por algunos autores como meta normativos, poco técnicos, y, a veces, políticos[832]. De ahí nuestro interés por mostrar cómo, en este caso al menos, son exigencias derivadas de la propia norma, y, por tanto, de carácter técnico-jurídico las que nos impulsan a considerar a la norma estatutaria como parte de un contexto jurídico-institucional más amplio, en el que se inserta, y no como una realidad jurídica autónoma e independiente, ni como una norma *"en sí y para sí"*.

2. La finalidad y la eficacia como exigencias constitucionales

Respecto a la finalidad y objetivos del Título VIII de la Constitución ya nos hemos extendido en la parte primera de este estudio: implantación del regionalismo, descentralización del modelo de Estado, superación del centralismo, dar solución a problemas políticos derivados de la existencia de corrientes nacionalistas, etc.[833].

Pero al margen de consideraciones generales, la Constitución, dedica dos Disposiciones específicas, la Adicional 1ª y la Derogatoria 2ª, a intentar una solución legal para el llamado problema vasco mediante el llamado *"arreglo foral"* al que tan reiteradamente alude T.R. FERNANDEZ en su citada monografía sobre los Derechos Históricos[834]. No se trata de situarnos ante teorías generales sobre la función del Derecho, sino ante el inequívoco sentido de estas Disposiciones exclusivamente dirigidas a los Territorios Vascos, y ante una finalidad jurídica expresa reparadora-integradora derivada de la propia norma y no de posicionamientos teóricos.

---

[832] GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Estudios sobre Autonomías... ob. cit.*, pág. 467 y "Derecho Constitucional como Derecho". *Revista de Derecho Público*, nº 15, otoño, 1982 [832]12 , pág. 12.

[833] Vid. págs. 17 a 24.

[834] FERNANDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 82.

No sirve afirmar, con T.R. FERNANDEZ, que éste fue el origen de las normas, pero que una vez incorporadas al Ordenamiento Jurídico, como productos normativos, corresponde efectuar una interpretación exclusivamente técnico-jurídica[835]. Ya que los valores no son realidades extraordinamentales sino contenidos positivos del Ordenamiento Constitucional, ex art. 1º de la CE, y por tanto objeto de interpretación jurídica. Y, por otra parte, porque una interpretación lógico-jurídica pura que no contemple la realidad del problema y no se centre como principal objetivo en su solución real y definitiva, está expresamente desautorizada por la propia Constitución, en su Disposición Derogatoria 2ª, tal como hemos expuesto en la parte primera de este estudio.

Para algunos autores estas Disposiciones poseen un alcance meramente testimonial[836]. Para otros son expresión libre de una decisión soberana del Poder Constituyente. Pero, en realidad, pocos dudan de que se trata de dar una solución, que se pretende definitiva, a un proceso reivindicativo que recorre los siglos XIX y XX en demanda de reconocimiento de autogobierno y de encaje estatal, a través de un instrumento jurídico concreto que es el Estatuto de Autonomía[837]. El Estatuto, en cuanto instrumento actualizador de los Derechos Históricos, representa la última respuesta jurídica al problema vasco ante los fracasos de arreglo histórico, y no puede entenderse aisladamente de esta finalidad y al margen de este proceso.

La identidad y el continuismo del proceso institucional histórico no es sólo una apreciación de autores como J. ORUETA[838], o de V. TAMAYO[839] quien refiriéndose

---

[835] FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág.20

[836] ALZAGA, O., *ob. cit.*, pág. 982. También GARRIDO FALLA, F.: en *Comentarios a la Constitución... ob. cit.*, pág. 1796.

[837] TAMAYO, V.: *El proceso estatutario... ob. cit.*, pág. 116.

[838] ORUETA, J.: *Fueros y Autonomía... ob. cit.*

[839] TAMAYO, V.: *ob. cit.*, pág. 128.

a los períodos de 1931-1936 y 1977-1979, afirma que *"es difícil de establecer si se trata de dos procesos o de uno global que había quedado aletargado durante un tiempo"*, sino de la propia Constitución que a través de la Disposición Transitoria 2ª establece un lazo de continuidad entre historia y presente, enmarcando la situación actual en el contexto del proceso histórico. El Estatuto por mandato constitucional es el instrumento elegido para culminar jurídicamente el proceso institucional histórico dentro del cual se inscribe y sólo en él halla sentido, proceso orientado a la recuperación del autogobierno y a la integración estatal.

Por el análisis histórico que hemos realizado en páginas anteriores, conocemos que las dimensiones del problema foral son dos: recuperación de la institucionalización y del autogobierno internos, o del *ser* y *haber* foral, y de la institucionalización externa como forma de *estar* o de relacionarse con los poderes del Estado. La solución constitucional de la Disposición Adicional Primera puede expresarse tanto en términos de *"por el autogobierno a la integración"*, como de *"integración mediante autogobierno"*. Aunque los límites constitucionales no han permitido una actualización plenamente satisfactoria en cuanto a la forma de *estar* o de integración estatal a pesar de que HERRERO DE MIÑON defiende que la integración ha sido efectuada mediante pacto de *"status"*[840], ello no priva de validez a la afirmación de que la finalidad de la Disposición Adicional es la integración mediante el reconocimiento de la personalidad y autogobierno históricos. Se trata, además, de una finalidad exclusiva ya que exclusivo de los Territorios vascos es también el problema de su integración estatal.

Al tratarse de una integración mediante el reconocimiento de una personalidad histórica y de un determinado nivel de autogobierno, y no de una integración por decisión constitucional autónoma del Poder Constituyente[841], la decepción autonómica por reducción de las cotas de autogobierno previstas, producirá por el sistema de vasos

[840] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, pág. 129.

[841] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, pág. 119.

comunicantes, un debilitamiento en la integración estatal. De ahí que la finalidad global de la Disposición Adicional 1ª y del Estatuto vasco en cuanto actualizador de sus contenidos, no sea sólo la integración sino la recuperación del autogobierno, y en esta dirección o *"télos"* jurídico deben ser interpretados y desarrollados sus textos en forma combinada.

A pesar de estos razonamientos sobre la evidencia de la finalidad que persiguen las Disposiciones comentadas, puede seguir pareciendo extranormativo, introducir la consideración de los fines en la interpretación de las normas, criterio que, por otra parte, viene expresamente recogido en el art. 3º del Código Civil. Por ello es oportuno conectar el tema de los fines con el de los valores. Ciertamente no todos los fines constitucionales pueden traducirse en valores, máxime si tenemos de éstos una concepción sustancial y superior. El artículo 1º de la Constitución sólo enumera como valores superiores del Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Lo cual no significa que en la Constitución no se reconozcan otros valores, aunque no sean superiores ni generales y que, unos y otros, no constituyan fines.

Que los valores constitucionales, superiores o no, son fines u objetivos a realizar, resulta claro del propio texto constitucional que emplea el término *"propugnar"*[842]. Se trata, según LUCAS VERDU, de un propósito no conseguido cuyo cumplimiento depende del logro efectivo y real tal como establece el art. 9.2 de la Constitución: *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad y la libertad sean efectivas y reales"*[843]. Los valores son por tanto fines a conseguir o a realizar.

---

[842] Art. 1º de la CE. "La Constitución propugna como valores superiores...".

[843] LUCAS VERDU, P.: *Estimativa y Política constitucionales*. Universidad Complutense. Madrid. 1984, págs. 16 y 70.

Respecto al carácter cerrado o *"numerus clausus"* de los valores superiores constitucionalmente reconocidos, tampoco parecen existir grandes dudas. Según HERNANDEZ GIL[844] *"la Constitución da cuenta expresa de los valores, los revela, los muestra y los consagra. Estos no se obtienen mediante inferencia inductiva generalizadora". "La Constitución no sólo permite la pregunta axiológica y teleológica propia de los valores, sino que impone y exige esa pregunta para la comprensión del Derecho".*

Se explica esta rotundidad respecto al carácter tasado y no abierto de los valores superiores y la prohibición de su generalización por razones de seguridad jurídica y principio de legalidad. En efecto, al colocarse el Ordenamiento jurídico en dependencia de estos valores, lo que hasta ahora era un tema filosófico y científico, y en menor medida dogmático, se convierte en un tema constitucional que afecta a todas las leyes y disposiciones normativas con rango de ley, pudiendo dar lugar su incumplimiento a recurso de inconstitucionalidad[845].

Esto por cuanto concierne a los valores superiores. Pero de aquí no cabe deducir que, aunque concentrada en el Título I de la Constitución una mayor intensidad de afirmaciones axiológicas, el resto del texto Constitucional sea indiferente a otras estimaciones valorativas[846], las cuales a falta de explicitación formal hayan de ser objeto de inferencia inductiva o de averiguación judicial y doctrinal, aunque no se trate de valores superiores ni generales del Ordenamiento Jurídico.

Una de estas partes diferenciadas de la Constitución, tanto por su posición como por su alcance restringido a los Territorios forales, es la formada por las Disposiciones Adicional Primera y Derogatoria, párrafo segundo, que inicialmente constituyeron una

[844] HERNANDEZ GIL, A.: "El sistema de valores en la Constitución". En *La Constitución de la Monarquía parlamentaria*. Fondo de Cultura Económica. México-Madrid-Buenos Aires, 1983, pág. 118.

[845] HERNANDEZ GIL. Obr. cit. pág. 118.

[846] P. LUCAS VERDU. Obr. cit. pág. 91.

unidad temática como enmienda nº 689 al texto del proyecto Constitucional.

Es evidente que la integración estatal no constituye un valor superior ni general del Ordenamiento jurídico, ni un fin del mismo, porque más que un objetivo a conseguir o a *"propugnar"*, se trata de una realidad ya asentada en todo el territorio del Estado a excepción del País Vasco. Nos referimos, obviamente, a una integración material, con independencia de lo que R. SMEND considera la función integradora de la Constitución, proceso nunca acabado del todo. La especificidad de la Constitución radica en su valiosa ordenación integradora[347].

Si la integración estatal material, anímica o voluntaria, fuese una cuestión pendiente de realización a nivel estatal, es indudable que su logro no sólo constituiría un fin, sino un valor constitucional de primer orden. Pues bien, aunque con carácter reducido y localizado en los Territorios Vascos, la integración estatal o la forma de integración si se prefiere, es una cuestión pendiente de solución, y en tal concepto la finalidad constitucional se erige en valor específico, a tener en cuenta en el desarrollo y aplicación del Estatuto vasco. Este valor, aunque inducido y no declarado expresamente[348], adquiere carácter positivo y por tanto informa y orienta la aplicación y el desarrollo de la norma estatutaria y sus relaciones, especialmente en cuanto a distribución de competencias, con el Estado, ya que la opción no es por la integración a secas, sino a través del autogobierno.

Si, además, los valores se explicitan en principios, y los principios en normas, los principios de unidad y autonomía del art. 2º de la Constitución no deben interpretarse desde un enfrentamiento categorial o jerárquico respectivo, sino inordinados

[347] LUCAS VERDU, P. en cita a SMEND, *ob. cit.*, pág. 37.

[348] Se entiende no declarado expresamente en la Constitución, porque otros textos, v.gr.: R.D. Ley de 30-10-1976 de derogación del D. Ley de 23-6-1937, alude expresamente para el caso vasco" a la voluntad integradora de la Corona". (Preámbulo del Decreto).

instrumentalmente al valor superior que los armoniza, al valor de integración como logro o fin a conseguir.

Pero, no solamente la finalidad o el valor se deducen como exigencias positivas del texto Constitucional, sino que la eficacia social y efectiva, más allá de la meramente formal, se deriva también directamente de la Disposición Derogatoria de la Constitución. En su momento ya expusimos cómo la derogación de las leyes de 25 de octubre de 1839 y de 21 de julio de 1876 no pretendía la derogación de unas leyes concretas y materiales, sino evitar reincidir en las causas que imposibilitaron la institucionalización de los modelos legales históricos. Lo que se deroga con efectos *"ex nunc y pro-futuro"*[640] es la historia negativa que impidió que cuajasen en soluciones legales estables los intentos de compaginar Fueros y Unidad Constitucional. En concreto se deroga *"pro-futuro"* una técnica expansiva del principio de unidad que, superando los contenidos políticos mínimos e indispensables, abarca ámbitos no sólo políticos sino administrativos, no necesarios, en detrimento del autogobierno. Esta técnica ya aplicada en el siglo XIX a la ley de 1839, tuvo como efecto la ley abolitoria de 1876.

Por eso la Constitución actual más que derogar estas leyes, deroga o veta una forma de interpretación o desarrollo expansivo del principio de unidad, optando por fórmulas que, al evitar errores históricos, atiendan más a la eficacia real-social que a la meramente formal de las normas.

3. La finalidad y la eficacia social como exigencias estatutarias

En el estudio del concepto y naturaleza jurídica del Estatuto hemos procurado establecer los vínculos existentes entre status, estatuto y ley estatutaria.

La nacionalidad y la foralidad preordenan y condicionan el contenido material

[640] FERNANDEZ, T.R.: *ob. cit.*, pág. 83

del Estatuto y la ley estatutaria dota de rango, eficacia formal y protección garantista a los contenidos normativos. Nos encontramos por tanto ante una norma que no se erige en un deber-ser autónomo sino estrechamente vinculado y religado[850] al ser o *"status"* precedente. Esta religación jurídica de la norma material y formal con la realidad que la precede impone una interpretación técnico-jurídica equilibrada y no rupturista entre el ser y el deber-ser.

El operador jurídico actuará con rigor técnico seleccionando del material hermenético que le suministra al Ordenamiento jurídico los criterios más apropiados por preservar el significado y la razón de ser de la norma.

El Estatuto es una norma con historia y antecedentes y representa la culminación jurídica de un proceso histórico, por tanto debe ser interpretada desde su *"antes"*. Es una norma actualizadora de un pasado que positiviza la Historia por mandato expreso de la Constitución. Pero el Estatuto también tiene su *"después"*, aspira a una finalidad institucional concreta de autogobierno y de integración estatal. Es por tanto una norma producto de un proceso que aspira a instalar una situación de estabilidad institucional interna y externa. En otras palabras, es una norma institucional que sólo puede explicarse satisfactoriamente en el contexto de la Institución. Su interpretación y desarrollo técnico-jurídico no es autónomo sino relacional.

El concepto de Institución suministrado por M. HAURIOU permite una explicación completa de todos los elementos que hemos ido analizando, asignando a cada uno de ellos una determinada función en el conjunto. Dentro de ella cobran sentido el proceso institucional, los elementos subjetivos (status, nacionalidad, foralidad) de la creación o fundación jurídicas y los elementos objetivos (instituciones y normas), al servicio de la Idea, Proyecto, Fin y Valor. La norma en el contexto institucional permite

[850] *"Religación"*, expresión acuñada por X. ZUBIRI, en *Naturaleza, Hombre, Dios*. Madrid, 1963 y ELLACURÍA, I.: *Aproximación a la obra filosófica de X. ZUBIRI*, Gobierno Vasco, 1984, pág. 59.

una interpretación *"ex ante"* y *"ex post"*, remite a un pasado y proyecta a un futuro.

El elemento normativo, el Estatuto como norma, permite la fundación y la creación del ente como personificación de la Idea o Proyecto de empresa. Le aporta estabilidad, permanencia y duración, pero no se independiza sino que se mantiene al servicio de los fines y de la idea. Su orientación a la consecución del fin o del proyecto y su eficacia práctica, son las únicas garantías de su positividad y vigencia. El fin o el fin-valor-proyecto-idea, son la razón de ser de la norma estatutaria, por tanto su interpretación jurídica no puede efectuarse a espaldas de ellos.

El carácter institucional del Estatuto proclamado en el art. 147.1 de la Constitución, reclama una interpretación acorde con los fines y valores. ¿Pero cuáles son estos fines y valores y dónde están proclamados?

El artículo 1º del Estatuto reproduce y contiene todos los elementos subjetivos, objetivos y finalistas de la Institución:

a) *"El Pueblo Vasco o Euskalherria"*, representa al elemento subjetivo y al poder instituyente.
b) *"Como expresión de su nacionalidad"*, reconoce el "status".
c) *"para acceder a su autogobierno"*, indica el finalismo del Proyecto.
d) *"Se constituye"*, expresa la decisión fundamental estatuyente.
e) *"en Comunidad Autónoma"*, personificación jurídica de la idea o proyecto.
f) *"de acuerdo con el presente Estatuto"*, elemento objetivo, normativo e institucional, al servicio de la realización del fin y del proyecto de autogobierno.

El propio Estatuto se proclama como norma institucional al servicio de la finalidad expresa del autogobierno. Pero no solamente desde el propio texto estatutario

se proclama la conexión y supeditación de la norma a los fines, sino que desde su misma configuración institucional reclama como exigencia la eficacia social. No cabe concebir una institución sin arraigo social. Precisamente lo que conforma externamente a la institución, es su duración su permanencia en un medio social, su estabilidad.

Los proyectos institucionales como formas de organización estable, sólo pueden llamarse realmente instituciones *"a posteriori"*. Cuando han demostrado sobradamente su aptitud de medio para la consecución de los fines a través del transcurso del tiempo. No habrá estabilidad, ni por tanto institución, sin aceptación social real y efectiva.

En la medida en que la norma estatutaria asentada y desarrollada, sirva para la realización de los fines para los que nace, gozará de arraigo y aceptación social. Entonces, la Comunidad Autónoma, como la Foralidad en su momento, se convertirá en Institución sólida y el sistema institucional quedará institucionalizado.

En definitiva, la autocalificación estatutaria de norma institucional, ex artículo 147.1. de la Constitución y 1º del Estatuto, convierte a la eficacia social y al finalismo, en cuanto elementos imprescindibles de la Institución, en materias o elementos no sólo jurídicos, sino en exigencias normativas estrictas.

CAPÍTULO IV: EL SIGNIFICADO JURÍDICO INTEGRAL COMO TEORÍA PREPOSICIONAL DEL ESTATUTO

Concluido el análisis jurídico *"in extenso et intenso"* del Estatuto, y antes de sintetizar algunas de las conclusiones que se derivan de su estudio, me ha parecido conveniente retomar las notas que preparé en diciembre de 1993 como Memoria de Tesis para contrastar objetivos y resultados.

1. El Estatuto en la encrucijada

En el apartado dedicado a la justificación del estudio, destacaba la existencia de dos concepciones distintas y opuestas del Estatuto que se correspondían con dos etapas diferentes de su desarrollo.

La etapa política, 1979-1982, caracterizada por una interpretación jurídico-política del Estatuto fuertemente impregnada del espíritu, todavía reciente, de la negociación política y del Referéndum aprobatorio, en la que los conflictos interpretativos, especialmente de alcance competencial, se resolvían en base a invocaciones funcionales y finalistas en las que se destacaba el carácter instrumental del Estatuto como medio de institucionalización y normalización políticas y con alegaciones permanentes a la intención de sus redactores-negociadores.

La etapa jurídica, a partir de 1982, en la cual nos encontramos todavía, arranca del Informe de Expertos y del Proyecto de LOAPA, y se caracteriza por un cierto revanchismo jurídico protagonizado por un determinado sector doctrinal que a la vez que reivindica el Estatuto como objeto perteneciente a la Ciencia del Derecho, en versión Dogmática Jurídica, pretende, desde una visión jurídico-normativa estricta, expulsar de él toda consideración histórico-finalista, el "antes" y el "después" de la norma. Se pretende oponer interpretación política y jurídica, y reducir el Estatuto a norma desnuda desprovista de todo otro ropaje que no sea el estrictamente normativo-aséptico cuya interpretación y desarrollo corresponde, con evidente reducción del fenómeno jurídico,

a las conexiones formales y conceptuales de la Ciencia del Derecho.

Ambas concepciones, evidentemente, eran y son fragmentarias, por lo que proponía como objetivo esencial el análisis y la investigación del Estatuto como fenómeno o realidad jurídica integral.

Pasado el tiempo, me he encontrado con la agradable sorpresa de la publicación por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del Discurso de ingreso de D. Pablo LUCAS VERDU como académico de número con el título de *"La Constitución en la encrucijada"*[851], lo que me permite aplicar este título a la situación estatutaria cuya encrucijada acabo de exponer.

Según este autor, la encrucijada constitucional se manifiesta en función del dilema y de la distinción entre una consideración jurídica y otra sociológica del Derecho tal como la expresa Max WEBER[852], o entre lo que M. HAURIOU calificó como Constitución Social y Constitución política o jurídico-política[853]. MAX WEBER planteará el *entweder-oder*: o método jurídico o vía sociológica. En cambio, HAURIOU se decidió por la armonización integradora.

Las respuestas al dilema constitucional han sido diversas. LUCAS VERDU plantea las siguientes.

- Opción como decisión irrevocable: o método normativo-jurídico, o científico-político, con recíproco desdén entre juristas y politólogos. Desde mi particular experiencia política escribía de 1982 sobre *"la recí-*

[851] LUCAS VERDU, P.: *La Constitución en la encrucijada. (Palingenesia Juris Politici)*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1984.

[852] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, pág. 21.

[853] LUCAS VERDU, P.: *ibid.*, pág. 22.

proca desconfianza entre juristas y políticos"[854].

- La encrucijada como absorción: la sociedad queda absorbida por el Estado en su concepción normativa.

- Como dualismo: distinguiendo, con JELLINEK, entre una Teoría Social del Estado y una doctrina general del Derecho Político.

- Como incongruencia entre norma y realidad constitucional que abre el camino a las mutaciones constitucionales sin acudir a la reforma constitucional.

- La encrucijada como integración, armonización, o "*complexio oppositorum*"[855].

2. Teoría preposicional del Estatuto

Retornando a la Memoria explicativa de la Tesis, proponía como solución de la encrucijada estatutaria el estudio del Estatuto como fenómeno jurídico integral, en su antes y después, en sus antecedentes y finalismo, en su ratio y télos, con los condicionantes derivados de la conexión norma-realidad social y realidad-social-norma, ser y deber ser. Citaba a JELLINEK[856] para quien toda creación o construcción del Derecho procede de lo que hay antes y detrás del Derecho, a HELLER que estableció las relacio-

[854] CAÑO MORENO, J.: *Introducción a las Jornadas sobre el Estatuto Vasco... ob. cit.*

[855] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, págs. 23 a 29.

[856] JELLINEK, *Teoría General de... ob. cit.*, pág. 14.

nes "normalidad-normatividad y normalización"[857], y a otros autores.

Esta búsqueda de una concepción jurídica amplia y omnicomprensiva del Estatuto, se parece bastante a lo que LUCAS VERDU en el Discurso que estamos comentando califica como Teoría preposicional de la Constitución[858], que yo me permito aplicar al Estatuto.

¿Puede distinguirse un concepto *"de"*, *"sobre"* y *"en"* el Estatuto? Veamos previamente, siguiendo a LUCAS VERDU, cuál es el contenido de la Teoría preposicional de la Constitución[859]:

- Concepto *"de"* Constitución

  En cualquier manual o tratado de Derecho Constitucional encontraremos una definición sobre la Constitución. Variarán los enfoques de los autores según sus adscripciones metodológicas, pero desde una perspectiva formal, convencional y didáctica hallaremos una definición teórica explicativa de qué es una Constitución[860].

- Concepto de Constitución *"en"* la Constitución

  Con esta expresión se pretende explicar cuál es la autoconciencia, o el concepto que tiene de sí misma una Constitución concreta, por ejemplo la española. Para ello hay que recurrir a los pronunciamientos contenidos

[857] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 202 y ss.

[858] LUCAS VERDU, P.: *Discurso...*, págs. 31 a 37.

[859] LUCAS VERDU, P.: *ibid.*, págs. 31 a 36.

[860] LUCAS VERDU, P.: *ibid.*, págs. 31-32.

en el Título Preliminar, a su consideración como lex superior, a los preceptos interpretativos, a las decisiones del Tribunal Constitucional y a la doctrina científica que *"interpreta, construye y sistematiza el corpus constitucional"*[861].

- Concepto *"sobre"* la Constitución como condicionante constitucional

Los conceptos *"de"* y *"en"* la Constitución se desenvuelven en un terreno técnico-jurídico, pero son insuficientes para captar o *"aprehender"* la entraña constitucional. Para esto último se requiere un *"plus constitucional"*, que no determina pero sí condiciona la Constitución. En el caso de la Constitución española ese plus viene dado por:[862]

a) una inspiración y/o influjo valorativo, expresado en los valores superiores de igualdad, libertad, justicia, pluralismo político y dignidad humana. (art. 1º de la CE).

b) una ideología (art. 1º, Capítulo III, Título I CE).

c) una función transformadora de la estructura social, en tanto que controla y regula los movimientos sociales, los encauza y sujeta. La mención a ERMACORA, para quien *"la Constitución es una cantidad cualitativa de la fuerza en tanto que transforma la potencia social en poder estatal"*[863], resulta de gran utilidad para los movimientos sociales de institucionalización (art. 9.2. CE). En definitiva toda institución no es otra cosa

[861] LUCAS VERDU, P.: *ibid.* págs. 34-35.

[862] LUCAS VERDU, P.: *ibid.*, págs. 32-34.

[863] LUCAS VERDU, P.: *ibid.*, pág. 33.

que el encauzamiento jurídico de fuerzas sociales dispersas,

d) la conexión de la Constitución con sus orígenes, arquetipos originarios y el *"ambiance"*, expuesto por SCHINDLER, como réplica a la normatividad,

e) por la penetración de la historicidad (Disposición Adicional 1ª CE).

La conjunción de estos diversos conceptos preposicionales permite dar una solución integral a la encrucijada constitucional completando las consideraciones técnico-jurídicas de la dogmática con una consideración completa, concreta y adecuada de la Constitución. Es más, como acertadamente apunta LUCAS VERDU[864], el concepto *"sobre"* la Constitución cumple una función o muestra una *"vis atractiva"* respecto de los otros dos, sin anularlos ni sustituirlos. Ya que los pone en conexión con sus orígenes (poder constituyente); los fundamenta (Constitución sustancial); los legitima (valores constitucionales); los identifica y califica (incidencia ideológica) e incorpora magnitudes preconstitucionales y derechos históricos.

El concepto *"sobre"* la Constitución, resulta ser un concepto jurídico, aunque extra-normativo, con apoyos directos en el texto Constitucional, que, unido a los otros dos de carácter técnico-jurídico, permite penetrar en la entraña de la Carta Constitucional y obtener de ella un concepto jurídico integral y complementario. Concluye este autor afirmando, que el concepto *"sobre"* la Constitución, condiciona el contenido, función y finalidad de aquélla, pero no la determina[865].

Tras esta exposición, entiendo que las categorías preposicionales *"de"*, *"en"* y *"sobre"*, pueden reflejar con mayor exactitud las pretensiones que se encubren bajo el

[864] LUCAS VERDU. P.: *ibid.*, pág. 35.

[865] LUCAS VERDU, P.: *ibid.*, pág. 34.

rótulo de *"significado integral del Estatuto"*. Por ello asumo la terminología, agrupando dentro de estas tres categorías las principales conclusiones respecto al concepto integral del Estatuto.

3. Concepto *de* Estatuto

Desde un punto de vista formal, general, didáctico y abstracto el concepto de Estatuto está relacionado con las notas que según CASTELLS, estableció Hugo PREUSS: *"normas de naturaleza estatal, de carácter concesional basadas en un sistema de articulación competencial"*[866]. Vimos también cómo dentro de la especialidad del Derecho Político, los Estatutos se identificaban con Cartas o Constituciones otorgadas en base a los precedentes históricos del Estatuto Real de 1834 o la Carta de San Luis a los franceses de 1814[867]. Igualmente anotábamos cómo los Estatutos eran la plasmación de poderes locales y de una potestad, la *"potestas statuendi"*, inferior a la *"potestas legisferendi"* del Emperador como expresión de un poder más amplio y universal[868].

En contrapunto establecíamos también que el término Estatuto expresaba:

- Ordenamiento o régimen especial autónomo[869].
- Decisión o potestas estatuyente[870].

---

[866] CASTELLS, J.M.: *Euskadi y el Estatuto... ob. cit.*, pág. 41.

[867] Vid. nota nº 683.

[868] Vid. nota nº 687.

[869] Vid. nota nº 682.

[870] Vid. notas nº 676 a 681.

- Expresión jurídica propia de Entes dotados de autonomía y funcionamiento propios[871].

- Sistema de resolución de conflictos de leyes provocados por la colisión de ordenamientos autónomos e independientes[872].

- Expresión del principio de diferencia y de excepcionalidad frente al Derecho Común[873].

- Expresión del *"status"* de libertad, y contenido y garantía de libertades concretas[874].

- Los contenidos materiales del Estatuto, más que producto de una decisión legislativa libre arbitrariamente establecida, representan consecuencias obligatorias o *"naturales"* derivadas del *"estatus"* del Ente. De forma que el *habere-debere* son consecuencia del *esse* previo[875].

- Finalmente, la vinculación del status y estatuto material se extiende y condiciona a la ley estatutaria formal: *STATUS - ESTATUTO - LEY ESTATUTARIA*[876].

El concepto *"de"* Estatuto conviene, por tanto, equilibrarlo y completarlo, de

[871] Vid. nota nº 682.

[872] Vid. nota 685.

[873] Vid. Nota 686.

[874] Vid. nota 689.

[875] Vid. notas nºs. 691 y 692.

[876] Vid. pág. 247.

manera que a las notas clásicas de ley estatal y concesional y de poder limitado respecto a otro superior y más amplio, se añadan también las de norma que expresa la decisión o potestad estatuyente de Entes dotados de estatus de libertad y autonomía cuyos contenidos reproducen y desarrollan dichos estatutos y cuya forma legal constituye la garantía de éstos.

4. Concepto de Estatuto *en* la Constitución de 1978 y *en* el Estatuto de Autonomía Vasco

A la hora de analizar la concepción concreta o autoconciencia que tiene de los Estatutos nuestro sistema jurídico, tal como se desprende de los propios textos legales y de su interpretación jurisprudencial y doctrinal, nos encontramos con el siguiente cuadro:

- El Estatuto vasco forma parte del sistema del Título VIII de la Constitución, y en tal condición participa del concepto, naturaleza y contenidos generales del sistema de Estatutos.

- Pero el Estatuto vasco cumple, a su vez, la función específica de actualización del Régimen Foral y de los Derechos Históricos, especificidad que se manifestará en la configuración peculiar de su naturaleza, contenidos y finalidad o télos jurídico singular que aporta una autoconciencia diferencia respecto a los restantes Estatutos.

4.1. El Concepto de Estatuto *en* el contexto general constitucional y estaturario

Las referencias a los Estatutos en el contexto normativo poseen carácter plurívoco, polivalente y no unidemensional. Así, entre otros, tenemos las siguientes:

- Como norma, conjunto de normas u ordenamiento jurídico (art. 147.1 de la Constitución y 1º del EAPV).

- Como ley formal del Ordenamiento estatal (arts. 147.1 y 81 de la Constitución).

- Como norma básica del Ordenamiento Comunitario (arts. 147.1 de la CE y 1º del EAPV).

- Como norma institucional de la Comunidad (art. 147.1 CE, y 1º del EAPV).

- Como norma material, o Estatuto diferenciado de la ley estatutaria (arts. 151 y 81 de la CE.).

- Como decisión instituyente (arts. 143.1 de la CE y 1º del EAPV).

- Como expresión del estatus nacionalitario o regional (art. 2º, 143, 146, 148 y 151 de la CE).

De acuerdo con estas referencias generales, el Estatuto se configura como norma, norma institucional, norma básica o fundamental del Orderamiento Comunitario, ley orgánica formal, norma material, instrumento de creación, fundación o decisión institucional, norma que expresa el desarrollo y vinculación con un estatus y la garantía o preservación de sus contenidos.

4.2. Concepto legal, naturaleza jurídica y contenidos del Estatuto *en* el Título VIII de la Constitución y *en* el Estatuto de Autonomía

4.2.1. El "CONCEPTO LEGAL" de Estatuto viene establecido por el art. 147.1 de la Constitución, que lo configura como norma perteneciente a dos Ordenamientos jurídicos distintos, el autonómico y el estatal, planteándose una doble cuestión de alcance formal y material. La primera relativa a la posición o rango en la Jerarquía de Fuentes, y la segunda, en cuanto norma material, concierne a las Fuentes de creación del Derecho y pueden resumirse así:

- El Estatuto como ley formal es ley superior y básica del Ordenamiento Comunitario y Ley Orgánica especial dentro del Ordenamiento jurídico estatal. Es, por tanto, ley comunitaria básica, fundante y cúspide del sistema de Fuentes comunitario, como nota esencial, y además ley orgánica estatal a los solos efectos de su incorporación al Ordenamiento del Estado en un determinado rango para garantizar sus contenidos y respeto por parte de todos los Poderes Públicos.

- El Estatuto como norma material, analizado desde las Fuentes de creación del Derecho, es producto de la confluencia de una doble voluntad creadora como consecuencia de una distribución competencial de la potestad normativa efectuada por la Constitución en el art. 151.

  –Las operaciones constitutivas del mandato normativo "*interno*" destinado a dotar de efectos y consecuencias jurídicas, o de eficacia y validez internas a la norma, están asignados, a una Comisión Constitucional de conformación mixta y paritaria representativa del Estado y de los Territorios integrantes de la futura Comunidad que fija los contenidos en base

a un juicio condicionado por la naturaleza específica del estatus, de validez material y no meramente lógico-formal.

–Las operaciones dirigidas a dotar a la norma de eficacia y validez formal, con efectos externos o *"mandato ad extra"*, están asignadas a las Cortes Generales mediante voto de ratificación. La técnica de ratificación, que es una decisión libre y soberana del Poder legislativo, representa una intervención necesaria, sin la cual no habrá, no ya ley, sino norma estatutaria. Pero es también una técnica limitada por la imposibilidad de modificar los contenidos normativos materiales y orientada positivamente a asumir, aceptar, confirmar, complementar o convalidar, como única alternativa, las actuaciones de otro órgano distinto de manera análoga al trámite de ratificación de los Tratados Internacionales.

- El Estatuto como norma institucional puede considerarse desde diferentes ópticas, todas ellas compaginables y complementarias.

Por una parte, como norma aislada e independiente, es institucional e instituyente en la medida en que crea un nuevo Ente institucional, la Comunidad Autónoma, dotándola de Instituciones y Organización, y de elementos institucionales como territorio, población, lengua, símbolos etc.[877]

Es también institucional, en cuanto cabecera y soporte referencial del Ordenamiento Comunitario entendida como Institución más amplia o unidad destacada que agrupa, estructura y dota de unidad sistemática a normas, principios generales, valores, instituciones organizativas, engra-

[877] Vid. pág. 269.

najes y mecanismos de poder o relaciones de autoridad[878].

Es, finalmente, institucional en cuanto expresión subjetiva de una decisión instituyente y creadora emanada del Pueblo o nacionalidad que funda la institución comunitaria y, a su vez, del elemento objetivo (normas, organización, etc.) que aporta regularidad, permanencia, duración y estabilidad a la Institución.

Es por tanto poder creador y norma objetiva al servicio de la realización de un Proyecto, Idea o finalidad en cuyo contexto se justifica e interpreta y aplica[879]. Es norma y decisión institucional[880].

4.2.2. La NATURALEZA JURIDICA de los Estatutos y las controversias doctrinales en torno a su configuración como leyes estatales concesionales, como normas autonómicas, como normas de naturaleza mixta, leyes pactadas a actos complejos, resulta más aclarada y pacífica, si, de acuerdo con el concepto legal, se distingue su carácter formal y material. Así:

- Desde una consideración formal, en razón de la posición o rango que ocupa en los diversos Ordenamientos, comunitario y estatal será:

  –norma comunitaria básica o fundamental y presupuesto necesario del ordenamiento jurídico comunitario como configuración jurídica primaria ex art. 147.1 CE.

[878] Vid. nota nº 726.

[879] Vid. pág. 268.

[880] Vid. pág. 270.

–norma estatal con rango de ley orgánica como requisito para su integración en el Ordenamiento estatal y como garantía de su inatacabilidad por las restantes leyes y vinculación de todos los Poderes Públicos. Su carácter orgánico especial e impropio o peculiar, más que suponer un factor limitativo cumple una función tuitiva o garante. Al tratarse de una ley orgánica de naturaleza especial y distinta al resto de las leyes orgánicas, se pone de relieve que sólo recibe esta calificación constitucional de manera formal, nominal y secundaria al objeto de beneficiarse de las consecuencias jurídicas positivas que de ella se derivan y sin otra limitación que la derivada de su sumisión a la Constitución.

Por tanto su configuración formal primaria es la de norma comunitaria y sólo parcialmente, a los fines expuestos de recepción o acogimiento en el Ordenamiento estatal, protección, garantía y vinculación a Poderes Públicos, es ley estatal con rango orgánico.

- Desde un punto de vista material o de Fuentes de producción normativa, el Estatuto en cuanto producto de una confluencia necesaria de voluntades creadoras distintas, dotadas cada una de ellas de competencia normativa limitada, puede ser considerado como norma de naturaleza mixta, autonómica y estatal, no siendo obstáculo para lo primero la inexistencia de órganos legislativos comunitarios, puesto que no se trata de leyes formales sino de normas materiales: mandatos o imperativos con independencia del rango que ocupen en la Jerarquía de Fuentes. La inexistencia de órgano legislativo supone la imposibilidad de crear leyes formales, no normas.

De la confluencia de voluntades se derivará su naturaleza mixta o de acto complejo, y de la calidad o intensidad de la participación o de su carácter desigual o paritario como exigencia de mutuo acuerdo para la fijación de

los contenidos dependerá su carácter o naturaleza material pactada.

Debe destacarse que el carácter o naturaleza paccionada únicamente alcanza al llamado mandato interno a través del cual se fijan los contenidos jurídicos, no al conjunto de la norma estatutaria que se ajusta mejor a la categoría de acto complejo.

Respecto al presunto carácter concesional de los Estatutos, únicamente y de manera impropia y parcial puede admitirse como referido formalmente al acto de ratificación por las Cortes, pero en modo alguno alcanza a los contenidos, ni a la creación o producción de la norma estatutaria.

- Por último de la dimensión institucional del Estatuto cabe deducir que no sólo posee una naturaleza normativa al servicio de la idea o proyecto institucional, sino que constituye un acto o declaración de voluntad constitutiva y creadora de efectos jurídicos, una decisión institucional.

4.2.3. Del CONTENIDO de los Estatutos puede también obtenerse la idea o el concepto concreto, la autoconciencia autonómica y estatutaria.

El contenido de los Estatutos representa la plasmación concreta, en forma de régimen jurídico, del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones. La amplitud de contenidos variará en función del estatus nacionalitario o regional.

En efecto, la Constitución a través de su artículo 147.2 diseña los contenidos mínimos o el perfil básico de las Comunidades Autónomas en torno a tres líneas:

-creación y constitución del Ente institucional con fijación de sus elementos identificadores: territorio, población, sede, símbolos, etc.,

-asunción de poderes o competencias,

-organización institucional para el ejercicio de sus funciones y competencias.

Sobre este esquema básico las diferencias entre nacionalidades y regiones, auténtico hecho diferencial, se plasmarán de acuerdo con la primitiva intención constituyente en:

los rasgos identificadores de la nacionalidad, especialmente la lengua,

amplitud o mayores contenidos competenciales,

organización institucional completa en base a Parlamento, Gobierno y Tribunal Superior de Justicia.

Con independencia de que posteriormente por vía de pactos autonómicos se hayan pretendido borrar o nivelar las diferencias, del texto constitucional se desprende que:

- Existe una vinculación entre estatus y estatuto, o una cierta conexión ontológica y natural entre ESSE y HABERE-DEBERE.

- La fijación de contenidos no es arbitraria o producto de un juicio legislativo meramente lógico o arbitrario, sino condicionada por la *"naturaleza"* de las cosas o de los diversos *"status"*.

- La vinculación normativa es expresión de una vinculación real previa que se prolonga jurídicamente y subsiste en el tiempo, a través de la conexión SER-DEBER SER. Por tanto la norma estatutaria, una vez aprobada, no se desconecta de su causa, ni se independiza de sus orígenes, sino que debe aplicarse e interpretarse respetando tal conexión.

4.3. Concepto, naturaleza y contenidos del Estatuto Vasco *en* las Disposiciones Adicional Primera de la Constitución y Adicional única del Estatuto

El Estatuto vasco además de participar de la configuración general que establece el art. 147.1 y el Título VIII de la Constitución como expresión del derecho a la Autonomía, *"es al mismo tiempo expresión actualizada del régimen foral, como régimen foral actualizado en el sentido de la Disposición Adicional 1ª. Así se explica que las Instituciones Comunes del País Vasco hayan recibido del Estatuto, funciones directamente vinculadas al Régimen Foral"*[181].

Esta función específica de actualización, obliga a efectuar ciertas precisiones sobre el concepto, naturaleza y contenido del Estatuto expuestos anteriormente, desde la concepción general del Título VIII de la Constitución.

4.3.1. En cuanto al CONCEPTO, debemos añadir a lo ya expuesto, que el Estatuto es norma actualizadora del régimen foral y de los derechos históricos. Con carácter previo, conviene efectuar algunas precisiones sobre el término actualizar:

- actualizar el régimen foral *"es la operación de adecuación de los dere-*

[181] S.T.C. 76/88, F.J. 5º.

chos históricos al marco de la Constitución y a las nuevas realidades políticas e institucionales surgidas de ella, como la Comunidad Autónoma vasca"[982].

- Actualizar es tránsito de potencia a acto, del *"posse ad esse"*.

- Actualización es novación subjetiva y objetiva de los derechos históricos, de su titularidad y contenido[983].

- Actualizar implica preexistencia de la realidad actualizable, como *"a priori"* material[984]. Sólo se actualiza lo existente. El artículo 149.1.8 de la Constitución referido al Derecho Foral Civil coloca como premisa de su actualización *"allí donde existan"*.

- Actualizar una realidad preexistente exige el previo conocimiento de esa realidad y si ésta es histórica, el conocimiento de la Foralidad histórica. Hubiese resultado imposible actualizar, como se ha hecho recientemente, el Derecho Civil Foral, sin conocimiento de las instituciones forales.

- El Estatuto, en cuanto norma actualizadora, está penetrado y conectado con la Historia.

- El Estatuto, en cuanto norma actualizadora de derechos históricos preexistentes no puede ser calificado como norma de carácter concesional.

---

[982] FIGUEROA, A.: "La dinámica de la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española de 1978. Los Procesos de actualización de los derechos históricos". En *Jornadas de Estudios... ob. cit.*, pág. 647.

[983] HERRERO DE MIÑON, M.: *ob. cit.*, págs. 66 a 82.

[984] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *ob. cit.*, págs. 3 y ss.

- El Estatuto, en la medida en que actualiza derechos históricos, quiebra la trayectoria histórica iniciada en 1917 de aceptación de la Autonomía con reserva de derechos históricos, como si se tratase de dos magnitudes esencialmente incompatibles. Aun cuando el Estatuto vigente, también incluye la reserva, no cabe duda de que, siquiera parcialmente, actualiza y en tal sentido funde Historia, Presente, Foralidad y Autonomía. Foraliza la autonomía, y por tanto el Estatuto, en cuanto expresión de autonomía y foralidad, de nacionalidad y foralidad, cobra una dimensión singular no reconducible al tratamiento general del Título VIII de la Constitución.

a) El Estatuto efectúa una actualización general del Régimen Foral: *"la actualización general del régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos"* (D. Adicional 1ª). Por tanto:

- El Estatuto no agota el proceso de actualización, que queda abierto en su Disposición Adicional Unica, y por tanto permite futuras actualizaciones concretas o puntuales.

- El Estatuto no es el único instrumento actualizador. Según FIGUEROA[85] las actualizaciones postestatutarias de derechos históricos se han efectuado tanto por el Parlamento Vasco (LTH), como por la legislación estatal (LOFCA, REGIMEN LOCAL, CONCIERTO ECONOMICO), o por los Territorios Históricos, estos últimos en virtud del art. 3º del Estatuto de Autonomía que les reconoce la conservación, restablecimiento y actualización de su organización e instituciones privativas de autogo-

[85] FIGUEROA, A.: *ob. cit.*, págs. 650 y ss.

bierno.

b) ¿Qué y cómo actualiza?

El régimen foral o los derechos históricos, tal como hemos establecido con anterioridad, consistieron, abreviadamente, en un *ser* o identidad histórico-política, en un *haber* compuesto por un régimen de autogobierno y organización institucional propia, y en un *estar* o sistema de articulación peculiar con la Corona y el Estado. El Estatuto únicamente realiza una actualización limitada del *ser* y *haber*, quedando como cuestión pendiente lo referente al derecho o forma de articulación e integración estatal, por lo que su Disposición Adicional Unica restablece el principio tradicional de reserva de derechos históricos.

Por otra parte, la actualización se efectúa en el marco de la Constitución y de los Estatutos. Por marco constitucional entendemos tal como ha quedado reflejado en páginas anteriores, la llamada Constitución sustancial y una determinada concepción no expansiva, sino mínima o esencial, del principio de unidad, evitando los excesos históricos que imposibilitaron la solución-integración de la convivencia de los principios de Unidad y Fueros o Autonomía.

Es decir, se actualiza en el marco Constitucional asumiendo la Historia positiva en aquello que sea compatible con la Constitución, y derogando la Historia negativa, a través de las Disposiciones Adicional 1ª y Derogatoria de la Constitución.

Pero también se actualiza los Derechos Históricos en el marco de los Estatutos, en el sentido de acomodación a la nueva realidad institucional de Euskadi, a través de lo que en su momento establecimos como nova-

ción o cambio de titularidad subjetiva de los Derechos históricos sin perjuicio de la subsistencia de los Territorios Históricos[264].

En definitiva el Estatuto en cuanto norma actualizadora es:

- instrumento, no único de actualización.
- Efectúa una actualización general, sin perjuicio de actualizaciones postestatutarias.
- Efectúa una actualización limitada del *ser* y *haber* foral, asumiendo la historia positiva y derogando la negativa.
- En cuanto actualizador de una realidad histórica preexistente, sus contenidos no pueden ser concesionales.
- Se produce desde la propia norma una invocación necesaria al conocimiento de la foralidad, sin el cual es imposible actualizar el régimen foral.

4.3.2. También la NATURALEZA JURIDICA del Estatuto resulta modulada por su origen o raíz foral.

Si por su pertenencia al Título VIII de la Constitución, y en concreto al art. 151, hemos establecido naturalezas mixtas o diferenciadas según se le considere como ley formal o como norma material, ahora corresponde afirmar que por su carácter actualizador de la Foralidad, que engloba el

[264] S.T.C. 76/88. F.J., 5. En el mismo sentido HERRERO, Obr. cit. pág. 66.

Régimen institucional y los derechos históricos y le convierte en norma de raíz foral, posee una naturaleza jurídica pactada o paccionada.

En este sentido me remito para no ser reiterativo, a los comentarios anteriores ya expuestos sobre la LORARFNA[887] y las categorías establecidas por G. JEZE sobre ley formal y ley material o ley-contrato[888].

Queda por dilucidar si esta naturaleza pactada engloba y absorbe a las restantes, o si por el contrario debe mantenerse su carácter mixto o complejo. En esta línea resulta acertada la apreciación de HERRERO DE MIÑON, con base en la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de que los Estatutos de raíz foral no actualizan únicamente determinadas competencias o Instituciones, sino una peculiaridad o hecho diferencial global, y por tanto gozan en su conjunto y no sólo parcialmente de una naturaleza jurídica pactada, única y global[889]. Como mínimo, siguiendo a G. JEZE, habrá que establecer que la ley material, en cuanto ley-contrato, es enteramente pactada.

4.3.3. Igualmente y respecto del CONTENIDO del Estatuto, hay que precisar que en razón de su función actualizadora, el Estatuto no se limita a expresar o reproducir aquellos contenidos que se derivan de su estatus de nacionalidad, sino que incorpora a éstos los procedentes de su estatus reforzado de foralidad. En tal sentido:

El Título Preliminar no sólo regula la conversión de la Nacionalidad en Comunidad Autónoma y sus señas de identidad, ámbito territorial y

[887] Vid. Nota 756.

[888] Vid. Nota nº 757.

[889] Vid. Nota nº. 787.

población, sino que actualiza y reconoce la subsistencia de los Territorios Históricos como entidades histórico-políticas que se integran sin perder personalidad (SER), ni autogobierno (HABER), en una nueva realidad institucional en la que resultan modificadas-actualizadas pero no absorbidas ni anuladas.

En cuanto a títulos competenciales, como consecuencia del equilibrio entre subsistencia-modificación-actualización, la Comunidad Autónoma asumirá los que le correspondan por su condición de nacionalidad, y aquellos otros que producto de la actualización-novación se deriven de su estatus de Comunidad foral. Sin perjuicio de que a los Territorios Históricos se les reconozca un reducto o ámbito competencial reservado e infranqueable en el art. 37 del Estatuto.

Otro tanto ocurrirá con el entramado Institucional, debiendo añadir al asignado constitucionalmente y con carácter obligatorio a las nacionalidades por el art. 152, el derivado de la actualización del Régimen institucional Foral. Así las Juntas Generales y Diputaciones Forales serán por una parte Instituciones estatutarias, como establece el Título II del Estatuto, y por otra, mantienen su carácter de Instituciones forales como expresivamente recoge el título oficial de la LTH: *"Ley de Relaciones entre las Instituciones Comunes y Organos Forales de sus Territorios Históricos"*.

En cuanto a las vinculaciones anteriormente establecidas entre estatus y estatuto resultan doblemente reforzadas. Así:

- la conexión ontológica y natural entre *esse* y *habere*, o *nacionalidad-foralidad* y *contenidos* de autogobierno queda clarificada y confirmada como consecuencia del propio concepto de actualización.

- En el mismo sentido, queda demostrado, que el proceso de fijación de contenidos jurídicos no depende de un juicio lógico y arbitrario, sino de una relación de necesidad entre *esse-habere*.

- Igualmente, el reconocimiento de que la norma estatutaria es expresión jurídica de una realidad histórica preexistente cuyos perfiles acomoda o actualiza, pero no crea, refuerza los vínculos entre *ser* y *deber ser*, con las consiguientes consecuencias interpretativas.

5. Concepto *"sobre"* el Estatuto: finalidad, inspiración valorativa y eficacia social

Las proposiciones *"de"* y *"en"* se refieren a conceptos generales y/o concretos del Estatuto que se mueven en el plano técnico jurídico, en cambio el concepto *"sobre"* el Estatuto versa sobre magnitudes jurídicas imprescindibles para captar su contenido, sentido, función y finalidad.

Se trata de aprehender el significado último del Estatuto para lo que es necesario contar con un *"plus"*[190]. Este *"plus"* se refiere a una inspiración valorativa, a una función transformadora de la estructura social, a una conexión con los orígenes o ambiances y a una penetración de la historicidad, aspectos todos ellos que no determinan pero sí condicionan la interpretación constitucional[191].

Esta configuración preposicional de la Constitución, según LUCAS VERDU, me permite agrupar, referida al Estatuto, las consideraciones ya expuestas en torno a la finalidad, valores y eficacia social del Estatuto.

---

[190] LUCAS VERDU, P.: *Discurso... ob. cit.* pág. 35.

[191] LUCAS VERDU, P.: *ibid.*, pág. 34.

5.1. Respecto a la finalidad e inspiración valorativa del Estatuto, me permito resumir algunas de las principales conclusiones ya expuestas con anterioridad.

El Estatuto en cuanto parte integrante del Título VIII de la Constitución participa y persigue las finalidades generales del modelo de Estado: descentralización, regionalización, superación del modelo centralista y distribución territorial del poder político, con excepción del judicial.

- En cuanto instrumento de actualización de los derechos históricos reconocidos por la Disposición Adicional Primera de la Constitución, persigue, además, como finalidad específica la solución del problema histórico o el llamado *"arreglo foral"*.

- El problema foral, no es necesario extenderse en su explicación, se puede resumir en la supresión de un sistema institucional de autogobierno interno que convivió equilibradamente integrado o articulado con un sistema institucional externo, modelo global que había adquirido la suficiente estabilidad social como para considerarlo un modelo institucional institucionalizado.

- El arreglo foral consistirá, por tanto, en la reposición del equilibrio entre autogobierno e integración, de forma que resulte de nuevo un modelo socialmente aceptado.

- Estas finalidades que se extraen directamente de la Disposición Adicional 1ª de la CE y del art. 1º del Estatuto, autogobierno e integración, constituyen, a su vez, valores.

- No se trata de valores superiores ni generales del Ordenamiento Constitucional, porque no se enumeran como tales en la Constitución ni responden a una problemática general de Estado, pero sí se trata de auténticos valores específicos que, aunque inducidos y no expresamente declarados, tienen alcance limitado a los Territorios Vascos.

- Si los valores legitiman, fundamentan e inspiran a los principios y las normas, los principios de unidad y autonomía del art. 2º de la Constitución y la norma estatutaria deben interpretarse y aplicarse de acuerdo con estos valores, y no como realidades independientes, sino al servicio de su logro y realización.

5.2. Respecto a la <u>función transformadora</u> de la realidad social, como otros de los elementos componentes del *"plus"* estatutario, procede aplicarla a las consideraciones jurídicas ya efectuadas sobre el proceso institucional y la eficacia social-real.

Tampoco en este punto procede repetir explicaciones extensas, sino resumir algunas de las ideas ya expuestas.

- Si toda Constitución es una medida reguladora de los movimientos sociales[192], el Estatuto es por una parte la culminación jurídica de un proceso social histórico reconocido expresamente en la Disposición Transitoria 2ª de la Constitución, y por otra es la regulación, sujeción y contención de dicho movimiento que a partir de la aprobación del Estatuto se expresa únicamente en y por cauces jurídicos.

- En términos más técnicos, según la teoría Institucional de HAURIOU, el

[192] LUCAS VERDU, P.: citando a ERMACORA, *Discurso... ob. cit.*, pág. 34.

Estatuto por una parte viene precedido de un proceso o movimiento social como expresión de las fuerzas subjetivas creadoras de Derecho, y una vez juridificado o normativizado, se convierte en freno, límite o *"agrimensor"*, que al sujetar y controlar los movimientos sociales dentro de un esquema organizado, produce el efecto institucional de la estabilidad, permanencia y duración, notas típicas de toda institución.

- Ahora bien para que esta función transformadora de la realidad o estructura social se consolide y sea eficaz no sólo formal sino realmente, es necesario que el Estatuto se revele en la práctica como un instrumento eficaz para la consecución de los fines o valores a los que la norma se oriente y sirve.

- Esta última exigencia de eficacia social real no viene solamente impuesta desde postulados teóricos generales, sino que se desprende, tal como ha quedado ya expuesto, de la Disposición Derogatoria Segunda de la Constitución que deroga o prohíbe la reedición de los fracasos históricos, o la Historia negativa, por ineficaz y desinstitucionalizante,y del propio art. 1º del Estatuto Vasco que desde su consideración institucional prohíbe una interpretación normativa aislada o desconectada de la idea, fin o valor institucional.

5.3. Respecto a las conexiones necesarias del Estatuto con sus orígenes, *"ambiance"*, *"sentimiento estatutario"*, o penetración historicista, me remito, para no ser reiterativo, a las explicaciones ya efectuadas a lo largo del presente capítulo.

Para concluir, debemos precisar, que las diferentes perspectivas jurídicas del Estatuto que hemos expuesto, en sus vertientes histórica, técnico,

jurídica y finalista o valorativa, al igual que las diferentes concepciones de la teoría preposicional, no son categorías superpuestas o inconnexas, sino estrechamente relacionadas entre sí por medio de la *"vis attractiva"* que ejercen los elementos valorativos, finalistas e historicistas, el antes y el después de la norma, agrupados bajo el concepto *"sobre"* el Estatuto.

No se ha trata de sustituir o suprimir concepciones técnicas, propias de la dogmática jurídica, sino de complementar éstas y aportar una CONCEPCION JURIDICA INTEGRAL del Estatuto, poniendo en conexión a la norma con su origen *"ab imis"* (proceso histórico y poder instituyente) y con su finalidad institucional y valorativa legitimante, partiendo no de teorías generales sino de los requerimientos normativos concretos explicitados en la Constitución y el Estatuto de Autonomía vasco.

TÍTULO SEGUNDO: EL NORMATIVISMO Y EL INSTITUCIONISMO COMO CONCEPCIONES DEL DERECHO

0. INTRODUCCIÓN

Entre las diversas Ciencias que tienen por objeto el estudio del Derecho, ELÍAS DÍAZ distingue[93]:

- La Ciencia jurídica cuyo objeto es el análisis de las normas positivas desde la perspectiva de la validez jurídica, esto es, la legitimidad legalizada.

- La Sociología Jurídica, estudia los comportamientos normativos y la eficacia del Derecho como fenómeno social o la legitimidad eficaz.

- La Filosofía del Derecho que trata sobre la fundamentación metapositiva del Derecho y sus relaciones con los valores y la justicia, o la legitimidad justa.

La Ciencia Jurídica presenta, a su vez, un campo tan extenso como el propio ciclo normativo. Abarca desde la creación de las normas hasta su aplicación final, y comprende el análisis, la descripción, las conexiones normativas, la elaboración de conceptos e instituciones y la construcción de sistemas, teorías y concepciones normativas, sin perder de vista que este mosaico de funciones está orientado a la finalidad principal de aplicación del Derecho a la realidad social: *"El trabajo del jurista no consiste simplemente en una labor de análisis formal de las normas, sino que ineludiblemente reenvía a una comprensión de fondo de la realidad social a la que el Derecho va a aplicarse"*[94].

[93] DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Ed. Taurus. Madrid, 1971, pág. 63.

[94] DÍAZ, E.: *obr. cit*, pág. 71.

El análisis que hemos efectuado en las páginas precedentes sobre el significado-jurídico integral del Estatuto se inscribe por tanto, dentro del ámbito de la Ciencia Jurídica. Ahora se trata de dar un paso más y ensayar la búsqueda de una construcción jurídica, de un sistema o de una concepción que explique de manera suficiente esta realidad jurídica compleja del Estatuto.

La búsqueda de la dirección metodológica que dentro del amplio panorama jurídico contemporáneo se ajuste mejor y permita un encuadramiento más natural del Estatuto de Autonomía parte de los siguientes presupuestos:

1. Presupuestos metodológicos

1.1. Realismo metódico

En la indagación o búsqueda de concepciones jurídicas explicativas del fenómeno estatutario pueden darse dos actitudes diferentes: o partir de la predisposición del sujeto cognoscente o de las exigencias del objeto de conocimiento.

Desde el racionalismo cartesiano se extendió la idea de que la reflexión filosófica debía ir necesariamente desde el pensamiento a las cosas y después de tres siglos de especulación filosófica y científica se ha perdido el hábito de pensar desde el objeto.

Nosotros por "realismo metódico", en terminología acuñada por Etienne GILSON[395], queremos expresar, en primer término, una actitud gnoseológica de confianza y espontaneidad en la capacidad de nuestro sistema de conocimiento para conocer la realidad tal cual es, en oposición a la desconfianza epistemológica cartesiana y a los prejuicios o *"aprioris"* kantianos. En segundo lugar, y como corolario de lo anterior, afirmamos que no es el método de conocimiento el que crea el objeto, sino que es éste

[395] GILSON, E.: *El realismo metódico*, Ed. Rialp, S.A., Madrid, 1952, págs. 56 y 57.

el que condiciona y modula las exigencias metodológicas. Para CARNELUTTI, realismo no es anticonceptualismo sino confianza en lo racional partiendo de la realidad jurídica en su integridad[936].

Estas ideas ya venían recogidas en el viejo principio filosófico que definía la verdad, y por tanto la verdad científica, como *"adecuatio intellectus ad rem"*. Por *"adecuatio"* se entiende aptitud gnoseológica espontánea de nuestra capacidad de conocimiento frente a la realidad, y por *"intellectus ad rem"*, sumisión del pensamiento a las cosas, pensar desde las cosas, no *"rei ad intellectum"*.

Nuestro propósito es por tanto, pensar desde la concreta realidad jurídica del Estatuto sin encuadramiento previo en teorías o concepciones jurídicas preconcebidas. A este respecto conviene anotar que es compatible sustentar una determinada concepción general del Derecho con una concreta y particular exigencia metodológica impuesta por la naturaleza del objeto de estudio. Se puede conciliar una actitud jusnaturalista o positivista frente al Derecho, sin perjuicio de aplicar a cada especie normativa el método científico más adecuado.

La conocida frase de FICHTE: *"la clase de filosofía que se tenga, depende de la clase de hombre que se sea"*, como ya anotó K. LARENZ, no posee un sentido determinista sino que encubre una potencialidad creadora y activa[937]. El hombre por predisposición natural, ambiente o educación, puede profesar determinadas actitudes filosóficas, religiosas o jurídicas, lo cual es compatible con la adopción rigurosamente científica del método más adecuado a la realidad objeto de estudio.

---

[936] CARNELUTTI, F.: *Discorsi in torno al Diritto*, Editt. A. Milani, Pádova, 1961, vol. 3, pág. 325 y HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1971, vol. I, pág. 383.

[937] LARENZ, K.: *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pág. 23.

En el Derecho Civil, Procesal o Administrativo, se puede aplicar un método técnico-jurídico o normativista estricto, sin perjuicio de aplicar técnicas más flexibles o integradoras en la interpretación de normas políticas. En definitiva, es el objeto el que condiciona el método evitando, así, convertir la realidad jurídica en *"lecho de Procusto"*.

1.2. Explicación integral y suficiente

De la misma forma que al hombre suele denominársele *"microcosmos"* por resumir en su naturaleza las notas que caracterizan a la Naturaleza en su conjunto, existen también normas jurídicas que representan *"microcosmos"* jurídicos por contenerse en ellas caracteres aplicables al Derecho en su conjunto habitualmente distribuidos entre las diversas Ciencias Jurídicas, como son los relativos a la validez normativa, la eficacia social, el finalismo y los valores.

El Estatuto vasco, cuyo ámbito de estudio corresponde a la Ciencia Jurídica, presenta desde su positividad normativa pronunciamientos que exceden de la simple consideración técnico-jurídica y abarcan aspectos históricos, finalistas y de eficacia social impuestos, no por conveniencia u opción metodológica, sino por mandato constitucional. Es decir, el Estatuto como dato normativo constituye una realidad jurídica compleja e integral en la que se entremezclan positivamente aspectos de técnica jurídica, validez, eficacia, finalismo y valores.

LUCAS VERDÚ, desde una perspectiva diferente, pero complementaria con estas observaciones, entiende que puede denominarse analógicamente al Estatuto *"micro-Constitución"* en la medida en que se da en él una fórmula política, desarrolla una orientación política, y cuenta además con su propia *"micro-Constitución sustancial"*. Estas observaciones –prosigue- se oponen a un análisis simple y sólo normativo,

exegético o formalista del Estatuto[XCIX].

En otras palabras, su naturaleza político-constitucional, normativa o integral, trátese de un microcosmos jurídico o de una micro-Constitución, exige la superación de las técnicas interpretativas estrictamente normativas parciales y buscar una concepción jurídica integral que explique *"uno ictu"*, y no de forma fragmentaria, la realidad estatutaria en su conjunto. Al significado jurídico integral del Estatuto, corresponde igualmente una concepción jurídica integral del mismo.

Una gran parte de las orientaciones del pensamiento jurídico, en cuanto concepciones generales del Derecho, a pesar de que postulan explicaciones omnicomprensivas a través de la absolutización metodológica, en el fondo no representan sino perspectivas parciales de la realidad jurídica, incurriendo en los monismos metodológicos tan criticados por H. HELLER o HERNÁNDEZ GIL[C]. Resultaría cómodo y tentador, pero inevitablemente reduccionista, explicar separadamente los diversos aspectos del Estatuto de acuerdo con métodos historicistas, sociológicos, normativistas o teleológicos. Tal explicación carecería de perspectiva unitaria, resultando insuficiente y fragmentaria.

Por ello, nuestro intento se centra en indagar sobre una concepción integral y ajustada, optando como ya estableció JELLINEK, no por el sistema que ofrezca mayor perfección lógica sino por el que explique de forma más natural la realidad jurídica concreta[CI]. Y todo ello de acuerdo con el método jurídico aplicable al ámbito de la Ciencia Jurídica.

[XCIX] LUCAS VERDÚ, P.: "Consideraciones Político-Constitucionales sobre el Parlamento Vasco y las Juntas Generales tras la Constitución", Edit. Eusko Ikaskuntza, S.A. en *Jornadas sobre Cortes, Juntas y Parlamentos del Pueblo Vasco*. San Sebastián, 1989, págs. 111 y ss.

[C] HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. A. Hernández Gil. Madrid, 1971, Vol. I, pág. 353.
HELLER, H.: *Teoría del Estado... ob. cit.*, págs. 55 y 56.

[CI] JELLINEK: *Fragmentos de Estado... ob. cit.*, pág. 54.

2. Objeto y método de la Ciencia Jurídica

Según RUIZ JIMÉNEZ, aunque caben definiciones amplias de Ciencia Jurídica, por razones de especialización se ha reservado este nombre a un tipo de saber positivo de plano empiriológico que trata de las normas en cuanto datos positivos[431]. La función creadora y constructiva de la Ciencia Jurídica se centra sobre el Derecho positivo, puesto o dado. El científico trabaja sobre este material en labores de comprensión, análisis y sistematización orientadas a desentrañar su significado en orden a una correcta aplicación práctica[432].

A este trabajo de análisis y construcción conceptual de carácter eminentemente creativo que culmina en la sistematización y elaboración de teorías y concepciones jurídicas generales, se le conoce tradicionalmente con el hombre de Dogmática Jurídica. Esta denominación aún despierta recelos entre los juristas y se la identifica con exageraciones logicistas y formalistas que han abocado en algunos casos en puro nominalismo jurídico[433], o se la ha identificado con imposiciones de autoridad científica —dogmas de autoridad— que coartan la creación científica y el pensar investigador[434].

No obstante, las exageraciones y suplantaciones históricas de la Dogmática Jurídica no deben empañar su función positiva y necesaria para una correcta interpretación de las normas. Puede sostenerse, con E. DIAZ, que la Ciencia del Derecho es de

---

[431] RUIZ JIMÉNEZ, J.: *Introducción a la Filosofía Jurídica*, Edic. y Publicaciones EPESA. Madrid, 1960, pág. 121.

[432] DIAZ, E.: *obr. cit.*, págs. 70 y 71.

[433] LARENZ, K.: *obr. cit.*, pág. 70.

[434] GALLEGO ANABITARTE, A.: "Constitución y política". Estudio sobre la *Teoría de la Constitución*, de K. LÖWENSTEIN. Ed. Ariel, Barcelona, 1976, pág. 545.
SFORZA, C. y PIOVANI, P.: *Dommatica, Teoria Generale e Filosofia del Diritto e Stato di Giustizia*. Congresso nazionale di Filosofia del Diritto. Milán, 1963, pág. 40.

modo primario y fundamental, trabajo dogmático jurídico[925].

2.1. Objeto

Asumimos la afirmación de RUIZ JIMÉNEZ, en cuanto que el objeto de la Ciencia Jurídica viene delimitado por el campo normativo de los ordenamientos jurídicos positivos de naturaleza o plano empiriológico, con la corrección, más tarde introducida por S. ROMANO, de que el Derecho no sólo está integrado por normas sino por instituciones[926]. Salvado este importante matiz, puede decirse efectivamente que el objeto de la Ciencia Jurídica versa sobre el derecho *"positum"*, puesto o dado, por oposición a otros derechos no puestos, supuestos o no comprobables empíricamente[927].

Afirmar, no obstante, que el objeto de la Ciencia Jurídica son las normas e instituciones positivas o empíricas, no significa defender un empirismo normativo. De la misma forma que no es lo mismo positividad que positivismo jurídico. La primera es una cualidad referida a la existencia de una realidad jurídica comprobable. La segunda es una magnitud que reduce los contenidos normativos a los aspectos externamente comprobables y perceptibles, excluyendo como extrajurídicos aquellos contenidos que no puedan ser objeto de comprobación empírica.

FEDERICO DE CASTRO cuando distingue norma y disposición legal, ilustra esta diferencia: la disposición legal es la exteriorización material o el sacramento del mandato[928]. El mandato no es siempre perceptible a través de una disposición legal. Lo

[925] DÍAZ, E.: *obr. cit.*, pág. 75

[926] ROMANO, S.: *El ordenamiento jurídico*. Traducción de Sebastián y Lorenzo MARTIN RETORTILLO. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

[927] LARENZ, K.: *obr. cit.*, pág. 37; KELSEN, *Teoría pura del Derecho... ob. cit.*, págs. 16 a 34; BOBBIO, *El positivismo jurídico*.

[928] DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España... ob. cit.*, Tomo I, pág. 46.

mismo ocurre con los contenidos de las normas positivas que pueden versar tanto sobre realidades materiales como inmateriales o no empíricas. Así, el art. 1º de la Constitución española es una disposición legal material y externa, de carácter normativo cuyos contenidos versan sobre magnitudes o valores reales pero inmateriales como la libertad, la justicia, la igualdad o el pluralismo político.

En resumen, declarar que el objeto de la Ciencia Jurídica abarca las normas e instituciones de los ordenamientos jurídicos positivos significa que su materia de trabajo es el Derecho puesto o dado, esto es, el Derecho Positivo, pero sin incurrir en reduccionismos materiales o empíricos ni en formalismos excluyentes de sus contenidos materiales.

2.2. El método como lógica material aplicada y *realista*

El método, etimológicamente *meta-odos*, es el camino que recorre el pensamiento para acercarse a la realidad y conocer su ser, su verdad. El *"logos"* puede escoger diversos caminos o métodos pero todos ellos deben observar las *"reglas del recto pensar"* que establece la Ciencia de la Lógica[49], si pretende obtener un conocimiento correcto.

A esta Lógica, que es Ciencia y no método, se le denomina formal. Analiza los mecanismos cognoscitivos y extrae leyes o normas ideales de la razón, válidas en principio, para cualquier materia de conocimiento. Principios lógicos son entre otros: el principio de no contradicción, evitar resultados absurdos, *"a simile ad similen"*, *"a contrario"*, *"a pari"*, *"de majore ad minus"*, etc. Estas y otras reglas constituyen principios racionales y abstractos aplicables a todo conocimiento intelectual. La lógica formal no es sólo Ciencia independiente, sino requisito esencial de las restantes ciencias.

[49] REGIS JOLIVET, *Tratado de Filosofía. I: Lógica y Cosmología*. Ed. C. Lohlé. Buenos Aires, 1960, págs. 39 y 40.

Según M. SACRISTÁN: *"la lógica formal posee un carácter elemental y fundamental para las Ciencias empíricas y positivas en general"*[910].

Existe otra lógica, llamada material o aplicada, que trata sobre la forma que debe adoptar el pensamiento según el objeto al que se aplique. Este es el método[911]. Se trata de una lógica aplicada o concreta en función de la naturaleza del objeto de estudio. El método combina las exigencias racionales y reales y modula las reglas abstractas de la lógica formal. La lógica formal es un pensar desde el sujeto, la lógica material, o método, es un pensar racional o lógico desde el objeto. El método viene de alguna forma condicionado por el objeto del conocimiento y no a la inversa como establecieron KANT y KELSEN[912].

Prescindimos de la evolución experimentada por la Ciencia de la Lógica deductiva, inductiva, matemática, simbólica, polivalente, modal, intuicionista, etc[913]. para destacar que el método es lógica material aplicada y que la lógica según Ulrich KLUG y la observancia de sus reglas es presupuesto necesario de toda Ciencia[914].

Las prevenciones hoy existentes frente a la lógica, al igual que las ya expuestas sobre la dogmática jurídica, se deben a su identificación con la lógica formal deductiva y a los excesos de un logicismo erigido en método formalista por diversas escuelas del Derecho, pero la lógica no se opone a la vida, ni a la realidad social. Como apunta E.

---

[910] SACRISTÁN, M. y LUZÓN, M.: *Introducción a la lógica y al análisis formal*. Ed. Ariel, Barcelona, 1973, pág. 26.

[911] JOLIVET, R.: *ob. cit.*, págs. 29 y ss.

[912] KELSEN, H.: *Teoría General del Estado*. Traducción de RECASENS SICHES y JUSTINO AZCARATE. Ed. Bosch. Barcelona, 1934, págs. 14 a 70.

[913] DIAZ, E.: *obr. cit.*, págs. 87 a 90.

[914] KLUG, U.: *Lógica Jurídica*. Ed. Temis. Bogotá, Colombia, 1990, pág. 3.

DIAZ en comentarios a LOEVINGER, *"la crítica a la lógica denota el rechazo a un cierto tipo de esquemática especulación silogístico-deductiva que sin contar para nada con los elementos de la realidad empírica, intenta obtener conclusiones aplicables a ella, a través de una irreal marcha de lo general a lo particular regida de forma apriorística y abstracta por procedimientos de carácter silogístico-deductivo"*[915]. En metodología jurídica un ejemplo extremo de la identificación de lógica formal con método lo constituye la teoría de la subsunción.

RECASENS SICHES, distingue una *"lógica de lo racional"*, formal, tradicional y deductiva, apta para el análisis de las formas y conceptos jurídicos puros, y otra material o *"de lo razonable"*, útil para la interpretación de los contenidos normativos que no se basa sólo en la pura razón, sino en puntos de visa estimativos, valorativos, pautas axiológicas, etc.[916]

Admitiendo que todo investigador o científico del Derecho pretende obtener conclusiones racionales, puede afirmarse que la lógica es complementaria y auxiliar de la Ciencia del Derecho, no tanto en su versión formal únicamente apta para los conceptos puros como establece RESCASENS, cuanto en su versión material, o método, como combinación de pautas racionales y exigencias reales emanadas del objeto de análisis. Es decir una lógica realista próxima a la lógica de "lo razonable" de RECASENS, o de "lo empírico" de E. DÍAZ.

En coherencia con el presupuesto metodológico de realismo metódico, propugnamos, por tanto, un método lógico-realista.

---

[915] DIAZ, E.: *obr. cit.*, págs. 98 y ss.

[916] RECASENS SICHES, L.: *Panorama del Pensamiento Jurídico del siglo XX... ob. cit.*, Tomo I, págs. 540 y ss., desarrollada en su obra: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa, y lógica de lo razonable*. Fondo de Cultura. Universidad de México. Publicaciones Dianoia. México, 1971, págs. 499 y ss.

3. Direcciones metodológicas del Pensamiento Jurídico

La elección de un método concreto, de una dirección metodológica, viene condicionada por la previa concepción del Derecho. En este sentido, la *"summa divisio"*, las dos grandes concepciones históricas del Derecho, han sido el Iusnaturalismo y el Positivismo.

En la medida en que el Iusnaturalismo integra en su concepción del Derecho leyes o normas no exclusivamente positivas, su estudio y sus direcciones metodológicas exceden del ámbito de la Ciencia Jurídica afectando a la Filosofía del Derecho.

Dentro del Positivismo, a su vez, las diversas orientaciones metodológicas dependerán del concepto que se tenga de la norma o del Derecho Positivo. La identificación de norma con ley, dará lugar al positivismo legalista o estatalista. La reducción de la ley a aspectos formales y abstractos, prescindiendo de contenidos y fines, dará lugar al positivismo legal formalista y al conceptualismo. Desde otro punto de vista, la consideración de la norma como producto social orientado a la consecución de determinados objetivos, fines o intereses, hará surgir positivismos sociológicos, historicistas y teleológicos o utilitaristas. La concepción del ordenamiento jurídico como integración de normas e instituciones positivas, dará lugar a un positivismo institucionista en versión S. ROMANO, o a un institucionismo de raíz sociológica en el primer HAURIOU.

Al igual que en el ámbito de las concepciones del Derecho la oposición-fundamental se establece entre Iusnaturalismo y Positivismo, en la metodología jurídica las dos grandes direcciones fundamentales se bifurcan entre quienes centran su preocupación en la investigación e interpretación de las normas y entre los que dan prioridad a la aplicación y realización del Derecho. En el primer caso predominará el análisis interno lógico-formal y el procedimiento silogístico deductivo. En el segundo la interpretación-

aplicación conforme a intereses, fines, valores y realización eficaz del Derecho[917].

Las concepciones iusnaturalistas o positivistas del Derecho vienen condicionadas por predisposiciones subjetivas antropológicas, filosóficas, culturales, educacionales o ambientales. Las direcciones metodológicas, en cambio, dependen más de la naturaleza objetiva de la realidad normativa objeto de estudio. El método viene condicionado por el objeto, más que por el sujeto. Se puede, como anteriormente hemos apuntado, ser iusnaturalista frente al Derecho en general, y en cambio aplicar un método estrictamente normativista, sociológico, finalista, o institucionista según la realidad normativa a analizar.

4. Normativismo e Institucionismo

Las razones que justifican la selección de las corrientes normativista e institucionista como posibles concepciones jurídicas explicativas del Estatuto de Autonomía, son varias. La primera, se deriva de la calificación jurídica del Estatuto, como norma institucional, según el art. 147,1 de la Constitución y el art. 1º del Estatuto, pero existen otras.

Según MAYER, HERNÁNDEZ GIL y otros autores, hasta el siglo XIX la concepción jurídica predominante fue el Iusnaturalismo y sólo espíritus aislados siguieron otra dirección[918]. Por su parte BOBBIO nos recuerda que desde el pensamiento griego y latino hasta el siglo XVIII, el pensamiento jurídico occidental se caracteriza por la distinción y admisión dentro del Derecho, del Derecho Positivo y el Derecho Natural[919], positivismo y jusnaturalismo.

---

[917] DIAZ, E.: *obr. cit.*, pág. 113.

[918] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 23.

[919] BOBBIO, N.: *El Positivismo Jurídico*, Ed. Debate, S.A. Madrid, 1993, pág. 23.

HERÁCLITO distingue entre leyes divinas y humanas, estas últimas reciben su autoridad de las primeras. PITÁGORAS diferencia leyes humanas y naturales[920]. PLATÓN habla del origen divino de las leyes[921]. ARISTÓTELES en la *"Etica a Nicómaco"* distingue lo justo natural y lo justo legítimo[922]. GAYO[923] en sus *"Instituciones"* habla del *"ius civile": "quod quisque populus ipse sibi sus constituit"* y del derecho natural: *"quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit... et vocatur jus gentium"*.

En el pensamiento medieval, ABELARDO define el derecho positivo como *"illud, quod ab hominibus institutum"*[924]. S. TOMÁS en la *"Summa Theologica"* distingue *"lex externa, naturalis, humana et divina"*[925]. SUÁREZ habla de la ley natural *"inserta en la mente humana para discernir lo honesto de lo torpe"*[926].

El iusnaturalismo racionalista, en su fase final seguirá manteniendo con GROCIO la dualidad Derecho Natural-Derecho Positivo. Así, en *"De jure belli ac pacis"* define al primero como *"dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad*

[920] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 24.

[921] PLATÓN: *Las leyes*. Libro I, 624, a), traducción española de PABON y FDEZ. GALIANO. Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1960. Tomo I, pág. 1.

[922] ARISTÓTELES: *Etica a Nicómaco*. Ed. Gredos. Madrid, 1985. Libro V, Cap. 7, pág. 254.

[923] GAYO: *Instituta*. Comentario Primero, Título Primero, I.Facsimil. Parlamento Vasco, Vitoria, 1992, pág. 11.

[924] ABELARDO, P.: *Dialogum inter Philosph. Judeum et christian*. Petri Abelardi opp. pars III. Patrologiae. Tom. 178, pág. 1656. Garnier Edit. París, 1885.

[925] Santo TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I. a. IIae, q. 90. Biblioteca de Autores cristianos. B.A.C. Madrid, 1957.

[926] SUÁREZ, F.: *Tratado de las Leyes y de Dios legislador*. Instituto de Estudios Constitucionales. Madrid, 1967. Tomo I, Libro I, Cap. II, q. 9ª, pág. 16.

moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza".[927].

Hasta el siglo XIX conviven, por tanto, ambos Derechos, pero a partir de este siglo sólo se considerará Derecho al Positivo. Para BOBBIO, la locución positivismo jurídico no proviene del positivismo filosófico-científico, sino que nace cuando Derecho Natural y Derecho Positivo no son ya considerados Derecho en el mismo sentido, sólo habrá un Derecho: el positivo[928].

Este fenómeno acontece, según el mismo autor, por el reducido ámbito de aplicación que se reserva al Derecho Natural cuando el Estado monopoliza la producción legislativa y obliga al poder judicial a aplicar sus normas en exclusiva, sacrificando la pluralidad de ordenamientos regnícolas y la libertad de los jueces en la toma de decisiones con base al Derecho Natural. Por otra parte, el principio de legalidad, como exigencia de seguridad jurídica, desplaza progresivamente al Derecho Natural como derecho aplicable de los Códigos. El Código Austriaco de 1811 es de los últimos en recoger expresamente la función integradora del Derecho Natural al establecer que, a falta de Ley o de aplicación analógica, las resoluciones judiciales deberán inspirarse en los principios del Derecho Natural[929]. Si a esta reducción del ámbito práctico del Derecho Natural como derecho aplicable, sumamos la invectiva crítica iniciada por la Escuela Histórica contra el Derecho Natural racionalista, se completa el cuadro de la desaparición y del relevo de éste por el Derecho Positivo[930].

El positivismo jurídico, en el sentido expuesto por BOBBIO, se enseñorea del

---

[927] GROCIO, H.: *De jure belli ac pacis*. Traducción española *Del Derecho de la guerra y de la paz*. Ed. Reus. Madrid, 1925. Tomo I, Libro 1°, Capítulo 1°, pág. 52.

[928] BOBBIO, N.: *obr. cit.*, pág. 44.

[929] *Code Civil Général Autrichien*. Ed. Pedone, París, 1947, artículo 7°.

[930] BOBBIO, N.: *obr. cit.*, págs. 61 y ss.

siglo XIX. A este fenómeno debe sumarse el movimiento del Positivismo científico que, hará surgir la Ciencia del Derecho y florecer una rica y variada gama de directrices metodológicas y de escuelas jurídicas en el Derecho Privado y Público, todas ellas con el común denominador de positivismo jurídico. Entre ellas destacará el normativismo de KELSEN, cuya importancia e influencia decisiva como culminación de las corrientes conceptualistas y formalistas del siglo XIX, llega hasta nuestros días. Para K. LARENZ el normativismo kelseniano, que partiendo del positivismo idealista acaba en nominalismo puro[931], se convierte en referente obligado de los movimientos jurídicos del siglo XX, teniendo todos ellos en común, y como meta, la superación del normativismo. Para este autor *"una postura espiritual no puede ser comprendida totalmente sin la postura contraria. Necesitamos aún hoy de la polémica con KELSEN ya que todo lo nuevo (en el Derecho) se ha construido en oposición a él"*[932].

Sirvan estas consideraciones para resaltar la importancia intrínseca del normativismo dentro de la corriente positivista, y su carácter de referente necesario para comprender los movimientos jurídicos del siglo XX, así como justificación añadida para la elección de esta escuela como una de las alternativas para la explicación jurídica del Estatuto.

Los intentos de superación del normativismo formalista, desde dentro y fuera del propio positivismo jurídico, han sido diversos. Destacan el sociologismo, el finalismo, el realismo, el judicialismo y el institucionismo, sin olvidar a autores tan significativos como GENY C. SCHMITT, H. HELLER o R. SMEND que se mueven la misma línea superadora. La selección de la alternativa institucionista se fundamenta, en primer término, como ya se ha indicado, en la configuración del Estatuto como norma institucional. Pero, además, *"a priori"* la concepción jurídica institucional en versión HAU-

[931] LARENZ, K.: *obr. cit.*, pág. 61.

[932] LARENZ, K.: *obr. cit.*, págs. 25 y 26.

RIOU y ROMANO, se presenta, en principio, como más amplia y general y potencialmente más acomodable a la pretensión de explicación integral del significado integral del Estatuto.

CAPÍTULO I: EL NORMATIVISMO

INTRODUCCIÓN

Del normativismo, como de los *"ismos"* en general, puede decirse lo mismo que de las *"itis"* en medicina. Constituyen inflamaciones o exageraciones de la realidad, o de un aspecto de ésta, y en la medida en que destacan o exageran un aspecto determinado, son exclusivistas y reductoras de la realidad en su conjunto[933].

La positividad es una característica esencial de las normas, en cambio el positivismo normativo, en cuanto exageración de la positividad excluye del ámbito del Derecho otras realidades jurídicas, como las instituciones. Lo mismo acontece entre normatividad y normativismo.

El normativismo participa de la concepción jurídica del positivismo y por tanto excluye al Derecho natural como no Derecho. Únicamente reconoce validez jurídica a las normas, con exclusión de las instituciones, presentándose, por tanto, como positivismo normativo. Dentro del ámbito normativo excluye las costumbres, sólo reconoce como norma a la ley o a la disposición emanada del Estado resultando de ello un positivismo legalista o estatalista. Por último, sólo considera a las leyes o normas escritas en su estructura formal con desprecio de los contenidos materiales y/o finalistas. En resumen, el normativismo se presenta como un positivismo normativo-legalista-estatalista y formalista.

El normativismo, así entendido, es producto de una evolución que se inicia en el siglo XIX con la Escuela de la Exégesis, la Escuela Histórica del Derecho, el Conceptualismo o la Jurisprudencia de conceptos en el ámbito del Derecho Privado, y, de aquí, se trasvasa a la Dogmática alemana de la Ciencia del Derecho Público, para culminar con el normativismo de KELSEN en el siglo XX.

[933] Sobre los *"ismos"*, vid. LUCAS VERDÚ, P.: *Principios de Ciencia Política*. Ed. Tecnos. Madrid, 1979. Tomo II, pág. 126, nota 114.

Para comprender, no obstante, esta evolución no basta con partir del Positivismo jurídico como concepción del Derecho, es preciso tener en cuenta al Positivismo científico y sus influjo sobre la Ciencia del Derecho. Cuando BOBBIO, de manera certera, establece que el formalismo es una característica de toda definición *"juspositiva"* del Derecho, se apresura a diferenciar tres tipos de formalismo[914].

- jurídico: como concepción del derecho en función de su estructura formal, prescindiendo absolutamente de todo contenido material.

- científico: como concepción científica del Derecho en la que prima la interpretación lógico-sistemática de las normas como una operación de carácter lógico-formal sin atender al finalismo ni a los intereses en conflicto.

- ético: como concepción ética e ideológica en la que la acción justa deriva del cumplimiento del deber impuesto por la ley, con independencia de cuál sea esta ley y sus contenidos en relación con los valores éticos o de justicia.

La comprensión del normativismo requiere, por tanto, el análisis del Positivismo Jurídico como concepción del Derecho y del Positivismo Científico como concepción de la Ciencia del Derecho, así como de la evolución de las corrientes científicas que iniciadas en el ámbito del Derecho privado, pasarán posteriormente al Derecho público.

[914] BOBBIO, N.: *El positivismo jurídico... ob. cit.*, págs. 154 y ss.

I. EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO CONCEPCIÓN DEL DERECHO, DE LA NORMA Y DE LA CIENCIA JURÍDICA

1. Como concepción del Derecho

"En el transfondo de las grandes construcciones jurídicas –dice LUCAS VERDÚ– se advierte explícita o latentemente la huella de pensadores o de tendencias filosóficas, sociológicas, de concepciones del mundo y de la vida, o de diferentes ideologías"[935]. Así, en el Positivismo voluntarista de JELLINEK se encuentran raíces hegelianas, DUGUIT se inspira en SPENCER, y en DURKHEIM gravita el neokantismo de COHEM e ideas de AUSTIN. En el decisionismo de C. SCHMITT se advierten influjos existencialistas y del positivismo voluntarista. H. HELLER, se apoya en la Sociología de FREYER y en ideologías de raíz marxista con modulaciones social/demócratas[936]. El Derecho como manifestación cultural traduce y aplica valores culturales y filosóficos a la organización social y refleja a través de sus normas los principios generales de cada sociedad en un momento histórico concreto.

Estas consideraciones nos inducen a indagar por la concepción filosófica que sirve de soporte al Positivismo Jurídico que, aparentemente, se encuentra en el Positivismo filosófico. Por eso, a simple vista, resulta desconcertante la afirmación de BOBBIO de que la locución *"positivismo jurídico"* nada tiene que ver con el positivismo filosófico. *"Esto es tan cierto* –añade– *como que el primero surge en Alemania a comienzos del XIX, y el segundo en Francia más tarde. La expresión positivismo jurídico deriva de Derecho positivo como oposición al Derecho Natural"*[937].

---

[935] LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987, pág. 74.

[936] LUCAS VERDÚ, P.: *Ibid*, págs. 76 a 78.

[937] BOBBIO, N.: *ob. cit.*, pág. 35.

Estas afirmaciones, probablemente acertadas en lo que al origen del término se refiere, no pueden eludir que debajo de la cuestión semántica se esconda una posición filosófica contraria al jusnaturalismo y por tanto positivista en un sentido amplio, aunque no se identifican con un positivismo filosófico concreto. Por otra parte no debe olvidarse que el origen, desarrollo y evolución final de ambos positivismos, jurídico y filosófico, presentan un evidente paralelismo.

Así, aunque el Positivismo filosófico de COMTE aparece oficialmente en Francia, éste, al igual que el empirismo de STUART MILL, o el utilitarismo de BENTHAM, tienen su origen común en lo que HIRSCHBERGER denomina fenomenalismo de base kantiana, y por tanto alemán[938]. Efectivamente, de KANT pasó al siglo XIX, como un dogma intangible, la convicción de que más allá del fenómeno no hay nada para el conocimiento humano. Este mundo contiene lo verdaderamente real, la metafísica y la religión son puras ficciones. KANT fue el auténtico demoledor de la metafísica y, al contraer los límites del conocimiento al mundo fenoménico, puso las bases de todo positivismo. Según HIRSCHBERGER, histórica y genéticamente, las raíces de toda posición fenomenológica se hallan en el escepticismo y materialismo franceses, en el empirismo inglés y en el fenomenalismo alemán de KANT[939].

Las coincidencias entre positivismo filosófico y jurídico se extienden también a los postulados científicos. Ambos participan del positivismo científico. COMTE, a partir de los datos positivos y extrayendo de ellos los elementos iguales y constantes, puso las bases de la Ciencia mediante la elaboración científica de los conceptos y la formulación de las leyes de los fenómenos[940]. Idéntica función cumplirá al Positivismo jurídico mediante la combinación de la Concepción del Derecho con la Dogmática jurídica como metodología científica.

---

[938] HIRSCHBERGER, J.: *Historia de la Filosofía*. Ed. Herder. Barcelona, 1982, Tomo II. pág. 347.

[939] HIRSCHBERGER, J.: *ob. cit.*, Tomo II. pág. 348.

[940] HIRSCHBERGER, J.: *ob. cit.*, Tomo II, pág. 348.

Por último, ambos positivismos desembocan en el neokantismo, parten y acaban en KANT. El filosófico, de LAAS, AVENARIUS y MACH asume la consigna de *"vuelta a KANT"* propuesta por LANGER, FISCHER y LIEBMANN y acabará reivindicando el formalismo y criticismo kantianos con los representantes de la Escuela de Magburgo: COHEN y N. HARTMANN junior[941]. En el campo jurídico, el positivismo formalista a través de KELSEN se transformará, también, en idealismo normativista de base e inspiración kantianas.

Perfiladas las conexiones entre positivismo filosófico y jurídico, procede ahora retomar la afirmación de BOBBIO y establecer que el Positivismo jurídico, en cuanto concepción del Derecho, identifica Derecho con Derecho Positivo, con Derecho *"positum"*, puesto o dado, y creado por los hombres en terminología de ABELARDO[942], por oposición al Derecho Natural creado por algo o alguien, Naturaleza o Dios[943]. El Positivismo jurídico al negar la metafísica y el Derecho Natural, este último al menos como Derecho aplicable, opera una reducción excluyente del ámbito del Derecho que queda reducido a normas positivas.

Para HERNÁNDEZ GIL, el positivismo es la antítesis del jusnaturalismo: jusnaturalismo y positivismo constituyen la verdadera contraposición, dado el rango superior al metodológico que ostentan[944]. VALLET DE GOYTISOLO subraya esta misma idea al comentar el discurso de apertura del Curso 1982-83 de la Real Academia de Jurisprudencia a cargo de HERNÁNDEZ GIL[945]. Según LUCAS VERDÚ, la dialéctica positivismo-jusnaturalismo manifiesta de modo emblemático la lucha por el Dere-

[941] HIRSCHBERGER, J.: *ob. cit.*, págs. 353 y 354.

[942] ABELARDO, P.: *"quod hominibus institutum est"*. Texto citado en *Patrologiae*. T. 178.

[943] STO. TOMAS DE AQUINO, F. SUAREZ y GROCIO, citados.

[944] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 74.

[945] VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Metodología Jurídica*. Civitas. Madrid, 1988, pág. 217.

cho. Es la concepción empírica y académica de dos modos distintos y antagónicos de entender la vida jurídica[946]. Para el positivismo jurídico, el Derecho se agota en la norma positiva, fundamentalmente en la ley escrita, y significa la negación de la metafísica en el ámbito normativo-institucional.

2. Como concepción de la norma: diferentes clases de positivismo jurídico

Si, como concepción del Derecho, el Positivismo sólo se opone al Derecho Natural y en ello coinciden todos los positivismos, la diferente concepción de la norma que sustentan unos y otros dará lugar a diversas clases de positivismo jurídico.

Cuando por norma sólo se entiende ley estatal, estaremos ante un positivismo legalista-estatalista. Si dentro de la ley únicamente se consideran sus aspectos formales con exclusión de los contenidos materiales, el positivismo será además formalista. Por el contrario, si se destacan los aspectos finalistas o utilitaristas, los intereses o las raíces sociológicas de la norma, nos encontraremos ante un positivismo finalista, teleológico, utilitarista o sociológico.

VALLET de GOYTISOLO distingue un Positivismo legalista dividido a su vez en material y formal, de otro que denomina historicista, sociológico o judicial[947].

LUCAS VERDÚ diferencia el positivismo voluntarista, el formalista-conceptualista y el sociológico[948].

K. LARENZ analiza el positivismo alemán y agrupa sus tendencias entre: sicologismo y sociologismo, preocupados por los factores causales del Derecho y por el ser,

[946] LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el positivismo... ob. cit.*, pág 194.

[947] VALLET DE GOYTISOLO, J.: *ob. cit.*, págs. 217 a 260.

[948] LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el positivismo... ob. cit.*, pág. 211.

y normativismo, preocupado únicamente por las normas como debe-ser.[949]

3. Como concepción científica del Derecho

El Positivismo jurídico, además de consistir en una concepción del Derecho y de la norma, tiene la legítima pretensión de extender al Derecho el rigor y las exigencias de los postulados científicos y construir una auténtica Ciencia del Derecho. El Positivismo Jurídico surge –según BOBBIO– como consecuencia del esfuerzo por convertir al Derecho en auténtica Ciencia con los mismos caracteres que las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales[950]. Entre los caracteres de estas Ciencias destacan:

- la neutralidad valorativa, consistente en la formulación de juicios de hecho o constataciones, eludiendo juicios de valor o tomas de posición ante la realidad. La función de la Ciencia es conocer e informar, no valorar[951].

- La objetividad del conocimiento científico derivada de la eliminación de juicios de valor subjetivos. El científico moderno ha renunciado a colocarse ante la naturaleza en actitud metafísica, teleológica o moralizante[952].

- La pretensión de validez universal y necesariedad de sus conclusiones en base a una metodología depurada que permite extraer de los fenómenos particulares por método inductivo sus constantes, conceptos y leyes, para proceder, por vía deductiva, a su aplicación mediante principios de causalidad y producción necesarias.

---

[949] LARENZ, K.: *ob. cit.*, págs. 37 a 46.

[950] BOBBIO, N.: *ob. cit.*, pág. 145.

[951] BOBBIO, N.: *ibid*, pág. 145.

[952] BOBBIO, N.: *ob. cit.*, pág. 146.

La aplicación de estas notas al Derecho, trae como consecuencia:

- la consideración del Derecho como hecho, no como valor, como es y no como debiera de ser, como real y no como Derecho ideal[953].

- la utilización del concepto de validez frente al de valor. La validez es la simple constatación de la existencia de la norma como parte de un Ordenamiento jurídico positivo. El valor es una referencia al Derecho ideal[954]. El jurista científico utiliza criterios de validez. No analiza la norma en relación a la justicia o injusticia intrínseca de sus contenidos, se limita a estudiar el fenómeno normativo desde las condiciones de su validez formal, o positividad, con abstracción de valores y contenidos.

De ahí que, según BOBBIO, el formalismo sea esencial al Positivismo[955] en cualquiera de sus manifestaciones:

- formalismo normativista, en cuanto sólo considera las condiciones de validez formal de la norma.

- formalismo ético-deontológico, derivado de la exigencia de neutralidad valorativa y de objetividad. Relativismo, en suma, preocupado más por el deber que por el deber ser referido a valores.

- formalismo científico, como consecuencia del método lógico-sistemático abstracto y de las exigencias de universalidad científica.

---

[953] BOBBIO, N.: *ibid*, pág. 146.

[954] BOBBIO, N.: *ob. cit.*, pág. 147.

[955] BOBBIO, N.: *ob. cit.*, págs. 154 y ss.

A estas certeras apreciaciones de BOBBIO conviene recordar, no obstante, que desde dentro del propio Positivismo jurídico se iniciaron, precisamente, las primeras reacciones antiformalistas a través de direcciones metodológicas sociológicas y finalistas, como más tarde expondremos. Estas corrientes científicas surgidas desde el Positivismo no se limitaron a combatir el formalismo normativista sino también el metodológico-científico, distinguiendo los planos de comprensión y de aplicación del Derecho. Una de las funciones de la Ciencia Jurídica es la comprensión teórica de las normas. El científico debe conocer, comprender y explicar el Derecho[956], construyendo conceptos, clasificaciones, sistemas y teorías. Es decir, elaborar –como apunta VALLET de GOYTISOLO–[957] una *"gramática jurídica"* como medio de ordenación y conocimiento del Derecho. Pero, desde aquí, no se puede pretender, como quiso el conceptualismo jurídico a través de la *"teoría de la subsunción"*, deducir de los conceptos consecuencias directamente aplicables a la vida *"saltando alegremente de las categorías lógicas a las consecuencias reales y olvidar* –como ha observado el filósofo neorrealista NÖEL– *que de un gancho pintado en la pared no se puede colgar más que una cadena igualmente pintada en la pared"*[958].

La aplicación del Derecho, función igualmente científica, debe trabajar con la norma y con la vida, conectar mandato abstracto y caso concreto, comprensión teórica y realidad. Este aspecto realista del Derecho, olvidado por el sector del positivismo formalista, será especialmente destacado por el positivismo sociológico y finalista más preocupado por la aplicación del Derecho que por su comprensión.

---

[956] BOBBIO, N.: *ob. cit.*, pág. 148.

[957] VALLET de GOYTISOLO, J.: *Metodología jurídica... ob. cit.*, pág. 294.

[958] VALLET de GOYTISOLO, J.: *ob. cit.*, pág. 294.

II. EL POSITIVISMO EN LA CIENCIA JURÍDICA DEL DERECHO PRIVADO DEL SIGLO XIX

Los primeros intentos de construcción científica del Derecho se producen en el ámbito del Derecho Privado durante la primera mitad del siglo XIX, y sus logros serán posteriormente aplicados al Derecho Público en la segunda parte de la centuria, culminando con el normativismo de KELSEN a comienzos del siglo XX. De ahí que, para comprender la significación y la evolución del positivismo al normativismo, deba analizarse primeramente el proceso en el ámbito del Derecho Privado. El Derecho Público recorrerá el mismo camino y tendrá el mismo final. La trayectoria del Derecho privado se inicia con corrientes que desde posiciones positivistas, inicialmente tibias, culminan en un formalismo o conceptualismo absolutos, dando lugar a reacciones superadoras de orientación sociológica y finalista. Lo mismo acontecerá en el ámbito del Derecho Público: del formalismo metodológico inicial, se pasará a un formalismo normativista absoluto que dará lugar a reacciones sociológicas, finalistas e institucionistas.

Puesto que el Positivismo jurídico, tal como hemos expuesto, entraña una concepción del Derecho, de la norma y del método científico, procuraremos efectuar el seguimiento del proceso distinguiendo los tres niveles.

1. Evolución del pensamiento jurídico desde el Positivismo legalista al conceptualismo dogmático

A través de la exposición de la *"Escuela de la Exégesis"* de la *"Escuela Histórica del Derecho"* y de *"La Jurisprudencia de Conceptos y Dogmática Jurídica"*, podrá apreciarse la evolución del Positivismo inicialmente legalista y metodológico, hacia un formalismo absoluto en los ámbitos jurídico, normativo y científico.

1.1. La Escuela de la Exégesis

Surge en Francia, en 1804, con motivo de la publicación del Código de Napoleón –el *"Code"*– y su objetivo central y único es, precisamente, la realización de comentarios al Código. Según BONNECASE[959], estuvo vigente en Francia durante todo el siglo XIX atravesando por diversas fases: fundación de 1804 a 1830 con TOULLIER y DELVINCOURT; apogeo de 1830 a 1880 en DURANTON, AUBRY y RAU; y decadencia 1880-1900 con BEAUDRY y GUILLAR.

a) Concepción del Derecho

Esta escuela es de inspiración jusnaturalista-racionalista. Su positivismo, en todo caso, es meramente práctico y metodológico. Filosóficamente no renuncia al Derecho Natural aunque lo considera irrelevante para el jurista.

Según criterio coincidente de HERNÁNDEZ GIL, E. DIAZ y BOBBIO, más que de una nueva concepción del Derecho, se trata de un método o plan científico y marca el tránsito del jusnaturalismo al positivismo moderado[960].

b) Concepción normativa legalista: La ley o el *"Code"* como objeto del Derecho y de la Ciencia Jurídica

La sumisión exclusivista a la ley –*"Code"*– como la más perfecta expresión de la razón escrita supuso la devaluación práctica del Derecho natural y mereció la califica-

[959] BONNECASE, J.: *"Traité theorique et practique de Droit Civil"*. Suplement par Julien Bonnecase. Tome I^er^. Recueil Sirey. París, 1924, págs. 219 a 229.

[960] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, págs. 87 y ss; DIAZ, E.: *ob. cit.*, págs. 114 y ss; BOBBIO, N.: *ob. cit.*, pág. 99.

ción de *"fetichismo legalista"* con que GENY bautizó a esta Escuela[961].

El Derecho positivo lo es todo, y todo el Derecho positivo está en la ley[962]. El *"Code"* y el estatalismo legalista, la *"plenitudo legis"*, desplazan al Derecho Natural y la costumbre, iniciándose la etapa del positivismo legalista.

c) El método científico: teoría de la subsunción

El respeto por la ley exige una interpretación exegética en la que debe primar la literalidad como expresión de la *"voluntas legislatoris"*. Por otra parte, siendo el *"Code"* la expresión más perfecta de la razón, el método científico deberá ser, igualmente, lógico-deductivo-racional, destacándose el empleo de procedimientos lógicos, abstractos y generales, simbolizados en la teoría de la subsunción: *"el intérprete no crea, se limita a sacar deducciones aplicables a hechos o supuestos previamente comprendidos en las normas"*[963].

En resumen: la Escuela de la Exégesis presenta una mezcla de jusnaturalismo teórico, de positivismo legalista y estatalista excluyente y de método lógico racional, iniciando el camino hacia el formalismo.

1.2. La *"Escuela Histórica del Derecho"*: SAVIGNY

La Escuela Histórica se identifica tradicionalmente con SAVIGNY, si bien deben tenerse en cuenta: como precedente, el historicismo de DE MAISTRE y, como culminación, el dogmatismo de PUCHTA.

---

[961] GENY, citado por RECASENS SICHES, L.: *Panorama del Pensamiento... ob. cit.*, Tomo I, págs. 26 y ss.

[962] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, pág. 81.

[963] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, pág. 82, y DIAZ, E.: *ob. cit.*, pág. 115.

a) Concepción del Derecho

SAVIGNY, antes de su fase historicista, mantuvo posiciones "positivistas-legalistas" en sus escritos y lecciones del *"curso de invierno de 1802"*[964]. Pero a partir de los debates con THIBAUT sobre la Codificación Civil, en 1814, irrumpe con sus ideas de inspiración romántica, historicista e irracionalista en claro enfrentamiento con el jusnaturalismo y con la codificación como obra racional[965]. Con esta Escuela se materializa ideológicamente –según BOBBIO– la desconsagración del Derecho Natural y la destrucción de los mitos racionalistas[966]. Su concepción del Derecho es claramente antijusnaturalista aunque, según HERNÁNDEZ GIL, no va tanto contra el Derecho Natural, cuanto contra una versión racionalista y fixista de éste que resulta incompatible con el historicismo[967].

El Derecho es la manifestación del *"Espíritu del Pueblo"*, el "VOLKSGEIST", que es a la vez continuidad, tradición y cambio y por tanto incompatible con la inmutabilidad racionalista. El *"Espíritu del Pueblo"*, producto de su idealismo romántico-hegeliano, es una realidad orgánica una y cambiante, mezcla de tradición y progreso, que tiene su expresión en la "Nación" como realidad espiritual. La "Nación" como encarnación del "Volksgeist" es la creadora del Derecho[968]. Su concepción del Derecho es, por tanto, empírica pero no estatalista, es de alguna forma positivista pero no legalista. No pertenece propiamente al Positivismo jurídico, aunque sirve de vehículo intelec-

[964] LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ed. Ariel, Barcelona, 1980, págs. 31 y 32.

[965] SAVIGNY, F.K.: *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la Jurisprudencia*, en "La Codificación". Ed. Aguilar, Madrid, 1970, págs. 47 a 168.

[966] BOBBIO, N.: *El positivismo... ob. cit.*, págs. 61 y ss.

[967] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 89.

[968] SAVIGNY, F.K.: "Los fundamentos de la Ciencia Jurídica". En *La ciencia del Derecho*. Ed. Losada. Buenos Aires, 1949, pág. 35.

tual hacia éste[969]

El *"Espíritu del Pueblo"*, cuya encarnación es la Nación, se manifiesta y actúa a través del Pueblo mediante la costumbre, del legislador por medio de la ley, y de los jurisconsultos mediante la fijación de los principios inmanentes a la conciencia nacional[970]. Pero ni el Pueblo, ni el legislador, ni los jurisconsultos crean el Derecho, su función se limita a la concreción del Derecho[971].

b) Concepción normativa

El Derecho se integra por leyes, costumbres y principios jurídicos inmanentes en la conciencia nacional. El jurista debe actuar sobre el conjunto de este material jurídico para someterlo al análisis y el estudio de la Ciencia Jurídica y sobre él elaborar sistemas. Pero las exigencias de fijeza y seguridad científicas impulsan a los juristas a trabajar exclusivamente sobre la ley, reduciendo en la práctica el ámbito del Derecho con el desplazamiento consiguiente del derecho consuetudinario impreciso y cambiante.

La amplitud inicial del ámbito jurídico experimenta, de esta forma, una reducción progresiva hasta la identificación práctica de Derecho con la ley escrita, actitud muy próxima al positivismo legalista.

c) Método jurídico

Por una parte el conocimiento del origen y raíces del Derecho exige el recurso

[969] DIAZ, E.: *ob. cit.*, pág. 117; BOBBIO, N.: *ob. cit.*, pág. 61.

[970] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 101 y 102.

[971] SAVIGNY, F.K.: *Los fundamentos... ob. cit.*, págs. 50 a 63.

al método histórico-sociológico[972], pero, por otra, las exigencias científicas de reducción de lo múltiple y vario a unidad conceptual, o en terminología de SAVIGNY, la reducción de lo *"vario sucesivo histórico"*, a *"lo vario simultáneo"*, impone el recurso a la lógica abstracta y dogmática que permite la construcción de conceptos, instituciones y sistemas. En virtud de esta exigencia científica, los inicios historicistas de esta Escuela acabarán sucumbiendo ante la Dogmática y la Ciencia Jurídica[973]. Como apunta LARENZ[974], la Escuela Histórica parte de la realidad y de la investigación histórica para acabar en dogmática abstracta cuya culminación corresponderá a PUCHTA. De manera coincidente, afirma HERNÁNDEZ GIL, que lo que comenzó siendo empirismo histórico-determinista que parecía abocado a un sociologismo jurídico, desembocó en normativismo y en dogmatismo jurídicos[975].

En conclusión, esta dirección metodológica parte del empirismo historicista, se transforma en la práctica en positivismo legalista y acaba por motivos metodológicos en formalismo dogmático.

1.3. La Jurisprudencia de Conceptos y Dogmática Jurídica: IHERING y WINDSCHEID

Con la "Jurisprudencia de Conceptos" se implanta definitivamente el positivismo y el formalismo jurídico-científico. En realidad, en esta corriente no cabe ya distinguir entre concepción jurídica, normativa y científica del Derecho, ya que todo queda reducido a pura metodología al servicio de la construcción dogmático-jurídico. La concepción positivista del Derecho y el positivismo legalista sirven como antecedentes o puntos de

[972] SAVIGNY, F.K.: *De la vocación de nuestro tiempo... ob. cit.*, pág. 138.

[973] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, págs. 104 y ss.

[974] LARENZ, K.: *Metología de la Ciencia del Derecho... ob. cit.*, pág. 44.

[975] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 126.

partida para la elaboración dogmática del Derecho.

La "Dogmática jurídica" parte, como presupuesto de trabajo, de las normas, más precisamente, de las leyes suministradas por el Ordenamiento Jurídico, y en este sentido significa vinculación inquebrantable del jurista al Derecho positivo o positivismo legalista. Pero, a partir del dato normativo, "Dogmática" significa, sobre todo, el modo en que debe ser tratado científicamente el Derecho, "Dogmática" equivale a lógica jurídica[976].

La norma escrita aporta a la "Dogmática jurídica" los materiales legales para la elaboración de los conceptos, sirve de *"pretexto"* para la construcción conceptual. Una vez elaborados y extraídos los conceptos jurídicos, éstos se convierten en auténticas realidades jurídico-formales que desplazan a las normas y ocupan el lugar de éstas, sin dar importancia a los contenidos normativos, ni a su fundamentación y aplicación a la realidad social. La norma es sustituida por el concepto, y el positivismo legalista se transforma en normativismo formal. En definitiva, como más tarde establecerá KELSEN, el método crea el objeto.

En realidad, como ya se ha observado, este movimiento conceptualista arranca de SAVIGNY, aunque con este autor viene matizado por su carácter histórico. SAVIGNY mediante la elaboración de conceptos e instituciones pretende la reconstrucción de un sistema orgánico que permita la formulación dinámica y la explicación de la evolución y cambios en el Derecho en conexión con las mutaciones producidas en el *"espíritu del Pueblo"*. Como explicará VALLET de GOYTISOLO, el conceptualismo de SAVIGNY correspondía a un pensamiento organicológico, a la conexión orgánica de las instituciones con el *"espíritu del Pueblo"*[977]. Pero esta conexión se rompe e independiza con su discípulo PUCHTA, y desaparece con los representantes de la "Jurispru-

[976] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, pág. 128.

[977] VALLET de GOYTISOLO, J.: *Metodología... ob. cit.*, págs. 290-291.
En el mismo sentido, LARENZ, K.: *Metodología... ob. cit.*, pág. 44.

dencia de conceptos", especialmente con IHERING y WINDSCHEID, dejando el sistema de ser orgánico para convertirse en puramente lógico.

La "Jurisprudencia de conceptos" es pura metodología al servicio de la construcción jurídica. Más que la norma preocupa al método para extraer el concepto y, una vez obtenido, deducir de él las consecuencias o conclusiones aplicables a los casos concretos. Por esto, más que de normativismo se trata de nominalismo lógico-formal-deductivo, en el que desaparece todo interés por las normas y sus contenidos, cuyo jugo o esencia exprimida queda recogida en el concepto, siendo el resto material desechable.

Tanto IHERING como WINDSCHEID rinden culto al método de construcción jurídica, cuya descripción metodológica ha sido extensamente tratada por N. BOBBIO y HERNÁNDEZ GIL, entre otros[978]. A modo de ejemplo reproducimos brevemente la metodología de IHERING. Desarrolla su teoría sobre la técnica jurídica por medio de tres operaciones fundamentales: -análisis jurídico, concentración lógica y construcción jurídica- cuya exposición completa ocupa la II parte de su obra *"La Dogmática Jurídica"*[979].

Para este autor la labor del jurista teórico se resume en lo que llama "simplificación cuantitativa y cualitativa del material jurídico". La "simplificación cuantitativa" comprende el análisis, separación y elección de materiales normativos. Seguidamente, y en base a ellos, se construyen nociones y conceptos, para, finalmente, por vía de síntesis cada vez más abstractas, obtener los principios y con ellos configurar un sistema. La trayectoria va de la norma al concepto, de éste al principio jurídico y de aquí a la construcción del sistema.

[978] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 132 a 142. BOBBIO, N.: *ob. cit.*, págs. 134 a 138.

[979] IHERING, R.: *La Dogmática Jurídica*, Edit. Losada. Buenos Aires, 1946, págs. 108 a 158.

La simplificación cualitativa trabaja sobre los materiales obtenidos en la operación anterior y construye institutos o cuerpos jurídicos dotados, como seres o individualidades lógicas, de vida propia, que se desarrollan en un proceso biológico-jurídico de nacimiento, duración y muerte o extinción. A su vez estos cuerpos jurídicos pueden fundirse o resolverse sucesivamente en otro u otros cada vez más generales y abstractos.

Las disposiciones normativas, conceptos y principios que integran la primera operación jurídica constituyen la masa o materia jurídica, sobre la que operará la auténtica construcción jurídica. Son fruto de una primera abstracción y en cuanto ideas o conceptos gozan de existencia real y substancial[980]. Sobre esta primera abstracción se monta una segunda y sucesivas que tiene por objeto la creación de auténticos cuerpos jurídicos como individualidades lógicas con vida propia. Al proseguir por vía de abstracción en sucesivas absorciones o síntesis de cuerpos jurídicos nos alejamos cada vez más de la realidad normativa originaria, llegando al *"cielo de los conceptos"* con la consiguiente dificultad de *"su regreso a la tierra"*. Estos términos serán utilizados más tarde por el segundo IHERING cuando despierte del sueño conceptualista[981].

En resumen, para IHERING el objeto de la Ciencia Jurídica no viene constituido por las normas o disposiciones legales, ni siquiera por los conceptos. Todo esto no representa sino el material jurídico dispuesto para trabajar sobre él, reelaborarlo y construir cuerpos jurídicos e institucionales, auténtico objeto de la Ciencia. El método apropiado para ello será la lógica, la abstracción y las leyes que rigen la construcción jurídica: falta de contradicción, unidad sistemática y estética o belleza jurídica[982].

WINDSCHEID, que polemizó con IHERING sobre la paternidad del conceptua-

[980] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, pág. 139.

[981] IHERING, R.: *Jurisprudencia en broma y en serio*. Traducción española de R. Riaza. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1933, pág. 44.

[982] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 141-142.

lismo, remató esta escuela con broche de oro elevando al dogmatismo a la cumbre de su máxima pureza. Por este autor la misión de la Ciencia Jurídica es la de descubrir y desarrollar los conceptos inmanentes a las normas como expresión del pensamiento encerrado en ellas[80].

Gracias a estas construcciones científicas contamos hoy con un bagaje dogmático de conceptos, categorías e instituciones, imprescindibles para la enseñanza y comprensión del Derecho Privado, especialmente del Derecho Civil. Pero la utilidad de estas aportaciones no puede ocultar los errores y exageraciones en que incurrió la Dogmática al despreciar elementos normativos esenciales, como fines y contenidos, su distanciamiento de la realidad social y jurídica, y sobre todo la pretensión de aplicar las conclusiones lógicas de forma mecánica y automática a la realidad, confundiendo los planos de comprensión teórica y de aplicación práctica del derecho.

2. Intentos de superación del conceptualismo dogmático desde el Positivismo jurídico

Las exageraciones de la Dogmática, su elevado grado de abstracción y el olvido del contenido, de los fines y de los ingredientes histórico-sociológicos de las normas, provocaron reacciones superadoras del formalismo conceptualista dando lugar a la aparición de movimientos finalistas, de intereses, realistas y sociológicos. Nosotros nos limitaremos a exponer los dos primeros.

Según TRUYOL SERRA, citado por VALLET DE GOYTISOLO,[81] los primeros movimientos anticonceptualistas y antiformalistas se manifiestan en una Conferencia que en 1847 pronunció el fiscal VON KIRCHMANN bajo el título "*La Jurisprudencia*

[80] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 158-159.

[81] VALLET de GOYTISOLO, J.: *Metodología de la Determinación del Derecho*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1994, pág. 883.

no es Ciencia"[965] anticipándose a IHERING y a HECK, así como a la teoría del "*Derecho Libre*" de KANTOROWICZ[966]. Por su parte K. LARENZ califica de "*confusa*" esta conferencia que sólo sirvió para demostrar el descontento extendido entre los juristas prácticos ante una Ciencia que sólo trababa sobre un Derecho desfasado –el Derecho Romano– con un método abstracto que difícilmente podrá satisfacer y dar respuesta a las exigencias diarias de la práctica jurídica[967].

2.1. La Jurisprudencia finalista del segundo IHERING

Las quejas procedentes de los juristas prácticos, la convicción y percepción de los cambios políticos y económicos, así como la insuficiencia de la Pandectística para responder a las exigencias de las nuevas condiciones socioeconómicas, contribuyeron, según LARENZ, al giro decisivo que experimentó el pensamiento y la metodología de IHERING[968]. Para LEGAZ LACAMBRA, es IHERING quien abre la nueva vía antiformalista[969]. Del mismo parecer es ELÍAS DIAZ, para quien este autor, a pesar de los intentos de HECK por reducirle al conceptualismo, es el iniciador de las tendencias metodológicas de sentido finalista[970].

LARENZ establece la evolución del pensamiento de IHERING en tres momentos coincidentes con tres de sus obras:

---

[965] VON KIRCHMANN, J.G.: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Traducido por Goldschmidt como "*El carácter acientífico de la Ciencia del Derecho*". Ed. Losada, Buenos Aires, 1949. En "*La Ciencia del Derecho*", págs. 251 a 288.

[966] KANTOROWICZ, G.: "La lucha por la Ciencia del Derecho". En *La Ciencia del Derecho*. Ed. Losada, Buenos Aires. 1949, págs. 335 y ss.

[967] LARENZ, K.: *La Metodología... ob. cit.*, págs. 59 y 60.

[968] LARENZ, K.: *ob. cit.*, págs. 59 y 60.

[969] LEGAZ Y LACAMBRA, L.: "*Filosofía del Derecho*", Ed. Bosch. Barcelona, 1972, pág. 140.

[970] DIAZ, E.: *ob. cit.*, pág. 122.

- *"Jurisprudencia en broma y en serio"*, escrita en torno a 1861, es una burla de la construcción jurídica y del conceptualismo, cuyos resultados califica de *"inútiles para la práctica y opuestos al buen sentido"*[991]. Esta obra y algunos otros artículos sueltos representan un desahogo crítico, sin aportar orientaciones científicas alternativas.

- *"El Espíritu del Derecho Romano"*, cuyo cuarto tomo se publica en 1864, contiene nuevas ideas y un cierto esquema de programa pragmático orientado hacia *"valores vitales"* aún carentes de concreción. Por lo demás, abunda en el tono crítico contra los extravíos de la Dogmática Jurídica con afirmaciones de este tenor: *"El culto a la lógica pretende convertir a la Jurisprudencia en matemática del Derecho"*, *"La vida no son los conceptos, éstos existen a causa de la vida"*, o *"no ha de suceder lo que la lógica postula, sino lo que postula la vida, el tráfico, el sentimiento jurídico"*[992].

- *"El Fin en el Derecho"*[993] aparece en 1877 con el título original en *"Der Zwek im Recht"*. En esta obra postula como idea fundamental que el *"fin práctico"* es el creador de todo Derecho, no el fin general, sino el fin concreto ínsito en las proposiciones jurídicas particulares. Esta idea del *"fin"* en el Derecho, junto con la correlativa del *"interés"* y del *"sentimiento legal"* como dolor patológico ante la injusticia, están también desarrolladas en su obra *"La Lucha por el Derecho"*[994].

---

[991] LARENZ, K.: *La Metodología... ob. cit.*, pág. 66.

[992] IHERING, R.: *El Espíritu del Derecho Romano*, en *Abreviatura del Espíritu del Derecho Romano*. Revista de Occidente. Buenos Aires, 1947, pág. 32; y, LARENZ, K.: *ob. cit.*, pág. 60.

[993] IHERING, R.: *El Fin en el Derecho*, Edit. Heliasta. Buenos Aires, 1978.

[994] IHERING, R.: *La Lucha por el Derecho*, traducc. Alfonso Posada. Ed. Vict. Suárez. Madrid, 1921. Vid. especialmente:

Cap. I, págs. 1 a 19
Cap. II, págs. 19-29, Cap. III, págs. 38 y ss.
Cap. IV, pág. 63

El finalismo de IHERING es de signo utilitarista, relativista, y no transcendente. Como establece LARENZ, la teoría de los fines de IHERING, desconoce un orden jerárquico objetivo de fines sociales[995]. Para él los fines resultan de las necesidades vitales, como se aprecia de la lectura de su obra, en la que se advierte una íntima relación entre fin-interés-satisfacción de necesidades vitales[996].

Retomando el esquema inicial que nos ha permitido seguir la evolución del Positivismo Jurídico en su triple dimensión de Concepción del Derecho, de la norma y del método científico, observamos que IHERING en su segunda etapa profesa una:

a) Concepción del Derecho que sigue siendo positivista y estatalista. Positivista porque su teoría del fin es utilitarista. No trata, a pesar de las críticas de HECK, de los fines transcendentes del Derecho, ni de los fines como valores referidos a la justicia. Y estatalista, porque, aunque en apariencia desplaza el centro de gravedad desde el legislador a la sociedad y trata sobre *"el fin social como sujeto final del Derecho"*[997], no supera la tesis fundamental de su época de la fe en la ley entendida como monopolio del Estado[998].

b) Concepción normativa legalista, pero, a su vez, realista y antiformalista, por cuanto, aun definiendo a la norma como imposición coercitiva estatal, atribuye a toda norma una relación de contenido con un fin determinado. La norma es mandato, pero también contenido y fin[999].

---

[995] LARENZ, K.: *La Metodología... ob. cit.*, pág. 63.

[996] IHERING, R.: *"El Fin en el Derecho"... ob. cit.* Especialmente los nºs. 180 a 193, págs. 210 a 224.

[997] IHERING, R.: *"El Fin en el Derecho"... ob. cit.*, pág. 213.

[998] LARENZ, K.: *ob. cit.*, pág. 62.

[999] LARENZ, K : *ob. cit.*, pág. 63.

c) Método jurídico sociológico. Con este giro metedológico consuma el abandono de la jurisprudencia formal o conceptualista. Si la norma es coerción y contenido material referido a un fin social, para comprenderla bien es preciso utilizar más que el método lógico o sicológico, el método sociológico[1000].

2.2. La Jurisprudencia de Intereses: HECK y STOLL

El giro de IHERING hacia una jurisprudencia pragmática se convirtió en el punto de partida de la "jurisprudencia de intereses", entre cuyos representantes figuran HECK y STOLL[1001]. Su aparición puede fijarse en 1889, fecha en la que HECK publica su obra *"la avería gruesa"*.

Esta dirección metodológica representa, en primer término, una crítica al conceptualismo, y, en segundo lugar, una nueva metodología. El presupuesto jurídico de esta nueva concepción arranca de la vida en toda su extensión, de la realidad concreta y de los intereses en conflicto como manifestación vital esencial. La norma y los conceptos sólo tienen sentido y pueden explicarse en función de los intereses vitales. *"No basta aplicar el Derecho a la vida, hay que ver en ella la fuente y la causa del Derecho"*[1002]. Los ingredientes de esta nueva concepción son los intereses, las normas y los conceptos.

Las normas, tanto por sus orígenes como por sus efectos, proceden de las necesidades vitales entendidas como conflictos de intereses, y se orientan a la solución de estos conflictos. Toda norma comporta un interés, de él parte y a él dirige su solución. Los conceptos sólo poseen una función ordenadora. Son representaciones mentales de mandatos e intereses, de carácter instrumental y funcional. En definitiva:

[1000] LARENZ, K.: *La Metodología... ob. cit.*, pág. 63.

[1001] LARENZ, K.: *ob. cit.*, pág. 63.

[1002] LARENZ, K.: *ob. cit.*, pág. 64.

a) Concepción del Derecho. Sigue siendo positivista y estatalista. Por norma sólo se entiende la ley estatal. La actitud de esta escuela es antifilosófica y antivalorativa. El Derecho se orienta a la protección de intereses sociales vitales. Precisamente pretenden separarse del finalismo de IHERING por interpretar que éste defiende una actitud teleológica soportada en valores superiores[1003].

b) Concepción normativa legalista y antiformalista

Las únicas normas son las emanadas del Estado. Son mandatos de contenido imperativo pero subordinados a la representación mental de sus efectos sobre la vida humana entendida como conflicto de intereses. Lo decisivo de las normas no son sus formas, sino sus contenidos en cuanto permiten extraer el interés protegido. Para HECK *"el legislador no es un fantasma, sino la diagonal resultante de los intereses en lucha"*[1004].

c) Método jurídico

El método es antiformalista y anticonceptualista. Los conceptos ocupan una función secundaria, ordenadora o clasificatoria, pero en modo alguno constituyen realidades formales, ni de ellos puede deducirse por método lógico-deductivo conclusión alguna directamente aplicable a la realidad social. *"Nosotros –dirá HECK– también formamos conceptos abstractos y concretos, como la antigua doctrina, pero buscamos en último término el efecto sobre la vida concreta que no se alcanza sólo por medio de los conceptos"* [1005].

[1003] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 300 a 303.

[1004] HECK, T.: Citada por HERRERO DE MIÑON en *Idea de los Derechos Históricos... ob. cit.*, pág. 107.

[1005] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 299.

El método de esta escuela es, además, empírico. Toda decisión sobre el interés protegido que no sea deducida directamente de la ley, debe fundarse en la experiencia. Lo contrario, según HIPPEL, que ocurre con el finalismo, para el que las decisiones jurídicas prácticas se obtienen o de la ley o de los valores jurídicos[1006].

[1006] HIPPEL, V.: Cit., por HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 303.

III. DEL POSITIVISMO DOGMÁTICO AL NORMATIVISMO PURO EN LA CIENCIA DEL DERECHO PÚBLICO ALEMÁN: GERBER, LABAND, JELLINEK Y KELSEN

Las preocupaciones científicas llegan al Derecho Público, una vez que el Derecho Privado, cansado del formalismo conceptualista, ha iniciado la etapa del positivismo finalista y sociológico. Los científicos del Derecho Público, en lugar de aprender de la experiencia privatista van a reeditar la historia, recorriendo los mismos pasos y cayendo en las mismas exageraciones que sus predecesores.

Con GERBER, LABAND y JELLINEK el dogmatismo adopta una función metodológica sin invadir ni anular la realidad jurídico-normativa. JELLINEK en su teoría sobre la doble faceta del Estado –social y jurídica– diferencia método y realidad. Pero con KELSEN, al igual que ocurrió con el conceptualismo en el Derecho privado, se llega al formalismo puro, anulador de toda realidad extranormativa y de todo contenido material o finalista de las normas. El método crea el objeto de conocimiento. Llegados a este punto y convertido el Derecho en puras formas lógicas, en pura geometría de las formas, surgirán los mismos intentos de superación del formalismo que hemos visto en la Ciencia jurídica del Derecho Privado.

Con la expresión Derecho Público nos referimos, en este momento, al Derecho Político, y, aunque esta denominación contiene un amplio significado y presenta aspectos controvertidos respecto a su alcance conceptual[1007], no hay gran dificultad en admitir que uno de sus objetos o centros de gravedad más importantes radica y tiene por objeto el estudio del Estado[1008].

[1007] LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*. Ed. Tecnos, Madrid, 1989. Vol. I, *sobre el problema conceptual del Derecho Político*, vid. págs. 17 a 43.

[1008] RUIZ DEL CASTILLO. "Definición del Derecho Político". *Rev. Facultad de Derecho Madrid*, nº 8-11, 1942, pág. 63.

La Ciencia del Derecho Público-Político nace en Alemania en la segunda mitad del s. XIX, trasladando posteriormente sus influjos a Francia e Italia. Nace, como ya se ha expuesto, con la pretensión de purificar al Derecho Público de elementos extrajurídicos. Sus principales representantes en Alemania son GERBER, LABAND, JELLINEK y KELSEN. En Francia: HAURIOU, DUGUIT, ESMEIN y CARRE DE MALBERG, y en Italia: ORLANDO, RANELETTI y ZANOBINI. Sus comienzos se inician bajo los auspicios de la Dogmática jurídica, revisando y superando estas posiciones iniciales con añadidos sociológicos y realistas, que culminarán con estimables revisiones críticas del formalismo por parte de C. SCHMITT, R. SMEND y H. HELLER[1009].

1. La Dogmática del Derecho Público de GERBER y LABAND

A GERBER se le considera como el fundador de la Ciencia del Derecho Público alemán. Con él se inicia la preocupación científica por conseguir que el Derecho Público sea considerado, no como algo puramente ético o social, sino con criterios y rigor científico. Esta preocupación será llevada hasta las últimas consecuencias por su discípulo y *"ejecutor testamentario"* P. LABAND[1010].

GERBER y LABAND –dirá E. DIAZ– queriendo dotar de rigor científico al Derecho Público alemán, aplican los esquemas y las construcciones científicas del Derecho privado. No pretenden ser logicistas, sino liberar al Derecho público de tratamientos acientíficos y diletantes[1011]. El propio LABAND reconoce la utilización de principios del Derecho privado en el campo público aunque matiza que son principios comunes a todo el Derecho. No se puede tratar el Derecho público con criterios civilistas. *"Mais souvent* –dice LABAND– *la condamnation de la methóde civiliste, cache la*

[1009] LUCAS VERDU, P.: *Curso de Derecho... ob. cit.*, págs. 61 y 62.

[1010] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, págs. 63, 64.

[1011] DIAZ, E.: *ob. cit.*, pág. 119

repugnance a traiter le droit public d'une maniére 'juridique' et, en voulant ecarter les principes de droit privé, on rejette vraiment des principes de Droit, pour les remplacer par des considerations philosophiques et politiques"[1012].

Su concepción jurídica del Derecho Público y del Estado, no pretende, por tanto, ser logicista, solamente asumen el dogmatismo por razones metodológicas y científicas. De hecho GERBER, junto con otros germanistas como GIERKE, abandonan la "pandectística" y, por tanto, se separan temáticamente de la Dogmática privatista a la vez que introducen elementos nacionalistas, consideraciones sociológicas y consuetudinarias de sustancia jurídica alemana. Pero asumen el ideal científico expresado por el dogmatismo[1013]. Según RÍOS URRUTI[1014], las contribuciones de GERBER a la Teoría y personalidad jurídica del Estado le convierten en centro de referencia para cuantos publicistas se han propuesto tratar con carácter exclusivamente jurídico la Ciencia del Estado.

GERBER concibe formal y jurídicamente al Estado como una persona jurídica *"ficticia"* dedicando a esta cuestión un apéndice de su obra sobre el Derecho Público[1015]. A esta concepción opondrá GIERKE su teoría realista-organicista: El Estado, al igual que la sociedad que representa es expresión de la voluntad general y adopta forma de ser real y vivo[1016].

Estos dos visiones contrapuestas del Estado tienen su importancia porque de ellas derivarán dos línea de pensamiento diferenciadas: GERBER-LABAND y GIERKE-

---

[1012] LABAND, P.: *"Le Droit Public de l'Empire Allemand"*, Girard et Briére. París, 1900. Tome I, Préface, págs. 4 y 5.

[1013] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 163-165.

[1014] Citado por LUCAS VERDU, *Curso de Derecho... ob. cit.*, pág. 63.

[1015] GERBER, C.F.: *Diritto Pubblico*. Traducción de Lucchini. Giuffré. Milano, 1971, págs. 200 a 207.

[1016] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 64

JELLINEK, sin perjuicio de que unos y otros, salvo GIERKE, coincidan sustancialmente en lo referente al formalismo metodológico.

LABAND, por su parte, jurista oficial del Imperio de Bismarck, lleva hasta las últimas consecuencias el método jurídico concebido como lógica jurídica, rematando la obra de GERBER. LUCAS VERDU y HERNÁNDEZ GIL, comentando la obra de OLGIATI, coinciden en asignar al pensamiento de LABAND las siguientes características:[1017]

a) Concepción positivista del Derecho. El Derecho se reduce a normas y éstas se hallan en el Derecho positivo vigente. No existe el Derecho natural. Su positivismo es legalista y, por tanto, estatalista al reconocer solamente al Estado como fuente de producción normativa.

b) Concepción formalista de las normas. La función del jurista recae sobre los aspectos formales de la norma. Los aspectos sustanciales, como el contenido normativo o los elementos finalistas, no entran en su análisis, son cuestiones metajurídicas. *"El fin de las normas* –dirá posteriormente KELSEN– *está fuera de la institución mediante la cual se cumple y más allá de los límites conceptuales a través de los que se realiza"*[1018].

c) Formalismo científico-metodológico: Eliminados los elementos éticos, políticos, sociológicos históricos y materiales de la norma, *"el método lógico-dogmático persigue inquirir los dogmas jurídicos y separar o abstraer todo aquello que*

[1017] OLGIATI, F.: *El concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*. Citado por LUCAS VERDU, *ob. cit.*, Tomo I, pág. 73 y HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 171.

[1018] KELSEN, H.: *Teoría General del Estado... ob. cit.*, págs. 171-172.

pertenezca al contenido sustancial como algo extrajurídico"[1019].

2. El Dualismo metodológico y la doble faceta del Estado de JELLINEK

Con JELLINEK culmina el Derecho Público alemán del XIX. Su obra *"Teoría General del Estado"* publicada en 1900, representa a juicio de KELSEN la expresión más elaborada de la aplicación del método jurídico a la investigación del Estado[1020]. Aunque a JELLINEK se le incluye en la línea del positivismo y formalismo dogmáticos que de GERBER conduce al normativismo de KELSEN, su pensamiento presenta notables diferencias que singularizan su posición, haciéndole merecedor de los reproches de KELSEN, particularmente por su teoría sobre la doble faceta –social y jurídica– del Estado.

El Estado para JELLINEK, influenciado probablemente por GIERKE, se presenta como una realidad con dos facetas: la social y la jurídica.

. Sociológicamente *"el Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio"*[1021].

. Jurídicamente el Estado, *"es la corporación formada por un pueblo, dotada de poder de mando originario y asentada en un determinado territorio"*[1022].

El Estado es tanto formación social como corporación jurídica. Es una realidad unitaria con dos facetas. La realidad total, el ser y el deber ser, constituye el objeto de

[1019] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 171-172.

[1020] LUCAS VERDU, P.: *Curso de Derecho... ob. cit.*, Tomo I, pág. 67.

[1021] JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado*. Traducción de Fernando de los Ríos Urruti. Libr. Victoriano Baez. Madrid, 1915. Tomo 1º, pág. 224.

[1022] JELLINEK, G.: *Teoría General.. ob. cit.*, pág. 228.

la comprensión científica. Sin análisis de totalidad, no hay comprensión de totalidad. Cada faceta requerirá una metodología diferente, sociológica en un caso y jurídica en el otro, pero ambas son complementarias. Frente a KELSEN que reduce el Estado a Derecho y contrapone como irreconciliables el ser y el deber ser, realidad y derecho, JELLINEK propone la complementariedad de ambas con separación metodológica[1023].

Aclarada esta posición fundamental que le separa del resto de los positivistas dogmáticos, aplicará con todo rigor al estudio de la faceta jurídica del Estado los postulados de la dogmática normativista, algo atemperados por los requerimientos provenientes de la faceta social del Estado. Al igual que hemos venido haciendo con las restantes escuelas, distinguiremos en JELLINEK la concepción jurídica, la normativa y la científica.

a) Concepción del Derecho

Participa de la concepción positivista de la época y, en tal sentido, rechaza cualquier ordenamiento anterior al Estado, y consecuentemente el Derecho Natural. Pero es el de JELLINEK un positivismo polivalente o mixto con incorporación de dosis de diversas tendencias: legalistas, sociológicas, sicológicas, historicistas y relativistas o utilitaristas. Veamos:

- su positivismo es legalista en cuanto sólo reconoce al Estado como fuente de Derecho: estatalismo jurídico.

- es sicológico. El Derecho es objetivo, pero, a su vez, es fenómeno humano interno, subjetivo y sicológico. La validez de las normas depende de su capacidad para mover o la voluntad a la acción expresada en el deber-ser. La positivi-

[1023] JELLINEK, G.: *Teoría General... ob. cit.*, págs. 33 y ss.

dad del Derecho depende de la convicción sobre su validez. La norma es un deber ser que sólo llega a adquirir expresión en el ser real[1024].

- es sociológico. El Derecho brota de las relaciones de hecho, *"de la fuerza normativa de lo fáctico"*. *"Ex facto oritur jus"*[1025].

- es relativista. A falta de Derecho natural, las normas están referidas a un *"minimum etico"* como expresión del deber ser, o al mínimo de actos morales que la sociedad exige a sus miembros como *"minimum ético"*[1026].

- es historicista y, en tal sentido, incorpora elementos históricos que junto a los sicológicos explican la creación, conservación, evolución y progreso del Derecho[1027]. Es suya la siguiente afirmación: *"Toda modificación y construcción del Derecho procede primordialmente de lo que hay antes y detrás del Derecho, de lo que le condiciona"*[1028].

b) Concepción formalista de la norma

El carácter normativo del Derecho, como el de la Lógica, consiste esencialmente en un deber ser. La Lógica no nos dice cómo son las cosas, sino cómo deben ser pensadas. El Derecho o la proposición jurídica es un *"deber ser"* de existencia puramente

[1024] Así OLGIATI, *ob. cit.*, págs. 110 y ss. y LUCAS VERDU, P.: en *"Estudio Preliminar"* a la *"Reforma y Mutación de la Constitución"* de JELLINEK. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, pág. XXIV.

[1025] LUCAS VERDU, P.: *"Estudio..."* citado pág. XXX-XXXI; y, JELLINEK, G.: *Teoría General... ob. cit.*, Tomo I, págs. 427 y ss.

[1026] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, pág. XXXI.

[1027] LUCAS VERDU, P.: Cit. *"Curso de Derecho Político"* V.I. pág. 70.

[1028] HERRERO DE MIÑON, M.: *Introducción* a la obra de JELLINEK, G.: *Fragmentos de Estado*. Ed. Civitas. Madrid, 1978, pág. 44.

conceptual. Del fenómeno jurídico, ley o regla de derecho, deberá abstraerse, por el procedimiento adecuado, el "deber ser", y, posteriormente, deducir de éste las consecuencias aplicables. Norma no equivale a ley o proposición jurídica, ni se identifica con sus aspectos materiales. La norma es un deber ser de alcance formal y conceptual[1029].

c) Método jurídico y formalismo atemperado

Si el Derecho o la norma, en cuanto deber ser, tienen una dimensión formal y conceptual, el método adecuado será el lógico-dogmático. Del formalismo normativo se deriva un formalismo metodológico o científico, ya que el método jurídico, como todo método científico, debe adaptarse a las peculiaridades de los materiales sobre los que trabaja.

JELLINEK, en su "*Teoría General del Estado*"[1030], deja constancia clara de su posición metodológica: "*la dogmática jurídica es irremplazable, pero el uso exclusivo de la misma es insuficiente para abarcar los aspectos múltiples de la vida del Estado...*". Plantea la necesidad del método empírico, biológico, naturalista y sociológica para la elaboración de la doctrina sociológica del Estado, pero para el Derecho Público sólo sirve el método jurídico.

A pesar de la rotundidad con que reivindica la dogmática jurídica y el formalismo lógico como método de la Ciencia del Derecho, la tensión entre estas exigencias científicas y los requerimientos que provienen de su percepción del Estado como realidad social integral, imponen una cierta limitación y corrección a su formalismo.

[1029] JELLINEK, G.: *Teoría General... ob. cit.*, Tomo I, pág. 65.

[1030] JELLINEK, G.: "*Teoría General del Estado*", Tomo I, pág. 65.

Según LUCAS VERDU, en comentarios a DE LOS RÍOS URRUTI y a BOCKENFORDE[1031], el formalismo de JELLINEK viene limitado o atemperado por la influencia de su maestro GIERKE para quien *"en el formalismo el todo es el sistema, con lo cual en lugar de encontrarnos con un organismo vivo, nos hallamos con un aparato formal muerto, se olvida que el Derecho tiene existencia real no sólo en su formulación científica, sino antes de que nazca la jurisprudencia y sin ella"*.

El formalismo de JELLINEK, se abre, así, progresivamente a los datos reales de la vida incluso como presupuesto científico, ya que para comprender debidamente las construcciones jurídicas no puede ignorarse el contenido y la naturaleza de las relaciones vitales. Algunas muestras de este equilibrio entre formalismo y realismo podemos hallarlas en determinados pasajes de su obra *"Reforma y Mutación de la Constitución"* fruto de una Conferencia impartida en la Academia Jurídica de Viena en 1906:

- En el Prólogo recuerda que se mueve en los linderos de Política y Derecho ya que *"siempre he sostenido la separación metodológica y la unión científica de Derecho Constitucional y Política"*[1032].

- En el Capítulo Primero plantea la necesaria conexión entre Derecho y vida, y tras desmitificar la sabiduría de la ley y del legislador, dice: *"Hoy sabemos que las leyes pueden mucho menos de lo que se creía todavía hace un siglo, que expresan siempre un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente. Porque la vida real produce hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. Estos hechos, factores irracionales o no previstos, son poderes que no se arredran ante las leyes"*[1033].

[1031] LUCAS VERDU, P.: *"Estudio preliminar"*, citado, pág. XXXIV.

[1032] JELLINEK, G.: *"Reforma y Mutación de la Constitución"... ob. cit.*, pág. 3.

[1033] JELLINEK, G.: *Reforma... ob. cit.*, págs. 5 a 7.

- Precisamente su concepto de *"mutación constitucional"* es una muestra de cómo la realidad se impone al formalismo del Derecho: *"Si queremos conocer la realidad del Derecho y de sus transformaciones, obtener un conocimiento perspicaz y profundo y no operar con etiquetas descoloridas, más que de reformas, debe hablarse de mutaciones"*[1034] y en otro momento: *"las mutaciones son modificaciones constitucionales que dejando indemne el texto, se producen por hechos y por procedimientos no previstos formalmente"*.

3. El Normativismo de KELSEN

Con Hans KELSEN el positivismo normativista y la dogmática jurídica alcanzan su cénit durante el período de entreguerras, entre los años 1911, en que publica los *"Problemas fundamentales de la Teoría del Derecho Público"*, y 1930[1035].

La figura de H. KELSEN constituye un referente obligado para la comprensión del pensamiento jurídico del siglo XX. Tanto por la influencia ejercida sobre autores como MERKL, VERDROSS o KAUFMANN, como para entender los intentos de superación de sus teorías por parte de HAURIOU, C. SCHMITT, HELLER Y SMEND, entre otros. K. LARENZ[1036] ya estableció que para comprender las nuevas doctrinas había que partir de KELSEN. *"Necesitamos* –dice LARENZ– *aún hoy de la polémica con KELSEN a fin de liberarnos totalmente de su doctrina"*. El nominalismo de la Teoría Pura del Derecho *"no resultará enteramente superado en tanto no sea claramente conocido"*[1037].

[1034] JELLINEK, G.: *Reforma... ob. cit.*, pág. 7.

[1035] LUCAS VERDU, P.: *"Curso de Derecho Político"*, cit., Tomo I, págs. 73 y 74.

[1036] LARENZ, K.: Vid. nota nº 932, pág. 365.

[1037] LARENZ, K.: *La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1942, págs. 25 y 26.

KELSEN representa la culminación del positivismo formalista iniciado en Alemania con GERBER, LABAND y, parcialmente, con JELLINEK. Conviene, no obstante, matizar que con este autor se produce un cambio cualitativo importante en la línea del positivismo y de la concepción de la norma.

El positivismo jurídico del siglo XIX parte de la norma como realidad empírica, material, puesta o dada. KELSEN, en cambio, sólo es positivista en el sentido de no admitir más Derecho que el positivo-estatal, pero su concepción de la norma es idealista. El objeto del Derecho no está integrado por normas positivas materiales, sino por lo que llama *"reglas de derecho"* o *"juicios hipotéticos"* y *"sintéticos"*, como hipótesis de comportamientos abstractos constitutivos de un deber ser puramente lógico y obtenidos conceptualmente a partir de las normas positivas materiales.

Para K. LARENZ, KELSEN comienza superando el positivismo empírico de lo real-concreto, de las normas materiales, en nombre del idealismo kantiano y del deber ser. Situado en el idealismo y en la concepción lógico-formal del deber ser, y por tanto una vez expulsados del Derecho todos los elementos materiales, contenidos y fines, abandona el positivismo y el idealismo para acabar en nominalismo puro[1038].

3.1. Presupuestos filosóficos: el neokantismo

La Escuela de Magburgo, representada por COHEN, con su lema de *"vuelta a Kant"* persigue dos objetivos. Primeramente, superar el positivismo excesivamente atado al ser empírico, y reivindicar las descuidadas teorías kantianas del deber ser. Es decir superar el positivismo mediante el idealismo. En segundo lugar, actualizar el criticismo kantiano e implantar el rigor científico en el conocimiento, olvidado en los últimos tiempos por algunos doctrinarios del materialismo popular, como BUCHNER[1039]. A

[1038] LARENZ, K.: *ob. cit.*, págs. 68 a 70.

[1039] HIRSCHBERGER, J.: *ob. cit.*, Vol. II, pág. 353.

través del criticismo epistemológico como método de conocimiento se acabará negando toda realidad empírica.

Las *"categorías"* o *"aprioris"* kantianos representan principios ordenadores de las múltiples sensaciones caóticas que nos aporta la realidad empírica. Constituyen principios ordenadores de la razón y a la vez son condiciones de posibilidad de todo conocimiento científico. La razón al proyectar en el acto de conocimiento estas categorías sobre los objetos reales, deforma o transforma la realidad, el *"noumenon"*, ya que no la conocemos tal cual es, sino una vez ordenada categorialmente. Conocemos el *"fenomenon"*, es decir, una realidad manipulada por las categorías mentales, o, si se quiere, creada o recreada por la razón como una mezcla de fenomenalismo e idealismo epistemológico. En este contexto se explica la afirmación kantiana, más tarde adoptada por KELSEN, de que *"el método crea el objeto del conocimiento"*. La Filosofía de KANT implica un rechazo de la metafísica por imposibilidad de conocimiento del ser en cuanto tal, y el idealismo inicial del que parte acaba en pura fenomenología y en Teoría del Conocimiento[1040].

La Escuela de Magburgo además del idealismo y del criticismo gnoseológico que la separan del Positivismo, se caracteriza por su oposición al Derecho Natural, en lo que coincide con aquél, completando así el conjunto de notas, cuya influencia en KELSEN resultará decisiva.

El influjo del idealismo y del criticismo en el pensamiento de KELSEN se manifiestan principalmente en su concepción del "deber ser". El "deber ser" por una parte reviste un carácter eminentemente lógico-formal o conceptual consecuencia del idealismo. Por otra parte, constituye una categoría o presupuesto del conocimiento científico del Derecho y por tanto reviste un carácter crítico. La tercera nota de la

[1040] LARENZ, K.: *ob. cit.*, pág. 57.

Escuela de Magburgo, la repulsa al Derecho Natural, queda igualmente reflejada en la obra del KELSEN, para quien el Derecho natural, en cuanto natural, pertenece a la Naturaleza y al mundo del ser, lo que resulta incompatible con el Derecho cuyo objeto es el deber ser. Frente al Derecho positivo como puesto, el Derecho natural es *"supuesto"*[1041]. Esta misma idea aparece reforzada en su ensayo sobre *"Die Idee des Naturrechts"*, o *"Idea del Derecho Natural"*, publicada en 1927[1042].

A pesar de estas claras influencias filosóficas, conviene destacar la heterogeneidad de las fuentes inspiradoras de KELSEN. En este sentido LUCAS VERDU, citando a OLGIATI escribe: *"tengo la impresión que KELSEN ha construido primero su doctrina jurídica, y luego, con gran placer, ha discutido sobre las relaciones que pudiera tener con diversas corrientes filosóficas"*[1043].

3.2. La radical oposición ser y deber ser

KELSEN parte de la distinción radical entre el mundo del ser o de la realidad y el del deber ser o de la idealidad. Al mundo del ser, o de la naturaleza, pertenecen los hechos físicos o síquicos, los comportamientos y conductas sociales y la sociedad misma. El conocimiento científico de estos fenómenos se rige por las leyes de la causalidad (hechos físicos) y de la finalidad (hechos síquicos). Estas leyes de conocimiento científico operan a su vez como categorías o *"aprioris"* ordenadores de la realidad que hacen posible el conocimiento. Las Ciencias que analizan estos fenómenos conforme a las leyes y categorías de causalidad y finalidad son las ciencias del ser o de lo real: la

[1041] KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*. Ed. Universitaria de Buenos Aires. EUDEBA. Buenos Aires, 1973, págs. 101 a 104.

[1042] KELSEN, H.: *Idea del Derecho Natural*. Traducción de Francisco Ayala. Ed. Losada, Buenos Aires, 1946, entre otras, págs. 33 y ss.

[1043] LUCAS VERDU, P.: *Curso... ob. cit.*, Vol. I, pág. 75.

Física, la Sicología, la Biología y la Sociología[1044].

Junto a las Ciencias de la Naturaleza o del ser, existen otras disciplinas que en lugar de explicar cómo se producen los fenómenos expresan reglas de conducta y prescriben un deber ser. En vez de explicar lo que ha sucedido o sucederá, indican lo que debe suceder[1045]. Así la Etica, la Moral o el Derecho en cuanto prescriben conductas, constituyen Ciencias del deber ser y pertenecen al mundo de la idealidad. Las leyes y categorías de estas Ciencias no son las de causalidad y finalidad sino que cuentan con leyes y categorías propias de corte lógico y racional.

El *deber ser* es por tanto una característica común a las Ciencias normativas como el Derecho y la Moral. El Derecho, a su vez, para diferenciarse de la Moral, concibe el *deber ser* como una categoría de naturaleza lógica, no deontológica, y por tanto exenta de toda significación moral[1046]. El *deber ser* es una característica de los fenómenos normativos, y, a su vez, una categoría lógica y ordenadora de tales fenómenos o una condición necesaria para el conocimiento científico del Derecho.

Así como la Naturaleza y las Ciencias de la Realidad se rigen por las leyes de causalidad y finalidad, la Ciencia del Derecho halla su propia ley en lo que KELSEN denomina la *"imputación"*[1047]. El Derecho, en cuanto ciencia del *deber ser*, no puede utilizar leyes, categorías o métodos procedentes de las Ciencias del ser. Por tanto, no debe entrar en consideraciones materiales, causalistas, valorativas o finalistas. Las cuestiones relativas a contenidos o fines normativos constituyen materias extranormativas

[1044] KELSEN, H.: *Teoría pura... ob. cit.*, págs. 16 y 17. En el mismo sentido LARENZ, K.: *La Filosofía contemporánea... ob. cit.*, págs. 61 y ss.

[1045] RECASENS SICHES, L.: *Panorama del Pensamiento... ob. cit.*, Tomo I, pág. 144.

[1046] KELSEN, H.: *ob. cit.*, págs. 55 a 63.

[1047] KELSEN, H.: *ob. cit.*, págs. 27 y 28.

y, por tanto, extrajurídicas. Para KELSEN el principio fundamental del método de la Teoría Pura del Derecho consiste en eliminar de la Ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños. "*Esta obviedad, en cambio,* –dirá KELSEN– *no ha sido respetada. Basta echar una ojeada al desarrollo de la Ciencia jurídica tradicional de los siglos XIX y XX, para comprobar hasta qué punto se ha ignorado este principio metódico. Con una falta total de sentido crítico, la Ciencia del Derecho se ha ocupado de la Sicología y de la Biología, de la Moral y de la Teología*"[1048]. En resumen, KELSEN parte de la radical diferenciación y oposición entre *ser* y *deber ser*, realidad e idealidad, y consecuentemente entre sus respectivas Ciencias, métodos, leyes y categorías de conocimiento científico.

El *deber ser* es la nota esencial y distintiva de las Ciencias normativas. Constituye, a su vez, una categoría lógica y ordenadora del conocimiento de los fenómenos normativos. Posee naturaleza formal y se basa en un juicio lógico, no moral ni necesario, en virtud del cual se anudan determinadas consecuencias a determinados actos. La ley que establece la vinculación entre los actos y sus consecuencias jurídicas se expresa como *imputación*, de carácter igualmente lógico y formal.

Contrasta esta incomunicación entre ser y deber ser, realidad y Derecho, con la posición de JELLINEK para quien ser y deber ser se complementan y, sin perjuicio de proponer su separación metodológica, plantea la complementariedad científica.

3.3. Concepción del Derecho: positividad e idealidad

En la concepción del Derecho de KELSEN se mezclan presupuestos idealistas y positivistas. Por una parte el Derecho como *deber ser* corresponde al mundo de la

[1048] KELSEN, H.: *Teoría pura... ob. cit.*, págs. 15 y 16.

idealidad, pero por otra, *"el Derecho es y se reduce a normas positivas"*[1049].

Toda norma es resultado de un acto creador, es Derecho *puesto* frente al Derecho Natural que es *"supuesto"* o no positivo. La positividad es la consecuencia de un acto de creación. Si, a su vez, esa creación jurídica se ajusta a un procedimiento que arranca en *"la primera Constitución"* y termina en las resoluciones, sentencias y contratos como expresión de la unidad del Ordenamiento jurídico y de su jerarquía escalonada, tendremos la validez formal de las normas. El Derecho, por tanto, está integrado por un material formado por normas positivas válidas[1050].

3.4. Concepción de la norma: imperativo y juicio lógico

Establecido el principio de que sólo es norma la positiva, puesta o dada (positividad) en virtud de un procedimiento regulador de los actos de creación (validez), la norma puede considerarse desde una perspectiva estática o positividad, o desde una perspectiva dinámica como conjunto de actos creadores que dictan o establecen normas válidas.

Desde el punto de vista dinámico-creador, el deber ser constitutivo de la norma adopta la forma de un mandato imperativo determinante de conductas establecido por órganos legislativos, autoridades administrativas, tribunales, agentes de la Autoridad o particulares, cuya misión no es conocer o describir el Derecho, sino prescribir o autorizar conductas[1051]. Desde el punto de vista estático, el *deber ser* normativo se presenta como un *deber ser lógico*, o un *juicio hipotético*. La misión del jurista no es la de crear

---

[1049] RECASENS SICHES, L.: *"Estudio Preliminar"* a la *"Teoría General del Estado"*, de KELSEN, *ob. cit.*, págs. 21 y 22.

[1050] KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho... ob. cit.*, págs. 34 a 43; y, *Teoría General del Estado... ob. cit.*, págs. 23 y ss.

[1051] KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho... ob. cit.*, págs. 47 y 48.

derecho, sino la de comprenderlo analizar las normas positivas y extraer de ellas las reglas de derecho describiendo su esencia en cuanto juicio hipotético. El científico del Derecho desmaterializa el fantasma o el fenómeno normativo material, extrayendo de él, de las normas empíricas y positivas, lo que KELSEN denomina *"regla de Derecho"*, el *"juicio hipotético"* en que descansa su esencia y cuya ley es la *"imputación"*[1052].

El *deber ser* normativo, en cuanto imperativo, para diferenciarse de la Moral, posee como características la coacción y la sanción. El deber ser normativo, en cuanto juicio lógico, expresa la imputación de consecuencias a un determinado acto, constituye una categoría gnoseológica ordenadora del conocimiento, posee un carácter puramente lógico, antimetafísico, antiideológico y nada tiene que ver con contenidos materiales ni con fines transcendentes. Es un juicio lógico desnudo, nada por arriba y nada por abajo. Este es el auténtico objeto de estudio de la Ciencia Jurídica.

3.5. El Objeto de la Ciencia del Derecho: la regla de Derecho

El jurista y el científico del Derecho tienen por misión la comprensión y el conocimiento del Derecho. Reciben un material puesto (positum) y dado, que son las normas positivas. Sobre ellas aplican su conocimiento para extraer del material empírico (leyes, reglamentos, resoluciones, actos administrativos) las reglas jurídicas o los juicios hipotéticos o sintéticos, es decir, las hipótesis que bajo determinadas condiciones imponen o ponen en marcha la actuación del Estado.

El objeto de la Ciencia Jurídica no es la norma empírica, sino los preceptos o reglas que se extraen de la norma como consecuencia del proceso cognoscitivo o del acto de conocimiento. La norma como imperativo, como acto de voluntad, es el objeto de la visión dinámica del Derecho. El objeto de la visión estática del Derecho, que es el de la Ciencia del Derecho, no es la norma, sino el juicio hipotético que se esconde

[1052] KELSEN, H.: *ob. cit.*, pág. 50.

dentro de ella, la regla de derecho de naturaleza lógica[1053].

La diferencia entre norma jurídica y regla de derecho, o entre imperativo y juicio lógico como instrumentos diferenciados de creación y comprensión del Derecho, la esclarece KELSEN con el siguiente ejemplo:

> *"El agente de policía que ordena a un automovilista detenerse, crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal o al policía imponer una multa, es una norma general y prescribe una determinada conducta a los individuos a los que se dirige. Estas son normas o mandatos imperativos. Pero, cuando un jurista describiendo el derecho de circulación formula como proposición: si una automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía debe aplicarse una multa, estamos ante un juicio hipotético no ante una norma jurídica sino ante una regla de Derecho"*[1054].

3.6. "El método crea el objeto"

KELSEN arranca del postulado de la pureza metódica y su propósito consiste en coronar radicalmente el principio de la dogmática jurídica[1055]. La configuración del objeto de la Ciencia Jurídica como una realidad lógica o formal o como un juicio hipotético, es consecuencia de la metodología aplicada y no a la inversa. KELSEN participa de la convicción epistemológica kantiana en virtud de la cual nuestro sistema de conocimiento proyecta sobre los objetos reales categorías o principios ordenadores, que a la vez que ordenan el caos de las mil sensaciones percibidas, manipulan o transforman la realidad.

[1053] KELSEN, H.: *Teoría pura... ob. cit.*, pág. 47.

[1054] KELSEN, H.: *Teoría pura... ob. cit.*, pág. 48.

[1055] LUCAS VERDU, P.: *Curso... ob. cit.*, Vol. I, pág. 77.

En el Derecho, o en el conocimiento científico del Derecho, esas categorías mentales de naturaleza jurídico formal que hemos denominado el *deber ser*, al ser proyectadas sobre las normas obtienen un producto igualmente lógico, en el que las realidades normativas quedan convertidas en conceptos lógicos y formales. Todo lo que sea contenido material queda fuera del Derecho. *"El Derecho* –dirá KELSEN– *como la geometría, es Ciencia de formas, no de contenidos"*[1056].

3.7. Construcción jurídica de la Teoría Pura del Derecho

Sobre la base de estos pilares básicos, de los conceptos de norma, debe ser, objeto y método, construye KELSEN, con lógica impecable, el resto del edificio de la Teoría Pura del Derecho aplicando un método deductivo que abarca desde los conceptos jurídicos hasta la concepción unitaria y global del ordenamiento jurídico. De la misma forma que en la química la combinación de elementos simples da lugar a la aparición de compuestos, KELSEN en base a la concepción de la norma y del deber ser, como elementos simples, deduce lógicamente el resto de los elementos integrantes de la Teoría del Derecho. Así:

- La distinción entre norma primaria y secundaria, dependerá de que la prescripción de conductas vaya acompañada o no de sanción: *"Para que una norma pertenezca a la esfera del Derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine ésta"*[1057].

- Los conceptos de positividad y validez son conceptos formales que únicamente expresan que un orden jurídico es positivo y válido cuando sus normas, con independencia de los contenidos, han sido creadas conforme al procedimiento que se inicia y contiene en *"la primera Constitución"*. Los conceptos de legali-

[1056] RECASENS SICHES, L.: *Estudio preliminar... ob. cit.*, págs. 28 y 29.

[1057] KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho... ob. cit.*, pág. 77.

dad y legitimidad se derivan de los anteriores y significan, que las normas creadas conforme al procedimiento *"derivado de la primera Constitución y de los ulteriores desarrollos de ésta, no han sido ulteriormente abrogadas"*[1058].

- Las nociones de deber jurídico y derecho subjetivo se derivan y resumen en las de norma y derecho objetivo: *"deber jurídico es la misma norma individualizada, considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado, sin relación alguna con el deber moral"*[1059], *"derecho subjetivo es el mismo Derecho objetivo (las normas), puesto a disposición del individuo. Hay derecho subjetivo cuando se requiere una manifestación de voluntad del interesado (v.gr. planteamiento de una querella o acción judicial) para, que los tribunales pongan en funcionamiento la sanción contemplada en la norma"*[1060]. No existen derechos subjetivos previos ni al margen de la norma. Todo derecho subjetivo es creado y se reduce a la posibilidad de poner en marcha un mecanismo sancionador.

- El concepto jurídico de persona, nada tiene que ver con la realidad persona. Persona física no es el hombre, ya que el hombre no es una noción jurídica, sino biológica, fisiológica o sicológica y por tanto perteneciente al ámbito de las Ciencias del ser, no del deber ser. Jurídicamente persona es el soporte o centro de imputación de una serie de derechos, deberes y responsabilidades: *"El hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la Ciencia del Derecho"*[1061].

[1058] KELSEN, H.: *ob. cit.*, págs. 142-143.

[1059] KELSEN, H.: *ob. cit.*, pág. 121.

[1060] KELSEN, H.: *ob. cit.*, págs. 122 y 123.

[1061] KELSEN, H.: *ob. cit.*, págs. 125-127.

Persona física o jurídica, es el centro de imputación de un orden jurídico formal individual o colectivo. Jurídicamente no hay ninguna diferencia entre el concepto de persona física y jurídica[1062]. El Estado es el centro de imputación, la personificación del orden jurídico total. El Estado es la personificación del Derecho: Estado igual a Derecho y Derecho igual a Estado[1063]. El Estado es a la vez orden jurídico y centro de imputación, de ahí su crítica y oposición a la doble Teoría del Estado de JELLINEK.

- Finalmente y como colofón, una vez reducido el Derecho a Derecho positivo, éste convertido en normas formales; eliminado el Derecho natural y los contenidos materiales y finalistas; absorbido el derecho subjetivo en el objetivo y borrada toda diferenciación entre Derecho público y privado, sólo queda un único Derecho expresado en el principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico. Este ordenamiento parte de la *"Primera Constitución"*, más *"supuesta"* que puesta, y abarca escalonadamente la Constitución jurídica, la legislación, la jurisdicción de los Tribunales los reglamentos administrativos y los propios actos del Estado y de los particulares. Todos estos elementos deducidos y engarzados jerárquicamente con el que les precede, tienen como función la creación de normas y conforman un único ordenamiento escalonado y jerarquizado. De aquí se derivarán los conceptos ya explicados de positividad, validez, legitimidad y legalidad, así como el de soberanía.

Como conclusión, podemos afirmar con BOBBIO[1064], que el formalismo normativista de KELSEN reviste un carácter absoluto y se manifiesta en la triple dimensión de formalismo jurídico, científico y ético. Su obsesión por el método científico le

[1062] KELSEN, H.: *ob. cit.*, págs. 127-129.

[1063] KELSEN, H.: *Teoría pura... ob. cit.*, pág. 191 y *Teoría General del Estado... ob. cit.*, págs. 116, 123 y 129.

[1064] BOBBIO, N.: *El Positivismo Jurídico... ob. cit.*, págs. 154 y 155.

conduce del positivismo al idealismo y de aquí al nominalismo jurídico, como ya advirtió K. LARENZ[1065]

Debemos resaltar sus decisivas aportaciones a la Ciencia y Dogmática jurídicas, especialmente vigentes er las actuales Teorías y Partes Generales del Derecho privado y público. Si bien en este último, más próximo a las realidades sociales y políticas, sus contribuciones adolecen de excesivo formalismo e incurren en exageraciones reduccionistas del ámbito jurídico. Puede aplicarse a KELSEN, el comentario que HIRSCHBERGER[1066] dedica a la Escuela de Magburgo: *"Parten del ideal de la Ciencia matemática y física de KANT, eliminan la cosa en sí, hacen al logos creador del objeto, interesándose por sus formas, sus conceptos, sus métodos y sus funciones. Los filósofos neokantianos fueron siempre sutiles, agudos, verdaderos acróbatas del espíritu, pero este pensamiento fue con harta frecuencia un formalismo vacío"*.

[1065] LARENZ, K.: *La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado... ob. cit.*, pág. 69.

[1066] HIRSCHBERGER, H.: *ob. cit.*, Tomo I, págs. 354 y 355.

IV. LA DOGMÁTICA DEL DERECHO PÚBLICO EN FRANCIA E ITALIA

Aunque el positivismo y normativismo jurídicos tienen su epicentro en Alemania, de aquí se expande a otros países europeos. Por tanto, conviene hacer una ligerísima referencia a Francia e Italia.

Francia durante todo el siglo XIX está dominada por el pensamiento de la Escuela de la Exégesis. A partir de su decadencia surgen, a principios del XX, tendencias superadoras del *"fetichismo legal"*, tal como definió GENY a esta Escuela, que se manifiestan en direcciones metodológicas de orientación sociológica en DUGUIT y más matizadamente con HAURIOU. Pero a pesar de ser ésta la tendencia general, la influencia de la Dogmática alemana, especialmente en lo relativo a las construcciones jurídicas sobre la personalidad del Estado y sobre el derecho subjetivo, así como el influjo del positivismo antijusnaturalista, está presente en las obras de CARRE DE MALBERG, BARTHELEMY y DUEZ[1067].

En Italia, los influjos de la dogmática jurídica del Derecho privado procedentes de la Escuela de la Exégesis, el pandectismo y conceptualismo, están presentes en autores como SCIALOIA, FERRINI o BONFANTE y especialmente en MESSINEO. El formalismo de este último se advierte en expresiones como la siguiente: *"la valoración de un ordenamiento jurídico puede hacerse de una manera formal o técnica o desde el punto de vista de su contenido, pero esta última no es jurídica, sino política: la técnica jurídica es un trabajo de orden lógico. Las normas son producto de una elaboración conceptual, y aun cuando contienen imperativos y pertenecen al mundo de la voluntad, aparecen y se expresan en términos conceptuales"*[1068].

El Derecho Público italiano arranca en el siglo XVIII inspirado en corrientes

[1067] LUCAS VERDU, P.: *Curso de Derecho Político... ob. cit.*, Vol. I, pág. 99.

[1068] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 177.

jusnaturalistas de corte revolucionario, con autores como ROMAGNOSI y ARCOCEO. En el XIX, presenta una variedad de tendencias mezcla de direcciones jusnaturalistas, sociológicas y realistas, con VACCARO, PELLEGRINO, VACCHELI, MOSCA y otros. Pero corresponde a ORLANDO el mérito de la fundación de la Escuela italiana del Derecho Público. Este autor, con motivo de la prelusión académica pronunciada en la Universidad de Palermo en 1855 sobre los criterios técnicos para la reconstrucción jurídica del Derecho público, recuerda, y reproduce con sus planteamientos, las quejas que ya había formulado LABAND en Alemania sobre la excesiva preocupación de los especialistas por los análisis filosóficos, políticos y sociológicos del Derecho, con el consiguiente olvido de las sistematizaciones y de los aspectos técnicos del Derecho[1069].

En esta línea científica de configuración del Derecho como conjunto de principios jurídicos sistemáticamente organizados, proseguirán más tarde L. ROSSI y SANTI ROMANO, del que tratamos más adelante.

[1069] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, págs. 113 a 119.

V. EL NORMATIVISMO Y EL ESTATUTO VASCO

La evolución del positivismo jurídico del siglo XIX, que desemboca ya en el siglo XX en el normativismo, nos ha permitido observar, tanto en sus versiones moderadas como extremas, determinadas constantes:

a) una concepción positivista del Derecho excluyente de cuanto se refiere al Derecho natural, valores, fines y fundamentaciones metapositivas del Derecho.

b) el positivismo normativista es, además, estatalista y legalista. Sólo reconoce como norma jurídica la emanada del Estado, única fuente creadora de Derecho.

c) una concepción formalista de la norma que queda despojada de cuanto signifique contenido, fines, y condicionantes sociológicos y reducida a mera formulación lógica-abstracta o a un deber ser de naturaleza lógica, no transcendental y radicalmente opuesto al ser.

d) formalismo metodológico y científico, que en KELSEN, superando a la dogmática tradicional, llega a la desnaturalización-destrucción de la norma como objeto real, que queda desplazada por los juicios sintéticos e hipotéticos.

e) Confusión de los planos de comprensión teórica y de aplicación práctica del Derecho. La Ciencia Jurídica normativista se excede en sus funciones de comprensión teórica para invadir el campo de la aplicación práctica. Mantiene la pretensión de que sus conclusiones sean de aplicación práctica inmediata y mecánica, bien a través del método lógico-deductivo de la Teoría de la subsunción, bien mediante la identificación kelseniana de Ciencia-Derecho-Ordenamiento jurídico, dentro del cual se entremezclan los actos de creación con los de aplicación del Derecho.

A la vista de estas consideraciones, corresponde ahora analizar si el normativismo proporciona o no una explicación jurídica integral y suficiente del fenómeno jurídico estatutario tal como lo hemos propuesto en la Primera parte de la Tesis. En el bien entendido que no entramos en una valoración abstracta del Normativismo como concepción general del Derecho, sino sobre la aptitud de esta corriente jurídica para explicar el significado jurídico concreto del Estatuto de Autonomía de Euskadi. Para efectuar este contraste distinguimos: El Estatuto como actualización de derechos históricos, El Estatuto como norma, y la eficacia y finalidad del Estatuto.

1. El Estatuto como actualización de Derechos históricos y el Normativismo

Los Derechos históricos que la Constitución ampara y respeta, y el Estatuto actualiza, constituyen, resumidamente:

a) una realidad histórica de contenido material, un *"a priori"* material para la Constitución y el Estatuto. Es decir poseen contenido y significación propias y prenormativas, formando parte de la Constitución substancial. Representan magnitudes histórico-políticas con fisonomía propia, que hemos expresado abreviadamente en un SER, HABER y ESTAR como resumen del Régimen Foral.

b) La recepción constitucional y la actualización estatutaria de estos derechos viene limitada por el marco constitucional, o lo que es lo mismo, el concepto legal actual de Derecho histórico no posee la misma extensión material que la que gozó históricamente, sin por ello desnaturalizarse. De la misma forma que un bloque de granito puede convertirse en escultura sin dejar de ser granito, el concepto jurídico de Derecho histórico debe mantener, sin desustancializar, su realidad material originaria aunque ésta resulte limitada.

c) La Constitución al recepcionar y admitir la penetración de la historicidad, admite igualmente el proceso institucional-social e histórico que la mantiene viva hasta el presente (Disposición Transitoria 2ª), y persigue con ello una finalidad integradora del Estado o la aceptación y la legitimación social de éste[1070], a través de la propia Disposición Adicional 1ª y la Derogatoria 2ª.

El Normativismo difícilmente puede dar respuesta a esta realidad jurídica normativizada por la Constitución, ya que:

a) Se opone a toda suerte de historicidad, proceso social o raíces sociológicas del Derecho, como cuestiones ajenas a lo jurídico.

b) No admite derechos anteriores a la norma positiva estatal, ni realidades jurídicas prenormativas o preconstitucionales. Todo derecho es creado por la norma y se reduce a norma.

c) Toda norma en cuanto realidad lógico-formal es ajena a contenidos materiales y a finalidades concretas. Estas son cuestiones atinentes al mundo del ser y, por ende, extrajurídicas.

d) El derecho histórico para el normativismo, en el mejor de los casos, sería un concepto jurídico formal cuyo alcance corresponde fijar a la Ciencia Jurídica, sin limitaciones provenientes de la realidad histórica material de la que proceden. Este apreciación se corresponde con la afirmación de T.R. FERNÁNDEZ de que los *"derechos históricos entran en el texto constitucional por cauces históricos y políticos, pero una vez en él, adquieren la condición de concepto jurídico con los problemas propios de éstos"*[1071]. A la Ciencia del Derecho, según este crite-

[1070] PORRES AZKONA, J.: *Los Derechos Históricos... ob. cit.*, págs. 34 y ss.

[1071] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Los Derechos históricos... ob. cit.*, pág. 20.

rio, corresponde fijar un concepto jurídico coherente con el sistema y contexto constitucional global, coincida éste o no con su significado y contenido reales. De ser así, por necesidades metodológicas, se incurrirá en un logicismo exagerado por exigencias del guión muy próximo al principio kantiano de que el método crea el objeto.

2. El Estatuto como norma institucional básica y el Normativismo

Dentro del epígrafe hemos analizado anteriormente el concepto, naturaleza y contenido de la norma estatutaria, así como sus connotaciones de básica e institucional.

a) En cuanto al concepto, hemos establecido que junto al significado legal se hallan connotaciones próximas a decisión, garantía del status de nacionalidad y foralidad, vinculación entre estatus-estatuto y ley estatutaria y diferenciación entre estatuto material y formal. Desde una perspectiva esencial, hemos distinguido el Estatuto como norma o mandato imperativo dotado de rango formal y eficacia general, y el Estatuto como norma material consistente en un juicio lógico no hipotético, de naturaleza vinculante y dotado de validez jurídica.

b) Respecto a la naturaleza de la norma estatutaria hemos diferenciado su doble condición de orgánica e institucional básica según se considere su posición en la Jerarquía normativa del ordenamiento estatal o del comunitario. En el mismo sentido se ha distinguido su naturaleza estatal, mixta, de acto complejo o pactada en función de su posición en la Jerarquía de Fuentes de producción y creación material, en la de Fuentes de aplicación formal y de su carácter actualizador de la Foralidad.

c) En relación con los contenidos, hemos establecido una vinculación entre estatus y estatuto, entre el "*ESSE-HABERE*", como expresión de las relaciones entre ser

y deber ser.

d) De su carácter institucional hemos deducido que la norma no sólo crea un entramado institucional, sino que se integra como básica en un ordenamiento jurídico compuesto de normas, principios, valores, estructuras y realidades institucionales objetivas, a la vez que expresa una decisión instituyente creadora de la institución jurídica como consecuencia de un proceso social histórico y en virtud del reconocimiento de la capacidad jurídica creadora de los elementos subjetivos del Derecho.

e) Por último hemos establecido la pertenencia del Estatuto a dos ordenamientos jurídicos distintos. el Estatal y Comunitario, en diversa posición en cada uno de ellos. En el primero se ubica con rango de orgánica. y en el segundo como básica o de cabecera.

Para el Normativismo resulta difícil acoger y explicar desde su estrecha y limitada concepción normativa los múltiples sentidos y significados jurídicos expuestos:

a) La consideración del Estatuto como decisión institucional o instituyente podía tener alguna relación en la concepción dinámica del Derecho de KELSEN como actos de creación del Derecho, aunque para la Ciencia Jurídica reviste más importancia la concepción de la norma como juicio lógico-hipotético que como mandato o imperativo. Por otra parte el estatalismo jurídico característica del positivismo legalista, convierte en improbable el reconocimiento de la participación de factores extraestatales, como Pueblo o Nación, en la generación normativa. Por último, para KELSEN Constitución es igual a Ley Constitucional, precisamente pro ello C. SCHMITT opondrá frente a éste el concepto de Constitución como *"decisión o acto del Poder constituyente sobre el modo y forma de la*

unidad política en su conjunto"[1072].

b) El Estatuto como garantía del status de libertad, nacionalitario o foral previo, tampoco encaja en la concepción normativista para la que todo derecho surge por la norma, no existen derechos anteriores o prenormativos. En el mismo sentido la radical oposición entre ser y deber ser imposibilita la vinculación estatus-estatuto material y ley estatutaria formal. entendida como realidad previa-contenidos normativos materiales y garantía legal. Asimismo la concepción formalista de las normas implica un rechazo o todo contenido material y por tanto a cualquier diferenciación entre norma material y formal. Por último, el carácter meramente lógico-hipotético del juicio en que descansa la ley de la imputación normativa, excluye toda relación causal entre supuesto y consecuencia jurídica y por tanto toda suerte de relación vinculante entre status-estatuto y ley estatutaria.

c) Mayor encaje tiene la distinción que efectúa KELSEN entre norma como imperativo o mandato y como juicio lógico-hipotético, aunque esta distinción ya la encontramos en SUAREZ al diferenciar en la ley *"el acto de voluntad y el acto de entendimiento"*[1073]. En su momento hemos utilizado estas categorías en sentido complementario, no disyuntivo, al analizar el Estatuto como norma material elaborada por la Comisión prevista en el art. 151.1 de la Constitución que imputa contenidos en función de un juicio lógico no hipotético, sino de naturaleza material vinculante dotado de validez jurídica, y como norma formal por efecto de la ratificación de Cortes que imprime rango, eficacia general y carácter imperativo de mandato al Estatuto formal.

[1072] SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución... ob. cit.*, págs. 37 y ss.

[1073] SUAREZ, F.: *De legibus o Tratado de las Leyes y de Dios Legislador..., ob. cit.*, Libro I, Cap. V: "Utram lex sit actus intellectus, vel voluntatis", pág. 24.
CASTRO, F. de: *Derecho Civil... ob. cit.*, Tomo I, pág. 47.

Ahora bien como puede apreciarse el empleo de los conceptos de imputación, juicio lógico, mandato y validez jurídica tiene un significado distinto al asignado por KELSEN.

d) Respecto a la doble naturaleza del Estatuto, como ley autonómica y estatal en cuanto perteneciente a dos ordenamientos diferenciados y proceder de dos voluntades distintas, el normativismo desconoce la pluralidad de Ordenamientos jurídicos y no admite otra norma que la procedente de la voluntad estatal.

e) La vinculación que hemos establecido entre status y contenidos estatutarios expresada en la relación ESSE (nacionalidad, foralidad) y HABERE (competencias y organización), resulta una cuestión extraña para el normativismo por la desconexión e incomunicación entre ser y deber ser, por la naturaleza gratuita y no necesaria de la imputación meramente lógica en que descansa el juicio lógico y porque toda referencia a contenidos materiales de la norma posee carácter extrajurídico.

f) Por último, las connotaciones de norma institucional y básica tienen difícil encaje en la concepción ordinamental de KELSEN, ya que, por una parte, al Ordenamiento jurídico está integrado únicamente por normas positivas y no por otras realidades institucionales, y por otra, el carácter básico referido al Ordenamiento comunitario diferenciado del estatal, no se corresponde con la concepción unitaria del Ordenamiento jurídico, con la producción o creación normativa escalonada, ni con la *"estructura jerárquica del único orden jurídico nacional"*[1074].

3. El normativismo ante la finalidad y eficacia del Estatuto

En su momento ya explicamos cómo la finalidad y la eficacia son elementos

[1074] KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho... ob. cit.*, págs. 147 y ss.

connaturales a toda norma, si bien en nuestro caso revestían particular importancia y valor específico como exigencias deducibles directamente de las Disposiciones Adicional 1ª y Derogatoria 2ª de la Constitución y del propio Estatuto. Hasta el punto de que el déficit de integración estatal, o lo que JUAN PORRES denomina falta de legitimación social del modelo de Estado[1075], quiso solucionarse a través de estas Disposiciones cuya finalidad obvia reviste carácter de valor en el texto Constitucional. Lo mismo cabe decir de la eficacia, entendida como *"arreglo definitivo foral"* a cuyo servicio se dicta la Disposición Derogatoria 2ª, en el ánimo de evitar una nueva experiencia de ineficacia y de fracaso del modelo de integración.

Pues bien, si en algún tema resulta especialmente tajante y explícito el normativismo es en lo referente a los fines y eficacia de las normas. Respecto a los fines, ya hemos comprobado el interés por excluir del ámbito jurídico cuanto se relacione con fines, motivaciones o valores, y ello como consecuencia tanto de la profesión expresa de antijusnaturalismo como por la concepción formalista del Derecho.

KELSEN es reiterativo en afirmaciones como las siguientes: *"Las normas nacen de procesos sociales y persiguen fines, pero la Ciencia Jurídica recibe ya la norma hecha y sólo sobre ella trabaja"* - *"No es el fin de la institución el determinante de su esencia, el fin queda fuera de la Institución"* - *"Para la Sociología, la Historia o la Filosofía el Derecho es medio para un fin, pero para la Ciencia Jurídica el fin es el Derecho"*[1076]. Recuérdese que, para KELSEN, la finalidad es una de las leyes que rigen las Ciencias del ser, no las Ciencias normativas del deber ser.

En cuanto a la eficacia, entendida como efectividad social, se trata de una cuestión extrajurídica perteneciente igualmente al ámbito del ser. De la norma sólo cabe

[1075] PORRES AZKONA, J.: *ob. cit.*, págs. 34 y ss.

[1076] RECASENS SICHES, L.: *Estudio preliminar... ob. cit.*, págs. 26 a 28.

predicar la validez, la eficacia depende de un hecho sociológico y, como tal, corresponde su análisis a la Sicología o a la Sociología en cuanto Ciencias del ser.

KELSEN corregirá parcialmente estas afirmaciones al tratar el tema de la positividad: *"A pesar* –dirá– *de que la esencia de la norma nada tiene que ver con el hecho de su observancia, para suponer válido un sistema de normas se precisa que haya una realidad social que de un modo regular se corresponda con el contenido de aquéllas"*[1077]. En otro momento afirmará: *"Acaso quepa afirmar que una cierta eficacia (o cumplimiento efectivo) del orden estatal, es condición "sine qua non" para la validez (o vigencia) de ese orden"*. Comentando F. de CASTRO este pasaje, escribe: *"el intento de KELSEN de separar la Teoría del Derecho positivo de la realidad social, lleva consigo la necesidad de relegar la vigencia jurídica a la esfera de lo metajurídico. La única función de la realidad social se reduce a poner en movimiento el mecanismo jurídico de la primera Constitución como norma supuesta"*[1078]. Es decir, la eficacia social entendida como adecuación de los comportamientos sociales a la norma, sólo interesa a KELSEN para justificar la existencia y validez de la primera Constitución hipotética y supuesta. A partir de este momento, justificada la hipótesis de apoyo social a la primera Constitución, en las restantes normas que se derivan de aquélla, la validez jurídico-formal desplaza a la eficacia social como cuestión extrajurídica.

En resumen, y como valoración final, el Normativismo, en cuanto concepción doctrinal que pretende la comprensión y explicación teórica de un fenómeno jurídico, en este caso del Estatuto, presenta importantes déficits para su comprensión integral. Sin perjuicio de su perfección lógica y de sus importantes aportaciones en el campo técnico-jurídico, útiles y aplicables en el plano de interpretación y aplicación prácticas como más tarde se verá.

[1077] KELSEN, H.: *Teoría del Estado... ob. cit.*, pág. 112 y RECASENS SICHES, L.: *Estudio preliminar... ob. cit.*, pág. 23.

[1078] CASTRO, F. de: *Derecho civil... ob. cit.*, Vol. I, pág. 31.

Por tanto, de acuerdo con los presupuestos metodológicos de este trabajo, el normativismo no es la doctrina que mejor explica el Estatuto, ya que, como estableció JELLINEK: no es la mejor doctrina de Derecho Público la que ofrece mayor perfección lógica, sino la que explica la realidad política de una manera más natural[107].

[107] JELLINEK, G.: *Fragmentos de Estado*. Ed. Civitas. Madrid, 1978, pág. 54.

CAPÍTULO II: EL INSTITUCIONISMO

INTRODUCCIÓN

Una correcta comprensión del Institucionismo exige su previo emplazamiento en la coyuntura del pensamiento filosófico y jurídico de comienzos del siglo XX.

En el positivismo jurídico y su versión normativista confluyen una mezcla de orientaciones filosóficas y científicas que parten del racionalismo jusnaturalista, pasan por el positivismo científico e ideológico y desembocan en el idealismo y criticismo kantianos. El balance final de ésta extraña combinación de racionalismo, empirismo e idealismo gnoseológico, fue la pérdida del sentido de la realidad objetiva de la norma, la pérdida del objeto del Derecho, diluido en método lógico-formal, y la desaparición de la metafísica jurídica como fundamento del Derecho positivo, que queda sustituida por una teoría del conocimiento en la que la inmanencia suple a la transcendencia y al mundo de los valores.

A la vista de las *"aporías"* del positivismo normativista, los movimientos jurídicos del siglo XX intentan la superación del Positivismo en una doble dirección. Las llamadas direcciones sociológicas y realistas, por una parte, se orientan a la recuperación del objeto, del ser perdido. Y el resurgimiento de la Filosofía del Derecho, por otra, buscará la recuperación de los valores y la transcendencia.

El Institucionismo del que vamos a tratar, especialmente la versión francesa de HAURIOU, RENARD, DELOS y parcialmente de GURVITCH, se encuadra en este contexto. El de S. ROMANO, en cambio, presenta un perfil técnico-jurídico más que filosófico-sociológico, pero, en todo caso su comprensión requiere también del previo enmarque en las coordenadas generales apuntadas.

1. El Contexto filosófico: recuperación de la metafísica y resurgimiento de la Filosofía del Derecho en el siglo XX

La historia de la Filosofía hasta los inicios del siglo XX se resume en dos grandes movimientos. Hasta DESCARTES fue fundamentalmente ontología y metafísica. A partir de él, se convierte esencialmente en teoría del conocimiento. La Filosofía tradicional, aristotélico-tomista, se centró en el estudio del ser y en la ontología, para, de aquí, como exigencia racional, abrirse a la transcendencia. La Metafísica tradicional se pliega ante el ser objetivo. *"Aristóteles* - dirá BRENTANO- *hizo de la sumisión al ser, la consigna liminar de su Filosofía"*[1080]. Esta concepción realista partió de la confianza gnoseológica en la capacidad de nuestro sistema de conocimiento para conocer espontáneamente el ser y la realidad tal cual es. Por eso, la verdad se define como adecuación del pensamiento al ser, del sujeto al objeto.

Con el racionalismo de DESCARTES desaparecen la ingenuidad y la confianza epistemológicas. La duda metódica, en un principio, no cuestiona la realidad objetiva del ser, pero imprime un giro en el centro de reflexión filosófica, desplazándose del *SER* al *conocer*, del *objeto hacia el sujeto*, de la *realidad* hacia la *idealidad*, de la *transcendencia a la inmanencia*, y en definitiva de la *metafísica a la teoría del conocimiento*.

Con el idealismo de KANT se progresa en esta línea epistemológica de conversión de la Metafísica en Teoría del Conocimiento, de manera que sin negar la existencia del ser objetivo –del *noumenon*–, la proyección de nuestras categorías mentales sobre las cosas imposibilita el conocimiento del ser tal cual es, permitiendo sólo el acceso al *"fenómenon"*. El objeto del conocimiento no es el ser, sino el objeto ordenado categorialmente. El método y las categorías mentales, crean el objeto del conocimiento.

[1080] RUIZ JIMÉNEZ, J.: *La Concepción Institucional del Derecho*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, pág. 150.

El tenue hilo que aún permite distinguir entre el *noumenon* y el *fenómenon*, entre el ser y el ser conocido, quedará roto definitivamente en el idealismo absoluto de FICHTE, SCHELLING y HEGEL. Para este último lo realmente existente es la Idea. La realidad es una manifestación del Espíritu absoluto, representa la fase de alienación o vaciamiento del Espíritu, el Espíritu *"fuera de sí"*, como antítesis que precederá a la síntesis del Espíritu *"en sí, y para sí"*[1061].

Con DESCARTES la inteligencia pasa de condicionada a condicionante, y de adecuada a la realidad a creadora del ser. Con KANT, que según BERGSON es el gran demoledor de la Metafísica, la transcendencia queda ahogada, encerrada en la inmanencia del pensamiento, y con sus continuadores la realidad objetiva se convierte en creación y materialización de la idea o del Espíritu absoluto. Aunque con la irrupción del positivismo y del empirismo se interrumpe provisionalmente este proceso, ambos movimientos acabarán absorbidos por el idealismo logicista neokantiano a finales del XIX, llegándose al siglo XX con una Filosofía que ha perdido en el camino al ser real y objetivo y por tanto a la Metafísica. No resultará, así, extraño que la Filosofía del siglo XX, cansada de su prolongada clausura en la celda del pensamiento y de la inmanencia, inicie la aventura de la caza del ser, de la apertura a lo real y de la recuperación de la transcendencia y de la vida[1062].

1.1. La recuperación de la Metafísica: Vitalismo, Fenomenología, Filosofía de los valores, Existencialismo, Realismo y Neotomismo

1.1.1. El redescubrimiento del ser, la existencia y la vida, se inicia a finales del XIX con KIERKEGAARD, cuya preocupación y angustia existencial transmitió a M.

[1061] Esta apretada síntesis no contiene referencia a autores. Representa una línea de pensamiento extraído de la lectura de las obras de HIRSCHBERGER, H.: *ob. cit.*, JOLIVET, R.: *El hombre metafísico*. Ed. Casal i Vall, Andorra, 1959, GILSON, E.: *Realismo metódico... ob. cit.*, J. MARITAIN y otros.

[1062] Vid. RUIZ JIMÉNEZ, J.: *ob. cit.*, págs. 162 y ss.

de UNAMUNO. El vitalismo, la evolución creadora, el *"élan vital"* y la intuición, como alternativas a la inteligencia, están presentes en la obra de BERGSON de cuyas fuentes se nutrió el primer HAURIOU. En esta misma línea de vitalismo como reacción al idealismo *"mecanicista, esquematizante, pegado a la superficie, matemático, racionalista y estático"*[1063] debe situarse a BLONDEL, a los representantes de las Ciencias del Espíritu, como DILTHEY, y al naturalismo de SPENGLER.

1.1.2. La fenomenología de HUSSERL se inicia con intentos de recuperación del ser y del objeto, pero, a juicio de R. JOLIVET, esta dirección cuyo método entrañaba un positivismo radical, no tardará en revelarse como doctrina metafísica de signo idealista[1064]. Para HIRSCHBERGER, al lema de su escuela: *"Zürük zu den Sachen selbst"* o *"vuelta a las cosas mismas"*, representa un intento de vuelta al objeto y al ser, pero se queda en una ontología lógico-transcendental al estilo de KANT[1065].

1.1.3. La Filosofía de los Valores de M. SCHELER, representa una apertura a la transcendencia con la recuperación de los grandes temas del valor, del hombre y de Dios. Pero, a partir del encuentro con la fenomenología, su ética queda reducida a ética material, sin lograr el despegue definitivo hacia valores superiores[1066].

1.1.4. El realismo de N. HARTMANN pretende la revalorización del ser y su independencia respecto al conocimiento: *"conocimiento no es crear, sino aprehender algo que se da antes e independientemente de todo conocimiento"*. En esta dirección se alista el realismo crítico de DRIESCH y BECHER y parcialmente el idealrealismo de

[1063] HIRSCHBERGER, H.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 378 a 394

[1064] RUIZ JIMÉNEZ, J.: *ob. cit.*, pág. 171.

[1065] HIRSCHBERGER, H.: *ob. cit.*, págs. 395 a 399.

[1066] HIRSCHBERGER, H.: *ob. cit.*, págs. 400 y 401.

WHITEHEAD, mezcla de realismo y platonismo[1087].

1.1.5. Con el existencialismo alemán de JASPERS y HEIDEGGER, se afianza la metafísica y la ontología. Con HEIDEGGER el ser o la existencia como *"ser-en el-mundo"*, sitúan a la filosofía más allá del idealismo y del realismo. Sus afirmaciones: *"el existente es antes"* o *"pensar es sólo un modo de existir"*, colocan a la existencia en el centro de la reflexión filosófica e implican la definitiva ruptura con el racionalismo. Al *"cogito ergo sum"* cartesiano, le sucede el *"sum cogitans"*[1088]. El concepto de transcendencia aparece expresamente con JASPERS como envolvente existencial o *"Umgreifend"*. En HEIDEGGER, en cambio, aparece como una cuestión o interrogante abierto a partir de sus preguntas por el *"sentido del ser"* y de las nociones de *"contingencia"* o de *"ser arrojado a la existencia"*, cuyas respuestas dejan la puerta abierta al teísmo o al nihilismo[1089].

1.1.6. A través de los movimientos del neotomismo de J. MARITAIN, del existencialismo cristiano de G. MARCEL y del jusnaturalismo crítico-histórico, la Filosofía de postguerra culmina la recuperación del ser y de la transcendencia o del realismo idealista, como lo define RUIZ JIMÉNEZ[1090]. Una interesante puesta al día del *"Tomismo"*, interpretado desde las aportaciones de la fenomenología, del historicismo y de la Filosofía existencial, puede verse en la obra del dominico A. DONDEYNE[1091].

[1087] HIRSCHBERGER, H.: *ob. cit.*, págs. 405 a 424.

[1088] HIRSCHBERGER, H.: *ob. cit.*, pág. 432.

[1089] HIRSCHBERGER, H.: *ob. cit.*, págs. 428 y 436.

[1090] RUIZ JIMÉNEZ, J.: *ob. cit.*, pág. 182.

[1091] DONDEYNE, A.: *Fe cristiana y Pensamiento Contemporáneo*. Ed. Guadarrama. Madrid, 1963.

1.2. El resurgimiento de la Filosofía del Derecho: Fenomenología, Realismo crítico, Filosofía de los Valores y de la Cultura, Jusnaturalismo, Idealismo ético-objetivo, Idealismo absoluto, Neohegelianismo, Neotomismo y Axiología

K. LARENZ describe en su obra, *"La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado"*, la transformación que se produce en Alemania a partir de la guerra de 1914 en el ámbito del pensamiento jurídico. A la vez que se abandona el positivismo y el neocriticismo, la Filosofía deja de ser teoría del conocimiento, para transformarse en Filosofía del Derecho y metafísica.

1.2.1. Si con STAMMLER[1042], COHEN y SALOMON la Filosofía ha sido exclusivamente ciencia del conocimiento, desde 1914 con la introducción de la fenomenología de E. HUSSERL, REINACH, KAUFMANN y G. HUSSERL como ciencia existencial, comienza a aproximarse al campo ontológico. El pensamiento queda configurado no como creador, sino como receptor del objeto aunque no se trata aún del objeto real, sino de una estructura esencial y permanente que se capta a través de lo que denominan *"intuición de esencia"*[1043].

1.2.2. El realismo crítico de SOMMER, aunque metodológicamente sigue adscrito al procedimiento transcendental neokantiano, se encuadra ya en la línea de recuperación del ser jurídico objetivo y de los contenidos materiales del Derecho[1044].

1.2.3. La Filosofía de los Valores y de la Cultura con LASK, MAYER y MÜNCH destaca *"la existencia de valores adheridos a la realidad jurídica"*, *"la*

[1042] STAMMLER, R.: *Tratado de Filosofía del Derecho*. Ed. Reus. Madrid, 1930, especialmente págs. 12 a 15.

[1043] LARENZ, K.: *Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado... ob. cit.*, págs. 57 a 85, especialmente, pág. 73.

[1044] LARENZ, K.: *ob. cit.*, pág. 86.

inmanencia de los valores a la realidad", o *"el resurgimiento de la idea de Derecho"*, con lo que inician una clara superación del positivismo, aunque no del neocriticismo kantiano[1025]. Destaca RADBRUCH, en una línea relativista[1026]. Reconoce como necesaria la conexión del Derecho con valores como la justicia, pero la concreción y jerarquización de éstos depende de decisiones políticas y no de una escala prestablecida[1027].

1.2.4. Paralelamente a estos movimientos se va afirmando una línea jusnaturalista, tanto en versión clásica o ético-religiosa como racionalista-individualista. Entre los primeros figuran PETRASCHEK, CATHREIN[1028], SCHILLING, y entre los racionalistas NELSON[1029].

1.2.5. El definitivo ingreso del Derecho en la Metafísica, que LARENZ denomina *"Metafísica del Espíritu concreto"* por oposición al diletantismo sobre las condiciones lógicas y universales de la Ciencia Jurídica típicas del formalismo neokantiano y kelseniano, se produce con el idealismo ético y objetivo. En él se critica al KANT de la gnoseología, aunque aún se utiliza la ética kantiana. Así, E. KAUFMANN criticará el influjo nefasto del pensamiento neokantiano sobre el método científico que ha supuesto la eliminación de todo elemento material y teleológico en la construcción de conceptos jurídicos. MARCH, en polémica con KELSEN y SANDER, se opone a que el Derecho como objeto sea una mera construcción científica. El Derecho posee una objetividad previa a toda consideración científica y guarda conexión con los valores éticos. Con

[1025] LARENZ, K.: *ob. cit.*, págs. 89 a 94.

[1026] RADBRUCH, G.: *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Traducción de RECASENS, Prólogo de F. de los Ríos, pág. XIV. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1930, págs. 6 a 12.

[1027] LARENZ, K.: *ob. cit.*, pág. 100.

[1028] CATHREIN, V.: *Filosofía del Derecho. El Derecho Natural y el Positivo*. Ed. Reus. Madrid, 1940, págs. 195 a 204.

[1029] LARENZ, K.: *ob. cit.*, págs. 103 a 112.

HOMENAUER se oficializa la crítica definitiva a KANT, COHEN, STAMMLER y KELSEN y con EMGER se produce la superación teórica del positivismo, distinguiendo entre el Derecho como *"lo justo y debido"* y la ley como *"concreción de lo justo y debido"*[1100].

1.2.6. El *"idealismo absoluto"* de BINDER[1101], de inspiración hegeliana, responde también a esta orientación. Diferencia la norma y la idea de Derecho. Las ideas son principios fundamentadores de *"lo que tiene sentido"*. Las normas en cuanto creaciones de *"sentido"* o *"de fines"* se orientan a la realización de la Idea de Derecho, poseen naturaleza teleológica. La justicia y la equidad son momentos dialécticos del desdoblamiento de la idea de Derecho[1102].

1.2.7. Dentro de esta línea *"neohegeliana"*, a la que se adscribe el propio LARENZ, se agrupan los movimientos de la *"Jurisprudencia dialéctica"* de SCHÖNFELD y la *"Teoría de la Integración"* de SMEND. Este autor, aunque influenciado también por la fenomenología de LITT, asume la dialéctica hegeliana al considerar al Estado no como un *"status"* u orden estático, sino como un proceso o devenir espiritual en continua renovación integradora como totalidad viviente. Respecto a HELLER, aunque incorpora la concepción dialéctica a su Teoría del Estado, LARENZ le imputa haber sido uno de los responsables de la tergiversación liberal de HEGEL. En relación con C. SCHMITT, considera que su Teoría de los *"Ordenes concretos"* supone una valiosa aportación a la Ciencia Jurídica alemana que *"se sitúa, gracias al renacimiento hegeliano, más allá del positivismo y del jusnaturalismo, en línea del pensamiento ordinalista concreto basado en una concepción objetivo-idealista de la realidad y*

[1100] LARENZ, K.: *ob. cit.*, págs. 112 a 122.

[1101] BINDER, J.: *Philosophie des Rechts*. Scientia Verlag Aalen, 1967. Reedición de la obra. Berlín, 1925, Vid. Die Rechtsidee: La idea de derecho, págs. 255 y ss.

[1102] LARENZ, K.: *ob. cit.*, págs. 122 a 139.

enmarcado en una dialéctica substancial"[1103].

1.2.8. Finalizando ya este panorámico recorrido sobre el resurgimiento de la Filosofía del Derecho como metafísica de lo real y de la transcendencia, debe citarse a DEL VECCHIO[1104] en quien confluyen influencias de KANT, FICHTE, HEGEL, del jusnaturalismo y de la Escolástica[1105], así como el institucionismo francés de HAURIOU, RENARD y DELOS, del que nos ocuparemos seguidamente.

Como consecuencia de la experiencia de la 2ª Guerra Mundial, se produce un giro en la Filosofía del Derecho hacia posiciones jusnaturalistas y axiológicas. Así BRUNNER defenderá la necesidad de recuperar los valores de Justicia y los derechos de libertad. MESSNER[1106], de inspiración neotomista se sumará al reconocimiento de los derechos y libertades de los hombres y de las Comunidades y VERDROSS se dedicará al estudio del Derecho Natural y de los derechos del hombre. En línea neotomista figuran MARITAIN[1107] y LECLERQ[1108], y dentro del existencialismo y de la ontología jurídica existencial están MAIHOFFER, FECHNER, COING[1109], WEL-

[1103] LARENZ, K.: *ob. cit.*, pág. 195.

[1104] DEL VECCHIO, G.: *El concepto de la Naturaleza y el principio de Derecho*. Ed. Reus. Madrid, 1916. Cap. VIII, págs. 101 y ss. Del mismo autor: *Los supuestos filosóficos de la noción de Derecho*. Ed. Reus. Madrid, 1908.

[1105] RECASENS SICHES, L.: *El Panorama del pensamiento... ob. cit.*, Vol. I, págs. 78 a 88.

[1106] MESSNER, J.: *Etica social, política y económica... ob. cit.*

[1107] MARITAIN, J.: *Les Droits de l'homme et la Loi Naturelle*. P. Hartmann Editeur, París, 1942. Reproduction, 1947, págs. 67 y ss.

[1108] LECLERQ, J.: *Leçons de Droit Naturel*. Tomo I: "Le fondement du Droit et de la Société". Louvain. Société d'Etudes Morales, Sociàles et Juridiques. 1947, págs. 5 a 87.

[1109] COING, H.: *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona, 1961, págs. 108-158.

ZEL[1110] y ENGISH[1111].

A modo de resumen puede advertirse cómo, hasta 1945, los movimientos analizados tienen por objetivo la superación del positivismo normativista y del idealismo kantiano. En cambio a partir de esta fecha, el pensamiento jurídico sacudido por la experiencia negativa de la guerra propugnará el jusnaturalismo, la axiología y los derechos humanos, reaccionando contra el idealismo hegeliano cuyos postulados sirvieron de fundamento a concepciones totalitarias conculcadoras de valores y derechos de libertad.

2. El contexto jurídico: las nuevas direcciones metodológicas de la Ciencia del Derecho en el siglo XX

El positivismo normativista, como señala LUCAS VERDU, incurrió en *"solipsismo jurídico"*, al defender que el ordenamiento se sostiene así mismo sin recurrir a fundamentos ajenos o exteriores. Para él no existe nada más allá, por arriba (Derecho Natural, estimativa, valores), ni más acá (Derecho consuetudinario), ni por debajo (realidades sociales con tendencia a juridificarse)[1112]. Me permito añadir, que tampoco existió nada por el medio, ya que la propia norma despojada de contenidos materiales, fines e intereses, desaparece absorbida en un puro formalismo lógico. La norma queda desustancializada o desmaterializada y convertida en pura forma geométrica nominalista.

De acuerdo con este análisis, las diversas tendencias superadoras del positivismo normativista, orientarán sus respectivos esfuerzos a recuperar los aspectos olvidados tanto por debajo, como por el medio y por arriba, surgiendo direcciones sociológicas,

---

[1110] WELZEL, H.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, que completa con su obra: *Derecho Natural y Justicia material*. Ed. Aguilar, 1974, cap. V, págs. 219 a 230.

[1111] RECASENS SICHES, L.: *ob. cit.*, Vol. II, págs. 759 a 994.

[1112] LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el positivismo... ob. cit.*, pág. 78.

realistas, judicialistas de Derecho Libre, y finalistas. Cada una de ellas destacarán, desde el denominador común del realismo jurídico, los diversos aspectos omitidos y olvidados por el normativismo positivista.

2.1. El origen del sociologismo, finalismo, judicialismo y Derecho libre en F. GENY

F. GENY, según HERNÁNDEZ GIL[1113], representa en Francia la reacción contra la Escuela de la Exégesis que había dominado durante todo el siglo XIX el panorama jurídico francés, a la que acusa de *"fetichismo legal"*. Su intención es la conciliación del orden jurídico con la realidad social. Para ello establece la distinción entre Ciencia y Técnica, entre los datos dados –*"donné"*– y lo construido-*"construit"*[1114].

Los datos –lo dado–, tanto sean reales, naturales, históricos, racionales o ideales representan la realidad material condicionante del Derecho. La Ciencia jurídica tiene por objeto penetrar a través de la libre investigación en la esencia de los datos, correspondiendo a la Técnica elaborar en base a ellos las construcciones jurídicas y conceptuales. La Técnica y los conceptos prestan ayuda y poseen carácter auxiliar para la Ciencia, pero no constituyen criterios de solución de los problemas jurídicos ya que éstos dependen de las realidades éticas y económicas que los condicionan. GENY se opone al legalismo, al formalismo y al conceptualismo, en cuanto concepciones jurídicas de las que se hace depender la interpretación y aplicación práctica del Derecho, extrayendo de sus conclusiones los criterios de decisión principal, sin, por ello, negar el valor auxiliar que para la Ciencia poseen estas construcciones jurídicas.

[1113] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 231 a 257.

[1114] GENY, F.: *Science et Technique en Droit privé Positif*. Trois Tomes. Ed. Recueil. Sorey. París, 1927. Sobre *"les donnés"*, págs. 371 a 389. Tomo II. Sobre *"donné et construit"*, Tomo III, págs. 520-522.

A juicio de RECASENS SICHES[1115], la posición crítica de GENY frente al legalismo y al fetichismo legal, plantea la necesidad de conceder al juez un ámbito de libre investigación sin verse constreñido por la necesidad de tener que extraer sus decisiones exclusivamente de la ley, como pretendían la dogmática jurídica, la teoría de la subsunción y la metodología lógica-deductiva. El Juez deberá recurrir a todos los medios a su alcance por extraer la solución más adecuada: a la ley, a la intención del legislador, a la costumbre, a la tradición, a la libre investigación, al Derecho Natural y a la situación o contexto social. La técnica jurídica y la ley escrita deben de orientarse al servicio de la justicia y de los fines sociales.

GENY, según LEGAZ LACAMBRA[1116], se sitúa en la línea del finalismo contra el legalismo, propone la libre investigación para hacer valer los datos irreductibles del Derecho Natural y ayudar al Juez a llenar las lagunas del Derecho. Para ELIAS DIAZ[1117], de GENY surgen dos direcciones jurídicas relacionadas entre sí: al combatir el legalismo y hacer depender la ley más de la sociedad que del Estado, prepara el camino al sociologismo jurídico, y al reclamar un ámbito de libre investigación judicial, abre el camino del judicialismo y del Derecho Libre. En definitiva, coinciden estos autores en fijar en la obra de GENY el germen del sociologismo, del realismo, del finalismo, y del judicialismo o Derecho Libre.

2.2. El sociologismo jurídico: DUGUIT, HAURIOU, JEZE, y EARLICH

Esta dirección metodológica, con sus diferentes variantes, se caracteriza por oponer a la alianza positivismo-dogmática jurídica, la alternativa positivismo sociológico-realismo jurídico social. Supera el plano estrictamente normativo para dar preeminencia a los hechos sobre las reglas jurídicas.

[1115] RECASENS SICHES, L.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 26 a 46.

[1116] LEGAZ y LACAMBRA: *Filosofía del Derecho... ob. cit.*, pág. 144.

[1117] DIAZ, E.: *ob. cit.*, págs. 123 y 124.

DUGUIT representa en Francia el positivismo sociológico antimetafísico, inspirado en COMTE y DURKHEIM y en el culto a los hechos[1118]. El carácter antijusnaturalista de su positivismo queda suavizado por la admisión del principio de *"solidaridad social"* que viene a constituir un referente camuflado del Derecho Natural[1119]. Sobre la *"solidaridad social"*, ver *"Manual de Derecho Constitucional"*[1120]

Para este autor la ley que preside el conocimiento jurídico es la misma que la de los restantes saberes: el principio de observación de los hechos. El ser del Derecho son los hechos. La realidad del Derecho no es otra que constituirse en síntesis de los hechos sociales. Una fórmula jurídica no es otra cosa que la formulación abstracta de hechos reales. *"Yo soy de los que pienso* escribe DUGUIT *que el Derecho es mucho menos la obra de un legislador que el producto constante, y espontáneo de los hechos"*[1121]. Su gran meta fue la de sacar a la Ciencia jurídica del *"sueño dogmático"* y acomodarla a las realidades sociales.

LUCAS VERDU[1122] abunda en la dimensión actualizadora del pensamiento del DUGUIT, subrayando cómo sus afirmaciones sobre la negación de los derechos subjetivos, la personalidad del Estado o el concepto de soberanía, persiguen demostrar la falta de adecuación de las construcciones dogmáticas tradicionales para la explicación de las transformaciones sociales. El formalismo y el conceptualismo clásicos se muestran incapaces para explicar las nuevas realidades del sindicalismo, los servicios públicos, la representación de intereses o la realidad del pluralismo político-social, de la misma

[1118] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 267 a 273. LUCAS VERDU, P.: *Curso de Derecho Político... ob. cit.*, Vol. I, pág. 100.

[1119] RECASENS SICHES, L.: *ob. cit.*, Tomo I, págs. 108 y ss.

[1120] DUGUIT, L.: *Manuel de Droit Constitucionnel*. Fontemoing Editeur, París, 1907, págs. 9 a 18.

[1121] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 268.

[1122] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, págs. 101 y ss.

forma que la configuración individualista de la categoría de los derechos subjetivos es incompatible con el fenómeno moderno de la socialización y con el principio de solidaridad.

Del sociologismo de HAURIOU se tratará más tarde, pero puede adelantarse que frente al carácter radical y antimetafísico que presenta en DUGUIT, se caracteriza por su moderación, por el espíritu integrador entre lo individual y lo social y entre lo objetivo y lo subjetivo, así como por su intento de superar el positivismo mediante el jusnaturalismo metafísico y sustituir el normativismo de la *"regla de derecho"* por el concepto de *"institución"*. Metodológicamente, las ciencias sociales aportan al jurista el soporte de los hechos que evitan que las construcciones jurídicas se debatan en el aire[1123]. Especialmente, a través de su teoría de la institución, podrá comprobarse el notable esfuerzo de síntesis integradora entre elementos de base sociológica, contenido jurídico y jusnaturalismo tradicional[1124].

G. JEZE representa dentro del Sociologismo la línea que BONNECASE definió como materialista y relativista. El Derecho de un País es el conjunto de reglas, buenas o malas, útiles o nefastas que son aplicadas en un momento determinado: *"Vérité en deça des Pyrennées, erreur au delá"*[1125]. Toda teoría jurídica debe partir de la observación atenta y minuciosa de los hechos, no existen ni la justicia absoluta, ni el Derecho natural fijo. La justicia es el sentimiento concreto de lo justo, propio de cada época histórica.

El Sociologismo jurídico alemán está representado por EHRLICH[1126]. Para este

[1123] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 275.

[1124] LUCAS VERDU, P.: *Curso... ob. cit.*, pág. 104.

[1125] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 276.

[1126] EHRLICH, E.: *Grundlegung Soziologie des Rechts*. Humblot. Berlin, 1967. 1. Auflage, 1913.

autor existe un Derecho de la Sociedad que precede y condiciona al Derecho del Estado, de los juristas y de los Tribunales. Así, las instituciones sociales como el matrimonio, la posesión, la familia o las sucesiones, son realidades sociales previas y condicionantes de toda regulación jurídica y de los institutos jurídicos que de ellas surgen[127].

2.3. Realismo, judicialismo y Derecho libre: KANTOROWICZ[128]

Las tendencias hacia el "realismo", "judicialismo" y "derecho libre", ya enunciadas en la obra de GENY, tienen cumplida expresión en la Escuela del "Derecho libre" de KANTOROWICZ. Resumidamente, sus tesis parten de la necesidad de reconocer a los jueces un ámbito de libre decisión dada la insuficiencia del Derecho estatal legislado. Coherentemente con la afirmación anterior, se combate la Jerarquía normativa en cuanto fuentes de aplicación judicial del Derecho y se potencia una aplicación práctica y judicial del Derecho en base a convicciones sociales predominantes, cuya concreción corresponde fijar a los jueces.

Respecto al realismo jurídico debe precisarse que, aun cuando constituye una nota común a los movimientos sociológicos y finalistas, en cuanto dirección doctrinal o escuela pretende englobar tanto al sistema inglés y la fenomenología, como a las corrientes anticonceptualistas como el antiformalismo italiano, la escuela de Upsala, o la jurisprudencia de sentimientos de DAHM.

---

[127] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 282 y ss.

[128] KANTOROWICZ, H.: "Jurisprudencia y Sociología". Título original: *Rechtswissenschaft und Soziologie*. Verlug Müller Karlsruhe. Kulturminesteriums. Baden-Württemberg. 1962.

2.4. Direcciones finalistas y teleológicas: WINDELBAND y TRIEPEL.

Como referencia general de estos movimientos, cabe destacar que constituyen una reacción paralela a la promovida por IHERING y HECK contra la Jurisprudencia de Conceptos en el ámbito de la Ciencia del Derecho Privado, ahora dirigida contra el normativismo del Derecho Público. Conviene también reseñar que sus principales representantes, WINDELBAND y TRIEPEL, se inspiran en el neokantismo de la Escuela *sub-occidental* alemana y en la Filosofía de los Valores y de la Cultura[115]. Corresponde a TRIEPEL la siguiente afirmación: *"Puesto que el Derecho no es otra cosa que un conjunto de juicios de valor sobre conflictos de intereses, el método adecuado al objeto de la Ciencia jurídica resulta ser el teleológico"*[116].

[115] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, págs. 291 y 292.

[116] TRIEPEL, H.: *Derecho Público y Política*. Ed. Civitas. Madrid, 1974, pág. 74.

I. EL PENSAMIENTO INSTITUCIONAL DE M. HAURIOU

A juicio de C. SCHMITT el institucionismo representa la última fase de la evolución del pensamiento jurídico, una vez superados el normativismo y el decisionismo[1131]. El llamado pensamiento institucional tiene como principales representantes a Maurice HAURIOU y a Santi ROMANO. Comenzaremos exponiendo el pensamiento de HAURIOU por criterio cronológico y porque el propio S. ROMANO atribuye al Decano de TOULOUSSE el mérito de *"la introducción de la idea de la institución en un sentido amplio, idea de la que hasta entonces sólo vestigios muy superficiales, podrían encontrarse no ya en el campo de la especulación sino en el de la simple terminología política y sociológica"*[1132].

1. La Teoría Institucional de M. HAURIOU

1.1. Contexto general

El pensamiento jurídico de Maurice HAURIOU se inscribe en el marco filosófico y jurídico general que acabamos de exponer. Parte, en una primera fase, de postulados realistas de inspiración sociológica y antiformalista en lo jurídico, con influencias del vitalismo de BERGSON en lo filosófico. Posteriormente, y sin abandonar los postulados metodológicos del sociologismo jurídico, su pensamiento irá evolucionando hacia la Filosofía tradicional y jusnaturalista.

Precisamente estos ingredientes, fruto de la evolución de su pensamiento inquieto, darán lugar a una bifurcación entre sus seguidores. GURVITCH, proseguirá fiel a

[1131] SCHMITT, C., citado por LUCAS VERDÚ, P.: *"C. Schmitt, intérprete singular y máximo debelador..."*, *ob. cit.*, pág. 84.

[1132] ROMANO, S.: *El Ordenamiento Jurídico*, Traducción y Estudio Preliminar de S. MARTÍN RETORTILLO. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, pág. 118.

la herencia sociológica del primer HAURIOU, criticando a su maestro el abandono de las posiciones iniciales próximas al positivismo sociológico, y RENARD y DELOS se dedicarán a ampliar y desarrollar las tesis metafísicas de su maestro en una dirección cristiano-tomista.

En esta línea, RUIZ JIMÉNEZ destaca que HAURIOU, como hijo de su época, se inicia en el método sociológico de observación de la realidad para, poco a poco, evolucionar hacia concepciones jurídicas inspiradas en la Filosofía cristiana, calificándose a sí mismo como *"positivista comtino transformado en positivista cristiano"*[113]. Aunque, en realidad, debe precisarse que HAURIOU ni siquiera en su etapa inicial de *"L'Science Traditionelle"*, publicada en 1896, fue exclusivamente positivista sociológico, ya que en todo momento se mostró partidario de un realismo integral del que no quedaba excluida ni la idealidad ni la transcendencia[114]. Posteriormente, con la publicación de sus *"Principios de Derecho Público y Constitucional"*, en 1916, y *"la Teoría de la Institución y de la Fundación"* en 1925, su pensamiento se caracterizará por la síntesis equilibrada entre la concepción objetivista-sociológica del Derecho y la subjetivista-individualista a través de su concepto de Institución.

Para HERNÁNDEZ GIL, HAURIOU representa la línea del sociologismo moderado, caracterizado por la integración de lo social y lo individual y del Positivismo con la Filosofía tradicional. Su punto de partida viene dado por la realidad del Derecho con abstracción de todo sistema preconcebido. En este intento, la Sociología se presenta como un valioso auxiliar de la disciplina jurídica, aportando los hechos sociales como soporte y fundamento de las teorías jurídicas y evitando, así, la construcción de teorías en el aire[115]. En este sentido, podremos comprobar cómo a la Teoría Jurídica de la Institución le precede la teoría social de la Institución.

---

[113] RUIZ JIMÉNEZ, J.: *La Concepción Institucional... ob. cit.*, pág. 76.

[114] RUIZ JIMÉNEZ, J.: *ob. cit.*, pág. 77.

[115] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, vol. I, págs. 275 y 276.

RECASENS SICHES califica al sistema de HAURIOU como una forma de *"realismo-espiritualista"* con pretensiones de superar el normativismo y el sociologismo puros. Como apoyo de este juicio, cita a GURVITCH para quien los influjos filosóficos de su maestro constituyeron una síntesis de platonismo-bergsonismo-proudhonismo y tomismo[1136].

Por su parte, LUCAS VERDU destaca en HAURIOU el antiformalismo jurídico, la inspiración sociológica y la inclinación a la metafísica tradicional[1137]. RUIZ DEL CASTILLO subraya como elementos destacables del pensamiento de este autor, la recuperación del valor de los principios morales objetivos y la superación del formalismo mediante la profesión de filiación ética y jusnaturalista. Así, destaca como una de sus mayores aportaciones el haber dado respuesta a una de las principales insuficiencias del formalismo respecto al origen del Derecho. Salvo la hipótesis kelseniana de la *"Primera Constitución"*, el formalismo no halla justificación jurídica para explicar los períodos inicial y revolucionario del Derecho, como Derecho intermedio entre dos legalidades, la antigua y la nueva. El formalismo sólo considera al Derecho *"solidificado"* y vigente, pero el Derecho antes de solidificarse se presenta como *"un metal en fusión"*. Para este momento previo, la referencia a los factores sociológicos, éticos y a las ideas, como alma de las instituciones y del orden jurídico, resulta imprescindible"[1138].

[1136] RECASENS SICHES, L.: *El panorama... ob. cit.*, Tomo I, pág. 122.

[1137] LUCAS VERDU, P.: *Curso de Derecho Político... ob. cit.*, Vol. I, pág. 104.

[1138] RUIZ DEL CASTILLO. "Estudio Preliminar". En *Principios de Derecho Público y Constitucional* de M. HAURIOU. Ed. Reus, Madrid, 1927, págs. X a XXXVIII.

1.2. Las Instituciones Sociales

HAURIOU parte del estudio de las instituciones sociales para, luego sobre la teoría de la institución social, montar su teoría sobre la institución jurídica. En su obra *"Principios de Derecho Político y Constitucional"* se reafirma en el empleo del método de observación sociológica porque el *"origen de la organización constitucional es un fenómeno natural y espontáneo"* de origen social y los Estados modernos deben aprovechar la *"experiencia histórica"*[1139].

1.2.1. El origen y la era de las instituciones

El origen de las instituciones se conecta con el final de la era de la libertad primitiva, que es, a su vez, la edad del individualismo y del derecho subjetivo en la que aún no existían ni sociedad, ni nación, ni Estado. Cuando la humanidad abandona el nomadismo y pasa al sedentarismo, surgen los problemas derivados de la convivencia y de las necesidades de subsistencia y la necesidad de implantar un orden y una organización social. Esta organización se establece en base a determinadas creencias morales o religiosas, ideas aportadas por sacerdotes y jefes políticos, que tardarán en penetrar en el tejido social por suponer un límite a los hábitos de libertad individual y carecer de organización coactiva o de autoridad impositiva. La organización y las instituciones sociales de esta época representan frenos a la libertad individual y se instauran por vía consuetudinaria. A esta época le sucederá la era de la costumbre y de las Naciones[1140]: al establecerse grupos próximos en parentescos de sangre y afinidades en creencias e ideas, surge la Nación y posteriormente las primeras organizaciones sociales de carácter civil referidas a la propiedad y a la familia. El poder político está aún fraccionado en organizaciones tribales.

[1139] HAURIOU, M.: *Principios de Derecho Político y Constitucional... ob. cit.*, pág. 2.

[1140] HAURIOU, M.: *Principios... ob. cit.*, págs. 19 a 36.

Con la aparición de la escritura, la ley escrita y el Estado, surgirá el poder político organizado. Esta circunstancia favorecerá la discusión de las ideas y de las creencias, el contraste y la crítica del orden moral y social. Esta época, que se caracteriza por el reforzamiento del orden social en detrimento de la libertad, del individualismo, de las ideas y de las creencias, culminará en la era constitucional, en la que se repondrá el equilibrio entre libertad individual y poder organizado en base a un orden inspirado en las ideas[1141]. Las ideas conformadoras del orden institucional occidental, son, según HAURIOU, el individuo y la moral, bases de la civilización mediterránea.

Despojando a esta visión histórica de la ingenuidad científica que la caracteriza y de las concepciones hoy superadas que le sirven de soporte, el método de observación empleado por HAURIOU le aporta elementos que van a resultar útiles para la construcción de su teoría jurídica de la institución y que, aún hoy, depurados gozan de alguna actualidad. Así:

- la civilización como orden u organización social establecida en base a creencias o ideas.

- la idea o la creencia como alma de las instituciones. Las instituciones representan la materialización de las ideas civilizadoras que son el armazón de instituciones fuertes y duraderas. *"Así el fluir vital se transforma en duración estable y al ascender encontrará mesetas o rellanos en los cuales se consolidarán y fijarán determinadas realidades"*[1142].

- La institución como límite a la libertad individual y al derecho subjetivo, y como organización social objetiva y estable.

[1141] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, págs. 37 a 48.

[1142] HAURIOU, M.: *Principios... ob. cit.*, pág. 14.

- la institución como equilibrio de elementos subjetivos y objetivos expresados en el orden constitucional. Si frente a los abusos de la libertad individual se impuso el orden institucional y el poder del Estado, los abusos del orden y del poder, exigirán la reposición del equilibrio institucional sobre un fundamento estable que respete la libertad conjugada con el orden y el poder[1143].

1.2.2. Institución y orden constitucional

Para HAURIOU todos los elementos del problema político se resumen en la trilogía orden, poder y libertad. El poder y la libertad representan las fuerzas subjetivas de acción, el orden representa el elemento objetivo y la resistencia.

El orden, el Derecho, no se instaura desde la fuerza, sino que está animado por ideas objetivas y servido por adhesiones voluntarias al servicio de la Idea. Estas, son el alma de las instituciones y la forma visible del orden[1144]. Este orden, que HAURIOU identifica con los principios inspiradores de la civilización mediterránea (individualismo, moralidad, justicia) contiene elementos objetivos y subjetivos en un equilibrio que ha sido roto, por una parte, por las corrientes del individualismo revolucionario francés, y por otra, por el objetivismo sociológico de la regla de Derecho, personificados en ROUSSEAU y en DUGUIT. El primero, llevado de su optimismo antropológico, destacó el individualismo en perjuicio de las instituciones sociales, y así colocó como centro del Derecho al sujeto, a los derechos subjetivos y a la persona jurídica, como se advierte en JELLINEK. El segundo, inspirado en DURKHEIM, reduce todo el Derecho a lo objetivo, a la regla jurídica, anulando al individuo, la libertad y el derecho subjetivo.

Ante esta panorama, HAURIOU propondrá la recuperación del equilibrio

[1143] HAURIOU, M.: *Précis de Droit Constitutionel*. Recueil Sirey, Paris, 1923, págs. 2 y ss.

[1144] HAURIOU, M.: *Principios... ob. cit.*, págs. 10 a 13.

subjetivo-objetivo del Derecho por medio de su concepto de institución. Para ello, y puesto que las instituciones son encarnación de un orden ideal y de valores, propone la recuperación de lo que considera el orden tradicional, escorado hacia el individualismo pero sin caer en optimismos ni pesimismos antropológicos: El hombre no es ni bueno ni malo, su naturaleza es *"desfalleciente"*[1145].

En estas afirmaciones puede advertirse la fuerte carga ideológica tradicional que la mayor parte de la doctrina ha considerado críticamente como prejuicios filosóficos y sociológicos de su construcción jurídica, pero, a pesar de ello, la conexión establecida entre ideas-orden-institución y la configuración del Derecho como síntesis de elementos subjetivos y objetivos resulta aplicable tanto al Derecho privado (normas y autonomía de la voluntad) como al Derecho Público-Constitucional (organización, poder y derechos fundamentales).

1.2.3. Concepto de Institución social

En la obra que estamos comentando, HAURIOU aporta dos conceptos de institución, negativo uno y positivo y descriptivo el otro. El primero define a la institución como *"todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados"*[1146]. Pone énfasis en la duración objetiva y sirve tanto para instituciones-corporativas, como la Corona o el Estado, como para institutos jurídicos, como la familia o la propiedad. Para justificar el porqué de esta duración objetiva e independiente de las instituciones, establece una segunda definición en la que ya se advierten los elementos básicos de lo que, más tarde, constituirá su concepto jurídico de institución: *"una institución social consiste esencialmente en una idea objetiva, transformada en obra social por un fundador, idea que recluta adhesiones en*

[1145] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, pág. 56.

[1146] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, pág. 83.

el medio social y sujeta a su servicio a voluntades subjetivas indefinidamente renovadas"[1147]. En esta definición resaltan, ya, como principales elementos:

- la idea objetiva. HAURIOU participa de una convicción cuasiplatónica de ideas preexistentes que son descubiertas o encontradas por la conciencia subjetiva del fundador en el medio social.

- transformación en obra u organización social por obra del fundador o fundadores. Durante el período de fundación la idea se produce en la Sociedad por medios subjetivos. En la fase constitutiva la idea está bajo la dependencia de la voluntad de los fundadores. Si es una auténtica idea objetiva, una idea-fuerza, atraerá hacia sí simpatías y adhesiones.

- reclutamiento de adhesiones en número indeterminado en el medio social y desprendimiento o separación de la idea respecto de los fundadores. La idea por su propia fuerza queda habilitada para seguir su trayectoria independiente. En esta fase se requiere el apoyo y el consenso social. HAURIOU, contra DUGUIT y DURKHEIM, afirmará que el medio social no es el creador de las normas ni de las instituciones. El medio social no es factor determinante sino auxiliar, no es conciencia colectiva sino público que con su asentimiento asegura la existencia social de la institución. En el momento en que el número de adhesiones aumenta y se convierte en indeterminado, la idea ya no es identificable con las conciencias subjetivas concretas de los fundadores y se independiza, como cosa social objetiva[1148] y anónima. La institución al objetivarse entra en la fase de lo indeterminado, de lo innumerable y de lo anónimo[1149].

[1147] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, pág. 84.

[1148] S. ROMANO criticará esta definición de institución como "*cosa*" en el *Ordenamiento Jurídico... ob. cit.*, pág. 121.

[1149] HAURIOU, M.: *Principios... ob. cit.*, págs. 84 a 87.

- Finalmente la propia fuerza de la idea objetivada recluta entre sus adherentes, para asegurar su existencia y funcionamiento social, a un número reducido de voluntades al servicio de la idea institucional que componen el personal de agentes, funcionarios y representantes integrantes de la organización institucional[1150].

- La vida y la duración de la institución dependerá de la comunión renovada en la idea y en el espíritu fundacional entre adheridos y representantes. La duración y la continuidad de la institución dependerá de la renovación del apoyo social continuado, del funcionamiento de la organización al servicio de la idea y de la capacidad de realización práctica de la idea[1151].

1.2.4. Institución y regla de derecho

La regla de derecho, la norma, al igual que la institución pasa por dos momentos: subjetivo y objetivo. La regla es el resultado de una operación fundacional, de una declaración de voluntad subjetiva emanada de un poder dotado de autonomía que formula la regla (legislador). En un segundo momento, el medio social recibe la norma y se somete o no a ella. La norma es obligatoria por la sola declaración de voluntad del legislador, pero si no encuentra apoyo social acabará siendo sustituida, no se convertirá en institución ni pasará al estado objetivo, privándosele de duración. La aceptación social, no crea la norma ni el Derecho, éste como toda institución es producto de una decisión o idea subjetiva, pero su falta de apoyo privará a la norma de estabilidad, duración y vida[1152]. Posteriormente HAURIOU en su *"Teoría de la Institución"* definirá a la regla de Derecho, por oposición a las instituciones corporativas, como institu-

[1150] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, pág. 88.

[1151] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, págs. 89 y 90.

[1152] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, págs. 281 y 282.

ción-cosa carente de personificación. Pero, trátese de unas o de otras, el apoyo o la aceptación social, el *"reclutamiento de adhesiones voluntarias en el medio social"*, se convierte en elemento imprescindible de toda institución ya sea social o normativa, corporativa o cosa.

1.2.5. Conclusiones

Del análisis de la institución social pueden extraerse algunas conclusiones:

- Las instituciones son productos culturales, obra humana, hechos de civilización, formas que adopta la organización social en determinadas áreas culturales como expresión de ideas, creencias o principios.

- Las instituciones representan un límite a la libertad individual. Son el orden objetivo frente al derecho subjetivo. El orden constitucional se caracteriza por el equilibrio entre poder-orden y libertad. Las instituciones contienen elementos subjetivos y objetivos, los primeros representan la acción, los segundos: la reacción, la duración y la estabilidad.

- La esencia de la institución son las Ideas y el Proyecto a realizar en un medio social soportado en una idea-valor o idea-fuerza.

- Toda institución es producto de un proceso individual-social prolongado, que comprende: el descubrimiento, la fundación, la independización, la objetivación, el apoyo social, y en su caso, la juridificación, la personificación y el desprendimiento.

- Determinadas instituciones, las instituciones-persona, se personifican en razón de la fuerza de adhesión que despliegan. Otras, las instituciones-cosa, por ser menor el arraigo o fuerza de la idea, no alcanzan el grado de corporeidad o de

incorporación, pero todas requieren apoyo y aceptación social para subsistir.

- La fundación es un acto subjetivo o intersubjetivo, pero, la duración y la consolidación, como momento objetivo, dependen de la organización, de la adhesión social y de la idoneidad de la idea o del proyecto.

- La vida de la institución no sólo depende la aceptación social inicial, sino de la renovación continuada de la adhesión y de la comunión de adherentes y representantes en la idea fundacional.

- La organización institucional (órganos y representantes) así como los reglamentos, normas y procedimientos están al servicio de la idea en las instituciones persona o corporativas.

- En las instituciones-cosa, como las normas, su conversión en institución está en función de la adhesión social, y su duración y permanencia en función de la aceptación continuada y renovada.

La mayor parte de estos elementos obtenidos del análisis de las instituciones sociales, servirán a HAURIOU para perfeccionar y construir su teoría jurídica de la institución. La experiencia histórica y los análisis sociológicos, le servirán como instrumentos auxiliares para la construcción jurídica, evitando que ésta se debata en el vacío, carente de base real.

1.3. Teoría jurídica de la Institución

En el año 1925, HAURIOU, tras una prolongada maduración de su concepción institucional inicial, publica en el número 4 de los *"Cahiers de la nouvelle journée"* la *"Teoría de la Institución y de la Fundación"*, con el subtítulo de *"ensayo de vitalismo*

social"[1153].

En las páginas introductorias de esta obra, antes de acometer la construcción técnica de la teoría, se reafirma en la metodología de comprobación histórica y sociológica, y en el objetivo científico de aportar una solución a la querella doctrinal entre el subjetivismo individualista y el objetivismo sociológico como concepciones enfrentadas del Derecho.

Respecto a la primera cuestión se pronuncia por la utilización de la Historia y de la Sociología como disciplinas auxiliares del Derecho: *"Las instituciones representan en el Derecho, como en la Historia, la categoría de la permanencia, de la continuidad y de lo real. La Teoría jurídica de la institución está profundamente vinculada a la realidad histórica"*[1154].

En relación con el intento de mediación doctrinal y de superación del enfrentamiento entre subjetivismo y objetivismo, reconoce que su teoría ha sido elaborada lentamente y que se ha perfeccionado durante el debate suscitado por las teorías de DUGUIT sobre *"la regla objetiva de Derecho"* frente al subjetivismo de JELLINEK y LABAND que pretendieron convertir al Derecho en creación de la persona jurídica estatal: *"Esta Teoría no se afianzó positivamente, sino una vez allanado el terreno por la querella del contrato social y por la de lo objetivo y lo subjetivo"*[1155].

[1153] HARIOU, M.: "La Théorie de l'institution et de la fondation (Essaie de vitalisme social)". Lib. Bloud et Gay. París, 1933. En *Aux sources du droit: le pouvoir, l'Ordre, et la Liberté*. Esta obra ha sido posteriormente traducida al italiano, bajo la dirección de W. Cesarini Sforza, bajo el título: *Teoría dell'istituzione e della fondazione*. Giuffré. Milano 1967, y al español, dentro de *Obra escogida de M. Hauriou*, por Santamaría Pastor y Muñoz Machado, con el título "Teoría de la Institución y de la Fundación. Ensayo de Vitalismo Social". Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1976, págs. 257 a 296. Las citas se acomodan a la versión española.

[1154] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución y la Fundación... ob. cit.*, pág. 259.

[1155] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, pág. 259.

ROUSSEAU, pensando que las instituciones tenían su origen en la fuerza, tuvo que idear la teoría del contrato social para legitimar a las instituciones mediante el consentimiento, de ahí que presentase a la Sociedad y al Estado como instituciones basadas en la voluntad general. El error, según HAURIOU, consistió en confundir la fuerza con el poder, lo que le impidió comprender que en toda institución coexisten elementos objetivos y subjetivos. De manera que, mientras el poder no llegue a la violencia, permite un cierto grado de consentimiento libre: *"coactus voluit, sed voluit"*[1156]. En la medida en que en toda institución subsiste, en mayor o menor grado, un cierto consentimiento social libre, no resulta necesario acudir al contrato social ni a la voluntad general como explicación del origen de las instituciones, de la sociedad o del Estado.

Superado el *"contractualismo"* de ROUSSEAU, el siguiente escollo surge en el Siglo XIX. Hasta ese momento todos los juristas habían asumido que en el Derecho coexistían elementos subjetivos (persona jurídica, derechos subjetivos, autonomía de la voluntad) y objetivos (leyes, reglamentos, normas) lo que constituía un *"sabio compromiso"*[1157].

Este equilibrio se rompe con la formulación por GERBER, LABAND y JELLINEK de un sistema ultrasubjetivista que presenta al Derecho como creación subjetiva de la persona Estado lo que resta objetividad al Derecho y a las instituciones jurídicas. Como reacción lógica surgirá años más tarde con DUGUIT, la revancha de lo objetivo en la que la regla de derecho como cosa existente en sí, se convierte en el único soporte de toda existencia jurídica. En el sistema subjetivista, las instituciones son creaciones de la voluntad subjetiva y carecen de objetividad. En el objetivismo, las instituciones son creaciones normativas y por tanto carecen de contenido subjetivo.

[1156] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, pág. 259.

[1157] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, pág. 260.

Ante esta disyuntiva, la posición de HAURIOU se centrará en la reivindicación del equilibrio subjetivo-objetivo de la Institución y del Derecho. Frente al subjetivismo a ultranza proclamará la objetividad de la Idea, alma de toda Institución. Frente al objetivismo exagerado defenderá que el medio social es una fuerza de apoyo necesario, un público imprescindible para la permanencia de la institución, pero en modo alguno una fuerza creadora de normas constitutiva de una conciencia colectiva inexistente. Por otra parte negará a las *"reglas de derecho"* su condición de creadoras de las instituciones, ya que la norma representa el límite y la reacción frente a las fuerzas de acción que son la libertad y el poder.

La función de la ley y del legislador, como la del *"agrimensor"* es establecer límites y mediante los reglamentos, anticipar la solución de los conflictos: *"los elementos subjetivos son las fuerzas de acción y de creación, los elementos objetivos, la regla de derecho. El medio social y el orden público no son sino elementos de reacción, de permanencia y de continuidad"*[1158].

En resumen, la nueva teoría de la institución, no sólo rescata para la institución, y para el Derecho, el sabio compromiso entre los elementos subjetivos y objetivos, superando las concepciones jurídicas objetivistas y subjetivistas, sino que aporta un nuevo fundamento jurídico a la institución a través de la operación de la fundación o constitución jurídica. El acto jurídico fundacional o constitutivo se erige en el fundamento jurídico de la Sociedad y del Estado y del resto de las instituciones, origen y explicación que las doctrinas expuestas habían abandonado en manos de la Historia.[1159]

1.3.1. Concepto jurídico de institución

Sobre la base del concepto de institución social, cuyos elementos fundamentales

[1158] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 265.

[1159] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, págs. 259 y 265.

se mantienen, y con la clarificación superadora del enfrentamiento entre objetivismo y subjetivismo que quedan incorporados equilibradamente en el nuevo concepto de institución como momentos sucesivos y no contrapuestos, HAURIOU aporta la siguiente concepción de la institución:

> *"Una institución es una idea de obra o empresa que se realiza y permanece jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea se establece un poder que le procura órganos; por otra parte entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos del poder y reglamentadas mediante procedimientos"*[1160].

Este concepto es válido tanto para las instituciones-persona o corporativas, como para las instituciones-cosa o reglas y normas de Derecho. La diferencia estriba en que las primeras –Estado, Asociaciones, sindicatos, etc.–, además se personifican y adquieren personalidad jurídica, en tanto que las segundas aunque son igualmente instituciones y, por tanto, ideas que se propagan en un medio social, no engendran corporaciones ya que no son principios de acción sino de reacción y limitación.

1.3.2. Anatomía de las instituciones corporativas o persona

- El primer elemento destacable de la estructura institucional es la idea a realizar en y por un medio social. Constituye, como ya estableció y justificó en la teoría social, una idea objetiva de obra o de empresa a realizar. En este sentido, la idea se identifica más con el objeto que con los conceptos de función y de fin de la institución, ya que el fin no incluye los medios y la función es concreta, en tanto

[1160] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 266.

que la idea opera en lo indeterminado[1161].

La idea, como ya explicó anteriormente, es hallada o descubierta como existente, no es creada por el fundador, se difunde entre sus adherentes, se interioriza en sus conciencias y atraviesa un período de fundación y de expansión progresiva en el medio social.

- El segundo elemento característico es la organización o el poder de gobierno organizado que HAURIOU, con cierta fijación del modelo constitucional, denomina órganos deliberativos y ejecutivos, pero que en términos amplios representa a los adherentes y a los órganos de gobierno como sostenedores de la idea de la empresa[1162].

- Un tercer elemento de la institución es la manifestación de comunión de los miembros del grupo y de los órganos de gobierno en la idea a realizar y en los medios a emplear. La idea se subjetiviza, se interioriza en innumerables conciencias individuales, produce un movimiento de unión, de entusiasmo, de apoyo social y de adhesión del grupo[1163].

- Además, en las instituciones corporativas o persona se produce una cuarta fase: la incorporación o personificación. Cuando al número de adherentes rebasa toda posibilidad de concreción y aumenta de forma indeterminada, la idea despegada de los fundadores se convierte en anónima, cobra entidad y objetividad como *"cosa en sí"*, y adopta forma corpórea, se constituye en corporación con perso-

[1161] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, págs. 268 y 269.

[1162] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, págs. 271 y 272.

[1163] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 274.

nalidad jurídica propia e independiente[1164]. La idea se prolonga, permanece y dura como sujeto de la institución.

1.3.3. Proceso fundacional y fisiología institucional

- El proceso anteriormente descrito, requiere un tiempo más o menos largo de maduración que se denomina período fundacional y transcurre en un contexto social en el que se produce la adhesión y la expansión de la idea dentro del grupo culminando con la fundación jurídica que abre ya propiamente la vida jurídica de la institución.

- El nacimiento jurídico de la institución procede de la llamada operación fundacional que puede revestir carácter formal o consuetudinario. La constitución formal se efectúa por medio de una expresa declaración de voluntad: la aprobación de los estatutos, el establecimiento de una organización y, en las corporativas, se complementa con el reconocimiento de una personalidad jurídica[1165].

- La existencia de la institución, su vida jurídica, se desarrolla y mantiene a través de actos jurídicos que HAURIOU ejemplifica en deliberaciones de asambleas, y decisiones de los órganos ejecutivos[1166].

- Por último, aunque todas las instituciones son creadas para permanecer largo tiempo, como todas las existencias, son perecederas. Su duración y permanencia dependerá de la vitalidad de la idea, pero también de la continua renovación de la comunión en la idea entre adherentes y órganos del poder. La vocación de

[1164] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 275.

[1165] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 288.

[1166] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 293.

continuidad y permanencia es consustancial a la institución y a ello contribuye la regla de Derecho como factor de estabilidad, pero la norma sola no garantiza la duración ni evita su muerte que puede ser producida por razones internas de mala organización, deterioro de la idea, desafección u hostilidad del medio social, o por razones externas como la supresión por efecto de un poder exterior. La muerte de las instituciones también posee carácter jurídico, con lo que, cerrado el círculo vital, puede afirmarse el carácter profundamente jurídico del nacimiento, vida y muerte de las instituciones[1167].

Entre las conclusiones que obtiene directamente HAURIOU de este ensayo, destaca, como primera y principal, que al igual que las instituciones deben su existencia a una operación fundacional caracterizada por los tres elementos: idea directriz, poder y manifestaciones de comunión consensual, su duración y continuidad depende de que esta operación fundacional se repita y continúe mediante la subsistencia de los mismos tres elementos[1168]. La regla de Derecho, la norma objetiva, de la misma forma que no constituye elemento creador de la institución, tampoco garantiza, por sí sola, la duración.

1.3.4. La regla de derecho o institución-cosa

Otra de las conclusiones que extrae HAURIOU de su estudio es el *"papel secundario que corresponde a la regla de derecho dentro del conjunto del sistema jurídico"*[1169]. Las reglas de derecho son ideas directrices que no poseen la fuerza o vitalidad suficiente para organizar en torno a sí una corporación, lo cual no excluye que, para mantenerse y continuar, no requieran de los restantes elementos de las instituciones corporativas, y entre ellos del apoyo social continuado.

[1167] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 293.

[1168] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 294.

[1169] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, págs. 294-295.

La norma jurídica procede de una declaración subjetiva del legislador individual o colegiado que posee carácter obligatorio *"ab initio"*. Pero para que la regla de derecho adquiera carácter de institución, y por tanto de permanencia, requiere apoyo social como reforzamiento de su valor jurídico inicial.

Si consideramos a la regla de derecho como parte de la operación fundacional de una institución-persona, v.gr.: como estatutos, desempeña un papel secundario e instrumental al servicio de la Institución. Si por el contrario, la contemplamos aisladamente, como institución normativa o cosa, su duración está condicionada a la aceptación social.

Concluye HAURIOU afirmando: *"En un mundo que desea vivir y actuar, mediante la conciliación de la acción con la continuidad y la duración, las instituciones corporativas representan a la vez la acción y la duración y están en primer plano; las reglas de derecho están en el segundo, porque si bien representan la continuidad, no representan, en cambio, ninguna acción. Son las instituciones las que determinan las reglas de derecho, y no éstas las que crean las instituciones*[1170].

1.3.5. Principales aportaciones de HAURIOU

La Teoría de HAURIOU, para un importante sector doctrinal, representa una aportación más sociológica y vitalista que técnico-jurídica, como podremos comprobar más adelante, al compararla con la concepción institucional de S. ROMANO. Pero admitida esta puntualización, debe también reconocerse que la *"Teoría de la Institución y la Fundación"* desde la primera página a la última insiste en la pretensión de ofrecer una explicación jurídica integral de la Institución, como superación de la versión sociológica inicial aportada en *"Science Sociale Traditionnelle"* y en *"Principios de Derecho*

[1170] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 295.

Político y Constitucional".

La peculiaridad de HAURIOU es que, a diferencia de otros autores, no se ha limitado a estudiar el derecho dado, puesto o *"solidificado"*, sino que ha intentado dar una respuesta previa al problema del origen del Derecho y de las Instituciones. Como dice RUIZ DEL CASTILLO, ha considerado también al Derecho *"en fusión"*[1171]. Lo que inevitablemente le ha supuesto la necesidad de recurrir a factores prenormativos, no exentos por ello de carácter jurídico. Asimismo, la necesidad de explicar las condiciones de duración y continuidad, vida y muerte del Derecho y de las Instituciones, le ha supuesto la necesidad de superar el marco convencional de la Ciencia del Derecho tradicional, para dar entrada a otros factores jurídicos, no-normativos, que expliquen este fenómeno. Si HAURIOU se hubiese limitado al estudio de las Instituciones jurídicas como realidades existentes, como datos o materiales dados, habría recibido menos críticas de sociologismo jurídico, pero HAURIOU ha optado por una concepción integral del Derecho que abarca el proceso de formación y creación, la fundación jurídico-normativa, la vida, las condiciones de continuidad y las causas de su extinción.

Desde el punto de vista de la aplicación de algunas de sus conclusiones al Estatuto de Autonomía del País Vasco, podemos destacar como principales aportaciones:

a) La amplitud de la concepción jurídica de la institución y del Derecho que permite abarcar tanto el proceso social, así como la fundación jurídica, la vida y las condiciones de duración y permanencia, lo que nos permite afirmar que se trata de una concepción jurídica integral que cumple uno de los requisitos que metodológicamente planteábamos para una explicación integral del Estatuto en toda su dimensión jurídica.

b) La recuperación del equilibrio entre subjetivismo y objetivismo jurídicos, entre

[1171] RUIZ DE CASTILLO: *Estudio preliminar... ob. cit.*, pág. XXXVII.

declaraciones de voluntad subjetivas y normas objetivas, permite superar la concepción puramente normativa, que entiendía las instituciones como creaciones de la regla de Derecho, y la subjetiva, que todo lo reducía a decisiones de las persona Estado. Ni las instituciones autonómicas proceden exclusivamente de la norma estatutaria, ni el Estatuto y la realidad institucional, son creaciones o decisiones exclusivamente estatales. La decisión social cobra valor jurídico en este contexto. El Derecho, y por tanto el Estatuto, en cuanto norma e institución, o norma institucional, es producto de elementos subjetivos que encarnan la acción, y en cuanto regla de derecho, o institución-cosa, representan la reacción y el límite, fijando los contornos jurídicos de la institución.

c) La secuencia y la relación entre los procesos de institucionalización social y jurídica permite anudar jurídicamente ambas fases y establecer sus mutuas influencias, sin desconectar a la norma de sus precedentes y admitiendo la penetración de la historicidad. La institucionalización jurídica, como culminación de un proceso social previo, no puede interpretarse con independencia de los objetivos y requerimientos sociales e históricos.

d) Tras un período de incubación social de la Idea, en fase instuyente o fundacional, a través de una operación de fundación jurídica formal, se transforma en institución jurídica mediante una declaración de voluntad fundante.

e) El tránsito de la institución social a la jurídica mantiene los elementos sustanciales como son: la idea, la comunión en la idea y el apoyo social, que subsisten y se prolongan en la fase jurídica.

f) La Idea como alma de la Institución, transformada en Proyecto, Objeto, Fin o Valor a realizar en el medio social, constituye una realidad objetiva hasta cierto punto *"cosificada"* o materializada con perfiles propios. Piénsese en lo estableci-

do en su momento, sobre la *"idea de los Derechos históricos"*.

g) La Idea como eje de la institución exige que los mecanismos instrumentales (organización y normas) sirvan a su realización eficaz. La norma, en el contexto institucional, está al servicio de la realización de la Idea.

h) La diferenciación entre institución-persona e institución-cosa resulta útil para la distinción de los distintos niveles institucionales contenidos en el Estatuto. Si se considera al Estatuto como la manifestación de una decisión institucional fundante y creadora de la institución corporativa llamada Comunidad Autónoma o Euskadi, sus elementos serían: la decisión instituyente y estatuyente, la organización institucional la idea de autogobierno, la aceptación social y, finalmente, la norma, como fijación y concreción de la institución, dotada de una función secundaria y ordenada a la realización de la idea. Si, por el contrario, se analiza separadamente al Estatuto, como institución-cosa, su conversión en institución requerirá igualmente la aceptación social inicial y continuada.

i) La duración y permanencia de una institución dependen de la continuidad de los elementos fundacionales. Si se desvirtúa la idea, o ésta pierde apoyo o afección social, la institución desaparece aunque subsista la norma.

j) La duración de la institución dependerá, por tanto, de la praxis institucional dirigida a la realización eficaz de la idea, manteniendo en torno a ella el apoyo y la adhesión social. Es decir, la duración y la permanencia están en dependencia directa de la realización eficaz de la idea institucional. En las instituciones existe un proceso instituyente que culmina en la fundación, y un proceso de institucionalización por la praxis que culmina en la consolidación de la organización institucional.

k) Tanto si consideramos al Estatuto como parte y expresión de la institución

corporativa, como si calificamos como norma, institución-cosa o regla de derecho, posee un carácter relativo o instrumental, no autónomo ni autosuficiente, al servicio del Proyecto institucional. De manera que tanto la Idea y el apoyo social como la realización finalista y eficaz, deben orientar los procesos de interpretación y aplicación como garantía de la permanencia y duración institucional.

2. Influjos y reflejos de la Teoría Institucional de HAURIOU

El pluralismo integrador que caracteriza al pensamiento de HAURIOU, su ideal-realismo, y la combinación del método sociológico con elementos filosóficos bergsonianos y tomistas, ha provocado una cierta bifurcación entre intérpretes, comentaristas y discípulos.

RECASENS SICHES le encuadra dentro del realismo espiritualista, a la vez que destaca los ingredientes sociológicos de su concepción que le aproximan a las tesis de JELLINEK y HELLER sobre la *"fuerza normativa de lo fáctico"* y las relaciones entre *"normalidad y normatividad"*[1172]. Para RUIZ JIMÉNEZ, sobre todo el segundo HAURIOU, representa la recuperación de la metafísica, del orden moral y del Derecho Natural[1173]. HERNÁNDEZ GIL le sitúa dentro del sociologismo moderado a la vez que destaca como características de su pensamiento el ideal-realismo, el pluralismo integrador entre lo social y lo individual, entre lo objetivo y lo subjetivo y entre el positivismo sociológico y la Filosofía tradicional[1174].

No resulta, por tanto, extraño que de tan diversos ingredientes y del cruce de

[1172] RECASENS SICHES, L.: *El Panorama... ob. cit.*, vol. I, pág. 122.

[1173] RUIZ JIMÉNEZ, J.: *La concepción institucional... ob. cit.*, pág. 85.

[1174] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, págs. 273 a 277.

caminos que representa, hayan surgido dos rutas diferentes, una, la de GURVITCH, de impronta sociológica, y otra, la de RENARD y DÉLOS, de orientación filosófica.

2.1. Influjos: GURVITCH, RENARD y DÉLOS

2.1.1. GURVITCH: Los hechos normativos

Este autor hereda de HAURIOU el ideal-realismo metódico, el pluralismo integrador y los principios filosóficos de BERGSON, criticando a su maestro por su adscripción filosófica de última hora hacia el tomismo y la metafísica tradicional. En esta línea de integración o de *"síntesis de antítesis"*, como lo califica HERNÁNDEZ GIL[1175], es notable su esfuerzo por superar las confrontaciones entre autonomía y heteronomía, ser y deber ser, derecho y fuerza, realismo e idealismo o normativismo y sociologismo. Para ello crea la teoría de los *"hechos normativos"* cuyo parentesco con la teoría institucional de HAURIOU es innegable.

En su obra *"L'idée de Droit Social"*, publicada en 1932, afirma que el Derecho no sólo se compone de reglas abstractas, sino de otros elementos concretos y objetivos que denomina *"hechos normativos"*. Estos elementos que tienen un contenido social y normativo le permiten dar una solución jurídica al viejo problema de si la organización precede al Derecho, o si éste crea la organización, planteamiento similar al enunciado por HAURIOU. La solución a esta cuestión la aportan los hechos normativos: *"Para que una Comunidad pueda engendrar Derecho ha de estar ya informada por él, y por otra parte, para que el Derecho sea eficaz debe ser engendrado por la propia Comunidad. ¿Cómo salir de esta impostura? Pues reconociendo que hay Comunidades que en un mismo y sólo acto engendran Derecho y fundan su existencia sobre él. No se puede decir que el Derecho preexiste a la Comunidad ni ésta al Derecho. Estas Comunidades*

[1175] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 365.

constituyen hechos normativos"[1176].

2.1.2. RENARD Y DELOS: Concepción institucional y analógica del Derecho

Estos autores profundizan y continúan la línea filosófica y espiritual de HAURIOU. De RENARD se afirma que destacó más en la labor de reajustar los principios filosóficos subyacentes a la teoría de la Institución que por sus aportaciones jurídicas. De DELOS, en cambio, se suele subrayar el intento de construir una concepción del Derecho de corte institucional. El primero fue más filósofo que jurista. El segundo más jurista que filósofo. RUIZ JIMÉNEZ, por el contrario, sostiene que los dos autores se preocuparon de ambas cuestiones produciéndose entre ellos una extraordinaria complementariedad.[1177]

RENARD inicia su reflexión jurídica sobre la distinción entre Derecho y Ley, de aquí llega a la teoría de la Institución y, descubierta la riqueza de su hallazgo se entregó a la labor de dotarla de savia filosófica. La Teoría de la Institución de HAURIOU, que preside su edificio filosófico, le sirve de explicación jurídica y a la vez de asiento para la recuperación de los principios de la Filosofía tradicional: la justicia, el bien común y el Derecho Natural. La Institución, como concepción jurídica del Derecho, le sirve, como a HAURIOU, para mediar en la pugna entre individualismo y sociologismo e individuo-comunidad, y, a su vez, le permite encuadrar su concepción filosófica dentro de un orden escalonado que va desde el hombre a la Humanidad, pasando por la familia, las agrupaciones intermedias, la nación y el orden inspirado en la metafísica cristiana y el Derecho natural.[1178]. RENARD, por tanto, parte del Dere-

[1176] GURVITCH: *"L'idée de Droit Social"*, págs. 118 a 120, citado por HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, Vol. I, pág. 367.

[1177] RUIZ JIMÉNEZ, J.: *La Concepción institucional... ob. cit.*, págs. 95 a 111.

[1178] RUIZ JIMÉNEZ, J.: *ob. cit.*, pág. 98.

cho y de la Institución para terminar reconstruyendo sobre base jurídica un orden jurídico-filosófico.

DÉLOS partiendo de una de las afirmaciones de RENARD en la que éste se pronunciaba por una extensión de la teoría institucional como concepción general del Derecho, trabajará sobre esta línea en varias direcciones. La primera de ellas le permitirá obtener del concepto de institución una solución realista al problema de la ficción de la personalidad moral, partiendo de la categoría ontológica de *"relación"*: si las relaciones sociales son realidades objetivas con entidad propia y diferenciada de los individuos, las organizaciones sociales o instituciones engendradas por las relaciones sociales tendrán también realidad propia. Por tanto si las instituciones sociales gozan de realidad objetiva, la personalidad que se les atribuye no será metáfora ni ficción, sino *"exacta expresión de una cualidad objetiva"*.[1179]

La segunda cuestión que preocupa a DÉLOS es la fundamentación objetiva del Derecho y de la Institución. La relación social engendra instituciones, pero éstas no surgen por el mero hecho de que varias personas establezcan una relación, sino por el fin, la idea o el bien común que pretenden conseguir a través de ella, por un fin que es transcendente y objetivo y que se corresponde con la Idea o Proyecto de empresa utilizado por HAURIOU. El fin y la idea no sólo constituyen el fundamento de las instituciones sociales denominadas asociaciones y fundaciones, sino que se erige en fundamento del Derecho y de todas las instituciones jurídicas como pueden ser, entre otras, la ley y el contrato. La *"idea"* o el fin, no sólo se da en la ley, también existe una idea o un fin en el contrato representada en la *"causa"* como idea organizadora y objetiva de él. Por este camino llegará, en definitiva, a plantear una *"concepción institucional general del Derecho"*, ya que la Idea, el Bien o el Valor presiden y organizan al Derecho en su conjunto[1180].

[1179] RUIZ JIMÉNEZ, J.: *ob. cit.*, pág. 101.

[1180] RUIZ JIMÉNEZ, J.: *ob. cit.*, págs. 99 a 103.

RENARD, posteriormente suministrará a DELOS una fundamentación filosófica más sólida que la utilizada por este último en base al concepto ontológico de relación, para apoyar sus tesis jurídicas sobre la realidad objetiva de las instituciones y de su personalidad moral. En su obra *"De l'institution a la conception analogique du Droit"* afirmará: *"la institución es un modo de ser y como ser, su noción es no genérica, sino analógica"*[1181]. Con esta aportación filosófica de RENARD a la concepción jurídica de DELOS se evidencia la complementariedad entre ambos autores tal como afirmó RUIZ JIMÉNEZ. Este autor dedica dos capítulos completos de su obra *"La Concepción Institucional del Derecho"*, págs. 258 a 403, a desarrollar el principio analógico con el que RENARD pretende fundamentar la realidad objetiva de la ideas que sirven de fundamento al Derecho-Bien Común, Justicia y la propia realidad de la idea de Derecho, de la Institución y de la personalidad jurídica de ésta. Nosotros dedicaremos unas breves líneas a esta cuestión.[1182]

El punto de partida filosófico de RENARD es el redescubrimiento del principio analógico del ser, ya expuesto por la filosofía tradicional pero olvidado desde el siglo XVII. Su secuencia argumental es la siguiente:

- La realidad, como el ser, no es unívoca sino analógica: El realismo tiene por objeto la realidad, el ser. El ser no es unívoco sino analógico, por tanto la realidad no será unívoca sino analógica. Llamamos unívocas a las realidades que reciben el mismo nombre y poseen idéntica esencia, y análogas a las que teniendo el mismo nombre, su esencia es la vez diversa y semejante en alguna medida o proporción. Al igual que bajo la denominación de ser se engloban diversos seres en parte iguales y en parte diferentes, dentro de la realidad existen diversas

[1181] RENARD, G.: citado por RUIZ JIMÉNEZ, J.: *ob. cit.*, pág. 106. Sus principales obras son: *La Theorie de l'institution*. Sirey. París, 1930 y *Philosophie de l'institution*, id., París, 1939.

[1182] Las ideas que se exponen a continuación están extraídas de la obra de RUIZ JIMÉNEZ, págs. 258 a 403, como referencia general y sin citas expresas.

realidades en parte coincidentes y en parte diferenciadas. La analogía permite considerar que no siendo ésta unívoca, pueden llamarse reales a diversas formas de ser, no sólo a aquellas que el empirismo y el positivismo científico consideró como tales. Si podemos denominar seres a realidades tan diferentes como una piedra, un animal, un hombre o Dios, es porque todos ellos coinciden a su vez en el elemento común de la existencia.

- Analogía de proporcionalidad y de atribución.

  Llamamos analogía de proporcionalidad cuando la razón analógica o la semejanza de esencia se da en los diversos analogados por derecho propio o intrínseco aunque en diferente proporción o intensidad. Así la razón analógica de los seres es la existencia, y ésta aunque de diverso grado es una nota intrínseca, propia, de todos los seres.

  La analogía de atribución se da cuando la razón de semejanza sólo se da en uno de los analogados, aplicándose a los demás por extensión y de forma extrínseca. V.gr.: *"los campos ríen"*, *"el agua es sana"*.

A partir de estas precisiones filosóficas, RENARD procede a aplicar el principio analógico al Derecho:

- El Derecho es un ser, un *"esse"*, una realidad y por tanto no es unívoco sino análogo. Como toda realidad analógica engloba diversas realidades concretas: la ley, la costumbre, los derechos subjetivos, la ley divina, la humana, la justicia, las sentencias, el Derecho Natural, etc.

- Si el Derecho no es unívoco, no hay porqué identificar Derecho con Ley y menos con Ley positiva. Si el Derecho es analógico, no hay porqué negar el Derecho Natural. Derecho Natural y Derecho Positivo no son sólo especies diferentes, sino que en parte son también coincidentes en cuanto que en ambos se da, de forma distinta, una misma *"ratio analógica"*.

- La razón analógica del Derecho, es lo Justo objetivo. Así como la razón analógica del ser en lo que coinciden todos los seres, es la existencia, la del Derecho que permite encuadrar a diversas realidades bajo una misma categoría, es la JUSTICIA, lo Justo objetivo.

- La razón analógica de los diversos Derechos, es el Derecho Natural. Entre lo justo y la ley, la analogía es de atribución. Entre las diversas leyes, incluida la divina, la analogía es de proporcionalidad. Pero entre el Derecho Natural y los demás Derechos, el primero no es un analogado más, sino *"el analogum analogans"*. El Derecho Natural se convierte en la razón analógica de los Derechos positivos, y es lo que permite calificar a éstos como Derecho.

Una vez conceptuado el Derecho como realidad analógica, esta calificación se extiende a la persona, a las organizaciones sociales, a las instituciones, a los contratos, etc.

- La realidad analógica de la persona

  Persona es un concepto análogo que equivale a soporte, a sujeto o sustrato de una sustancia. Es analógico porque puede referirse tanto al hombre como Dios. Ambos son soportes de sus respectivas sustancias, en lo primero coinciden, en lo segundo se diferencian. Si la sustancia humana es individual y social, el concepto de sujeto de derecho, de persona, puede aplicarse tanto a los individuos como a las realidades sociales que le originan como consecuencia de su dimensión social. Persona no se identifica con individuo, sino que es la razón analógica que permite adjudicar esta categoría a los individuos y a los grupos sociales.

- Las instituciones son realidades

  La institución y la organización tiene entidad propia, son realidades no meras ficciones. A esta afirmación llegó HAURIOU desde la observación empírica, y

RENARD desde la proyección ontológica de la naturaleza social del hombre.

- La persona moral no es una ficción
  La mal llamada persona moral es el sujeto o el soporte real de las realidades sociales objetivas que llamamos organizaciones e instituciones.

- La Institución es una realidad analógica que engloba no sólo a las que denominamos agrupaciones sociales, sino al resto de instituciones jurídicas, entre ellas, a los contratos.

Puede apreciarse cómo tanto en DELOS como en RENARD, sobre la base filosófica, primero, del concepto ontológico de relación social, y, posteriormente, del principio de analogía, se aboca en una concepción institucional general del Derecho.

2.2. Reflejos

HAURIOU, como todos los innovadores y creadores de escuela ha tenido seguidores y detractores, especies extremas y por tanto escasas. Abundan más los autores que asumen determinadas aportaciones parciales, rechazando otras. Es decir, son más frecuentes los reflejos que los influjos. Las teorías de HAURIOU han tenido diversa incidencia en las distintas disciplinas y especialidades jurídicas. Ha sido especialmente escasa en el ámbito del Derecho Privado y, en cambio, ha gozado de gran aceptación en Derecho Público, tanto político y constitucional como administrativo. Cuando RUIZ JIMÉNEZ publica su obra *"Concepción institucional del Derecho"*, allá por 1943, cita entre los autores que han aplicado sus teorías al Derecho Administrativo a RIVERO, NOUBEL y TEITGEN, y en el Civil y Mercantil a RIGAUD, RAYMAUD, GAILLARD y DESQUEYRAT, entre otros. Esta relación puede ampliarse en la actualidad, pero vamos a limitarnos a mencionar a autores que destacan aspectos parciales de la concepción institucional de HAURIOU, con carácter de muestreo no exhaustivo.

- La caracterización de la institución como fenómeno cultural y hecho de civilización, *"fait de civilization"*[1183], aparece entre otros en CADART y PRELOT. Contraponen institución a creación natural y fenómeno natural. Es obra humana, fruto del proyecto humano[1184]. LUCAS VERDU las denomina *"concreciones culturales"*[1185].

- La institución como estructura organizada que limita la libertad y la espontaneidad individual, aparece en C. BAY y MALINOWSKY. Para este último *"el verdadero instrumento de libertad y de opresión, es el elemento organizado parcial de una Comunidad: la institución"*[1186]. En el mismo sentido, para LUCAS VERDU, el fenómeno institucionalizador es el tránsito de la espontaneidad individual a la convivencia sistematizada y organizada[1187].

- A las consideraciones de MAC IVER, PAGE, RUMMEY y MAYER[1188] sobre las instituciones como formas o conductas establecidas y usos aceptados e impuestos, añadirá LUCAS VERDU, en línea con HAURIOU, que también se institucionalizan las ideas y los valores. Con lo que institución sería, según este autor, *"la consolidación permanente, uniforme y sistemática de conductas, usos e ideas, mediante instrumentos que aseguran un control y el cumplimiento de una función social"* [1189]. En la línea de centrar en la Idea la esencia de la institu-

---

[1183] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones... ob. cit.*, pág. 351.

[1184] PRÉLOT, M.: *Institutions politiques et Droit Constitutionel*. Dalloz. París, 1963, pág. 39.

[1185] LUCAS VERDÚ, P.: *Principios de Ciencia Política*. Tomo II. Ed. Tecnos. Madrid, 1979, pág. 234.

[1186] MALINOWSKI, B.: *Libertad y Civilización*. Edit. Claridad. Buenos Aires, 1948, pág. 149.

[1187] LUCAS VERDÚ, P.: *ob. cit.*, pág. 231.

[1188] MAC IVER, R.M. y PAGE, C.H.: *Sociología*. Ed. Tecnos. Madrid, 1958, págs. 15 y 16.

[1189] LUCAS VERDÚ, P.: *Principios... ob. cit.*, Tomo II, pág. 125.

ción figura también André HAURIOU, hijo de Maurice: *"Une Institution est une organisation sociale établie autour d'une Ideé, et qui a pour object le defense et, si possible, le realisation et la perpetuation de cette ideé"* [1190]. DUVERGER destaca en las instituciones la estructura organizativa y el valor considerándolas como *"formas o estructuras estables, cohesionadas por un valor o una creencia"*, pero se pronuncia por el valor al puntualizar que no siempre la organización garantiza la cohesión y la permanencia. La organización es la *"corteza de las instituciones"* y *"la influencia de las religiones no tiene porqué ser proporcional a la importancia de los templos"*. Lo que cohesiona a una institución religiosa o política es la creencia, la Idea o el valor: *"toda institución es una estructura referida a una sistema de valores o a determinadas concepciones ideológicas valorizadas"* [1191].

- La diferenciación de HAURIOU entre instituciones-persona e instituciones-cosa se refleja en las instituciones-cuerpo de PRELOT [1192], y en las instituciones-órgano e instituciones-mecanismo de CADART. La distinción de la doctrina italiana -BISCARETTI de RUFFIA[1193] y MORTATI[1194]- entre instituciones del Estado-aparato y del Estado-Comunidad, guarda, asimismo, paralelismo con las establecidas por HAURIOU. Cuando TIERNO GALVAN define a la institución como *"la regulación de un conflicto por un sistema de respuestas seguro y estable"*[1195], reproduce con otras palabras el sentido que para HAURIOU

[1190] HAURIOU, A.: *Droit Constitutionel et Institutions politiques*. Ed. Montchrestien. París, 1967, pág. 118.

[1191] DUVERGER, M.: *Sociología Política*. Ed. Ariel. Barcelona, 1972, págs. 97 y 98.

[1192] PRÉLOT, M.: *ob. cit.*, pág. 40.

[1193] BISCARETTI di RUFFIA, P.: *Derecho Constitucional*. Prólogo de LUCAS VERDÚ. Ed. Tecnos, Madrid, 1965, págs. 47 y 48.

[1194] MORTATI, C.: *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Tomo I. E.A. Milani. Padova, 1967, pág. 42.

[1195] TIERNO GALVÁN, E.: *Introducción a la Sociología*. Tecnos. Madrid, 1960, pág. 116.

tiene la institución-cosa, o la regla de desecho: *"La función de la ley es la del agrimensor, establecer límites y mediante los reglamentos anticipar la solución de los conflictos"* [1196].

La consideración del proceso y de la dinámica institucional que arranca de la sociedad y pasa por las fases de fundación, desprendimiento de la idea, consolidación social, organización e incorporación, se corresponde con el proceso institucional del Estado-Comunidad, del que afirma LUCAS VERDU, *"que no es simple tarea reflexivamente creada sino producto de la espontánea anticipación social tantas veces más oportuna, certera y justa que el artificialmente impuesto desde el poder"*[1197]. F. ALBERONI, en su obra *"Movimiento e Institución"*, desarrolla sociológicamente el proceso institucional. Distingue dos estados de lo social: el institucional o de la vida cotidiana, y el naciente o movimiento institucional. Con terminología inequívoca de HAURIOU, describe el proceso fundacional del Estado naciente a partir del descubrimiento de la Idea por el fundador o *"experiencia fundamental"* y la adhesión social a la idea, su *"reconocimiento"*, despegue y maduración que pone fin al estado naciente a través de la personificación y de la organización. Cuando el movimiento se concreta en institución, y deja de ser movimiento, para convertirse en estado de lo cotidiano, la institución asentada y triunfante se convierte en custodia de la promesa y de la esperanza del estado naciente inicial[1198].

[1196] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 264.

[1197] LUCAS VERDÚ, P.: *Principios... ob. cit.*, pág. 127.

[1198] ALBERONI, F.: *Movimento e istituzione... ob. cit.*, págs. 13 a 40, 87, 175 y 223.

- La función aseguradora de la norma como garantía de la continuidad de la institución aparece en BATTAGLIA: *"la norma asume la realidad socioeconómica, moral o religiosa y a través de ella alcanzan regularidad y permanencia"*[1199].

[1199] BATTAGLIA, F.: *Corso di Filosofia del Diritto*. Vol. II, Ed. Foro Italiano, Roma, 1943, pág. 188. Traducción española: *Curso de Filosofía del Derecho*. Reus. Madrid, 1951, pág. 273.

II. LA CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DE SANTI ROMANO

S. ROMANO publica su obra esencial sobre la Institución, *"El Ordenamiento Jurídico"*, en los *"Annali delle Universitá Toscane"* entre 1917 y 1918 y posteriormente en un volumen publicado en Pisa en 1918[1200]. Es decir, unos años después de que HAURIOU hubiese dado a conocer sus primeras teorías sobre la institución. Esta circunstancia le permite *"enunciar con mayor amplitud y precisión la doctrina de la institución y establecer su esencia y caracterización de modo distinto a como HAURIOU lo hace"*[1201]. Reconoce como mérito de la doctrina alemana y especialmente de la francesa *"el haber introducido en el mundo jurídico la idea de institución en un sentido amplio y haber desligado el concepto de institución del de persona jurídica así como la consideración de la institución como individualidad objetiva"*[1202].

Con estas palabras de ROMANO, mezcla de reconocimiento y de intento de superación, centra su crítica a HAURIOU en tres aspectos. En primer término, *"encuentra injustificado el criterio en base al cual HAURIOU limita el concepto de institución a aquellas organizaciones sociales que han alcanzado ya un cierto grado de desarrollo y perfección"*. En segundo lugar, no cree *"que la institución sea fuente de Derecho, ya que entre institución y ordenamiento jurídico existe una perfecta identidad"*. Finalmente critica la imprecisión con que HAURIOU califica a la institución como *"une sorte de chose; a la verité c'est une chose active et une sorte de mecanique"* cuando, *"la institución -no es una cosa- sino un ordenamiento jurídico objetivo"*[1203].

Estas consideraciones críticas de ROMANO hacia HAURIOU han podido

---

[1200] ROMANO, S.: Nota preliminar al *"Ordenamiento Jurídico... ob. cit.*, pág. 81.

[1201] ROMANO, S.: *El ordenamiento jurídico... ob. cit.*, págs. 118 y 119.

[1202] ROMANO, S.: *obr. cit.*, pág. 119.

[1203] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 119 a 121.

contribuir a que la doctrina cuando compara a ambos autores califique al primero como más técnico y riguroso y al segundo, jurídicamente menos depurado y más próximo a la Sociología y a la Filosofía del Derecho. Así MARTÍN RETORTILLO reproduce el siguiente comentario de LUCAS VERDÚ: *"El institucionismo de ROMANO carece de la sugestiva jugosidad, quizá más política que jurídica, que el del Decano de Toulousse. Es menos genial que HAURIOU, desprovisto de aliento metafísico, pero es más preciso y técnico"*[1204].

Asumiendo el fondo de verdad de estas afirmaciones, me permito efectuar alguna matización para "suavizar" la falta de rigor técnico que se imputa a HAURIOU. Este autor distingue escrupulosamente entre Sociología, Filosofía y Ciencia Jurídica. Es cierto que el método sociológico lo emplea, realistamente, para evitar construir teorías en el aire convencido de que el Derecho debe asumir la realidad previa. También es cierto que la Filosofía se utiliza como superación del positivismo, para fundamentar el Derecho en valores y principios superiores. Pero cuando elabora su teoría de la Institución, en base a la teoría social, insiste en el carácter jurídico de su doctrina que arranca de la "operación jurídica de fundación", sin confundir los planos sociológico y jurídico perfectamente separados por la declaración jurídica-fundacional. Esta diferenciación fuertemente subrayada por HAURIOU entre lo social y lo jurídico como fases consecutivas pero distintas, curiosamente no se observa en ROMANO que identifica lo social y lo jurídico. Es cierto que este último salva la contradicción al equiparar Derecho con Ordenamiento y por tanto identificar lo jurídico con la organización social y no sólo con la ley, con lo cual lo social es ya jurídico aun antes de que existan normas, pero no por ello debe discutirse la preocupación de HAURIOU por el rigor metodológico.

Desde otro punto de vista, la limitación del concepto de institución que ROMANO achaca a HAURIOU está compensada por la ampliación de su estudio "jurídico" al proceso institucional en su conjunto. ROMANO, en cambio, parte de la institución

[1204] MARTÍN RETORTILLO, S.: *Estudio preliminar al... ob. cit.*, pág. 46.

existente y asentada sin analizar los factores dinámicos del proceso institucional, ni las condiciones de permanencia, duración o desaparición institucional, factores de gran relevancia jurídica, no sólo sociológica.

En todo caso, al margen de diferencias y de valoraciones, entre ambas construcciones se dan más coincidencias que las que aparentemente se destacan. Entre éstas cabe resaltar la importancia del elemento organización como característica esencial de la Institución y la posición crítica de ambos frente al normativismo formalista[1205], así como la complementariedad y la posibilidad de utilización combinada de ambas teorías.

1. Características generales del pensamiento jurídico de ROMANO

Como continuador de ORLANDO, participa de la preocupación de dotar a la Ciencia del Derecho Público del rigor técnico del que carecía y por tanto destaca su obsesión metodológica. Por otra parte, le anima la intención de superar y revisar críticamente al normativismo formalista, sin recurrir a la Sociología, ni a la Filosofía del Derecho. A su vez, la adopción de un punto de partida positivista pero realista, le permitirá descubrir que la realidad social posee, en cuanto organización, un significado jurídico inmanente, destruyendo así, el dogma del monismo estatalista como única fuente productora del orden jurídico. En consecuencia podemos atribuir a la doctrina de ROMANO las siguientes notas:

1.1. Preocupación metodológica

Esta preocupación se manifiesta en una triple dirección. Primeramente, en el análisis de los sistemas de producción jurídica y de fuentes de derecho desde la observación de la realidad y no desde teorías y doctrinas abstractas. A través de este estudio

[1205] MARTÍN RETORTILLO, S.: *ob. cit.*, pág. 47.

constatará que no es el Estado el único agente productor de normas, lo que le conducirá del monismo al pluralismo jurídico. En segundo lugar, en el establecimiento de una metodología científica y autónoma del Derecho Público respecto al Privado. Y finalmente, en la elaboración de una concepción jurídica integral válida para el Derecho en su conjunto[1206].

1.2. Realismo jurídico

Su método jurídico parte en todo momento de la constatación de circunstancias y de fenómenos jurídicos. En más de una ocasión la argumentación utilizada para apoyar determinados juicios consiste en afirmar *"que de otra manera sería negada una valoración o una circunstancia constantemente reconocida y mantenida en la realidad"*[1207]. Por esta razón, su método, basado en la observación y el sentido común, está exento de erudición y de referencias teóricas, salvo las imprescindibles, y se caracteriza por no adoptar *"a priori"* teorías explicativas para conectar en su conjunto los datos positivos que aporta la vida del derecho entendido en toda su plenitud[1208].

1.3. La institución como concepto jurídico articulador de la realidad

La articulación técnica de la realidad jurídica a través del concepto de institución, como categoría jurídica, le permite moverse desde el principio con criterios estrictamente jurídicos y distanciarse de posiciones sociológicas. No diferencia, como HAURIOU, instituciones u organizaciones sociales e instituciones u organizaciones jurídicas. La institución y la organización siempre son jurídicas, aunque no sean normativas. Toda organización y por tanto toda institución, es una ordenación, un ordenamiento y, por tanto, Derecho. Toda realidad social organizada es jurídica desde sus orígenes sin

[1206] MARTÍN RETORTILLO, S.: *ob. cit.*, págs. 21 a 23.

[1207] MARTÍN RETORTILLO, S.: *ob. cit.*, pág. 26.

[1208] MARTÍN RETORTILLO, S.: citando a CAPOGRASSI, *ob. cit.* pág. 25.

necesidad de esperar a que su maduración dé lugar al nacimiento por fundación de una institución jurídica.

1.4. Superación del normativismo formalista y estatalista desde el positivismo jurídico

La construcción de su concepción jurídica partiendo de la realidad empírica y al margen de fundamentaciones teóricas o metapositivas, sitúa a la obra de ROMANO dentro del positivismo. Pero su punto de partida realista, o positivista-realista, le permite advertir que el Derecho no sólo está constituido por normas, sino por otro conjunto de realidades de substancia jurídica, superando, así, el normativismo y el formalismo. *"La imposibilidad de fijar el orden jurídico con carácter excluyente en base a un orden exclusivamente normativo es el punto central de la construcción de ROMANO"*.[1209]. No se trata de reducir el valor de lo normativo, sino de proclamar que ese orden no agota la realidad jurídica.

Su concepción realista no sólo le impulsa a la superación del normativismo exclusivista, sino que la evidencia de una realidad institucional multiforme le conducirá a la conclusión de que no todo el Derecho es ley, ni procede del Estado, y que a una pluralidad de instituciones corresponde una pluralidad de ordenamientos.

De manera coincidente, LUCAS VERDÚ sintetiza las notas del pensamiento de ROMANO de la forma siguiente[1210]:

- Continuación del método jurídico inaugurado por ORLANDO, sin sucumbir a consideraciones filosóficas, políticas o sociológicas.
- Constante fidelidad al método técnico-jurídico y atención minuciosa a

[1209] MARTÍN RETORTILLO, S.: *ob. cit.*, pág. 35.

[1210] LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político... ob. cit.*, Vol. I, pág. 125.

todas las manifestaciones vitales sin recurrir a la abstracta normalización gracias a la teoría de la institución que permite al Derecho hincar sus raíces en el cuerpo social.

- Rechazo del monismo jurídico estatalista y afirmación del pluralismo jurídico-social.

2. El Derecho como Ordenamiento e Institución

2.1. El Derecho como Ordenamiento

La tesis central de ROMANO parte de la insuficiencia de una concepción exclusivamente normativa del Derecho. El Derecho no es una suma de normas ni de preceptos. Esta precisión liminar es importante a pesar de su elementalidad. Muchos autores que se consideran ordinamentalistas han acogido la expresión pero no el fondo ni el significado de esta concepción. Han traducido *"ordenamiento"* como ordenamiento normativo, lo que HAURIOU denominó *"bloque de legalidad"*, integrado por la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho[1211]. Este ordenamiento, por amplio que sea, no deja de ser un conjunto normativo y no se ajusta a la concepción de ROMANO.

Cuando se afirma que determinada norma debe ser interpretada en el contexto del ordenamiento jurídico, generalmente se piensa que debe ser interpretada en coherencia con las restantes normas, o, a lo sumo, con los principios inspiradores del Ordenamiento, olvidando que éste se integra además por otras realidades o elementos jurídicos extranormativos. El propio BOBBIO[1212] interpreta la teoría de la Institución o del Ordenamiento Jurídico como *"un complejo de normas que forman un ordenamiento"*, *"como un conjunto coordinado de normas"*, *"una norma jurídica no se encuentra sola,*

[1211] MARTÍN RETORTILLO, S.: *ob. cit.*, págs. 50 y ss.

[1212] BOBBIO, N.: *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Ed. Giappichelli, Torino, 1960, págs. 5 y 6.

sino ligada a otras que forman un sistema normativo".

Volviendo a ROMANO, justifica su afirmación, demostrando que las definiciones que identifican al Derecho como un conjunto de normas, ni son verdaderas, ni se ajustan a la realidad, por partir de presupuestos erróneos que dejan fuera de la definición elementos sustanciales del Derecho[1213]. Cuando por Derecho nos referimos, no a una ley, ni a un código, sino a un ordenamiento -Derecho de la Iglesia, Derecho Internacional-, al definirlo como un conjunto de normas utilizamos un recurso contrario a los principios lógicos, ya que no se puede definir una totalidad en base a sus partes individuales, o a la suma de sus elementos, como si se tratase de una adición de partes que lo integran. Todo conjunto es una individualidad distinta de las partes que lo integran. *"No se puede tener una idea exacta de los distintos miembros del hombre o de las ruedas de una máquina, si antes no sabemos qué es el hombre o la máquina"*[1214].

Por otra parte, la definición de Derecho como conjunto de normas, no se ajusta a la realidad. Cuando el jurista y el profano hablan del Derecho italiano o francés piensan en algo dinámico y vital: la organización del Estado, las relaciones de fuerzas o autoridad que producen, modifican, aplican o garantizan las normas. Piensan, ciertamente, en normas, pero también en poderes, engranajes, sociedad, parlamentos y jueces[1215]. El Derecho entendido como Ordenamiento:

> *"Es una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo rige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto e incluso el medio de su*

[1213] ROMANO, S.: *ob. cit.*, pág. 99.

[1214] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 95 y 96.

[1215] ROMANO, S.: *ob. cit.*, pág. 100.

actividad, que un elemento de su estructura"[1216].

Finalmente, los elementos esenciales del Derecho -la objetividad y la sanción- quedarían fuera de la definición del Derecho si seguimos identificándole como conjunto normativo. La objetividad del Derecho no es la de sus normas, sino que refleja un poder social objetivo anterior y preexistente a las normas. La sanción igualmente es una nota predicable del Ordenamiento jurídico, no de las normas, y constituye una fuerza que precede a éstas[1217]. El Derecho, en definitiva, es un Ordenamiento Jurídico, no un conjunto de normas.

2.2. Derecho y Ordenamiento como Institución

No basta con definir al Derecho por lo que no es, sino que es necesario suministrar un nuevo concepto de Derecho en base a sus elementos esenciales. Uno de los elementos principales del Derecho nos conduce al concepto de sociedad, ya que lo que no transciende la esfera individual no es Derecho. Sólo existe Derecho donde hay sociedad: *"ubi jus, ibi societas"*. Pero, a su vez, sólo hay sociedad donde hay Derecho: *"ubi societas, ibi jus"*. Las relaciones efímeras o de hecho que no crean una entidad organizada y permanente distinta de los individuos, no son sociedad.

El segundo elemento del concepto de Derecho es la idea de un orden social, de una organización que, por principio, excluye la fuerza y la arbitrariedad en las relaciones sociales, y que va ínsita en el concepto de sociedad. Este orden no proviene de las normas, más bien se sirve de ellas, las crea y coloca a su servicio. Las normas pueden formar parte del orden, pero éste suele ser anterior, es organización y estructura, y forma una unidad diferenciada con sustantividad propia.

[1216] ROMANO, S.: *ob. cit.*, cit., pág. 100.

[1217] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 101 a 111.

El concepto jurídico que mejor expresa la nueva definición de Derecho, en base a los elementos de sociedad y de orden social, *"el concepto que nos parece necesario y suficiente para expresar en términos exactos el concepto de Derecho, es el concepto de institución"*[1218]. Por tanto si Derecho es igual a ordenamiento, ordenamiento y Derecho serán iguales a Institución.

2.3. Concepto de Institución

El concepto de Institución de ROMANO se construye de forma progresiva, en base a círculos de aproximación hasta llegar a su esencia:

- la institución es un ente con existencia objetiva y concreta. Una individualidad exterior y visible y no una mera agrupación conceptual. Lo que llamamos institutos jurídicos -la donación, la compraventa-, sólo son instituciones en sentido figurado[1219].

- Es un cuerpo social en cuanto manifestación de la naturaleza social y no meramente individual del hombre.

- Es un ente cerrado con individualidad propia *"in se"* y *"per se"*, sin perjuicio de que mantenga relaciones de coordinación o de dependencia con otras instituciones. El Estado puede estar integrado en la Comunidad Internacional y depender de él la provincia, el municipio, etc. Una institución puede ser autónoma y a la vez dependiente o imperfecta[1220].

[1218] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 111 a 114.

[1219] ROMANO, S.: *ob. cit.*, pág. 123.

[1220] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 125-126.

- La institución es una unidad delimitada y permanente. Pueden cambiar sus elementos -personas, patrimonio, normas- pero subsiste como identidad[121].

- En resumen, la esencia de la Institución es la organización social, un ordenamiento jurídico, una unidad independiente de Derecho objetivo. La institución es la manifestación original y primaria del Derecho[122].

2.4. Pluralidad y relación de Ordenamientos

ROMANO como corolario lógico de las premisas precedentes y como deducción de la realidad histórica y presente, concluye en la afirmación de que existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones.

En la Edad Media existió el ordenamiento de la Iglesia y del Estado. El Estado fue absorbiendo poco a poco a los ordenamientos dispersos -locales, provinciales, forales, regnícolas- hasta confundir el ordenamiento jurídico con el estatal. Esta confusión se consolida con la sacralización del Estado de HEGEL y con la absorción de los organismos productores de Derecho por el Estado, dando lugar al monismo jurídico estatal[123]. Que el único ordenamiento no es el estatal se comprueba por la existencia del ordenamiento internacional y del eclesiástico, sin olvidar el de las organizaciones sociales, asociaciones y sociedades.

Esta pluralidad de ordenamientos genera una dinámica de relaciones de diverso tipo, de subordinación, igualdad, cooperación o superioridad. El tipo de relación dependerá del carácter originario o derivado de los ordenamientos, de los fines particula-

[121] ROMANO, S.: *ob. cit.*, pág. 127.

[122] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 128 a 132.

[123] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 214.

res o generales que persigan, de su carácter simple o complejo, perfecto o imperfecto, con o sin personalidad, de su dependencia o independencia, en definitiva de lo que ROMANO califica como *"título de relevancia"*[1224].

3. Influjos del pensamiento de S. ROMANO

V.E. ORLANDO, considerado como el padre de la Escuela italiana de Derecho Público, destaca la importancia de la obra de ROMANO en los siguientes términos: *"la obra se presenta no tanto como enunciación de principios abstractos, sino como algo concreto, como modelo, como ejemplo. Es desde esta perspectiva desde la que la obra de ROMANO me parece sencillamente prodigiosa. Por mi parte, no dudo en afirmar que no conozco en toda la literatura jurídica italiana o extranjera ninguna otra que realice de modo tan completo y definitivo lo que debe ser el modelo de una construcción de Derecho público general"*.[1225] El mismo ORLANDO dedicará un prefacio a la obra de S. ROMANO *"Scritti Minori"*, en el que bajo el título *"Santi Romano, e la scuola italiana di Diritto Pubblico"*, destaca y valora sus aportaciones[1226].

Pero es el propio ROMANO el que describe, con honradez, las reacciones despertadas por la publicación de su obra en la doctrina italiana. Así en la nota 69 bis, que acompaña a la segunda edición del *"Ordenamiento Jurídico"*, hace una síntesis de las reacciones y de las críticas de su tesis. Reconoce que su planteamiento ha encontrado fundamentalmente resistencias entre los filósofos del Derecho y entre los juristas que analizan su obra filosóficamente. Entre ellos cita a DEL VECCHIO, MICELI, SFORZA, VOLPICELLI, CRISAFULLI, CAPOGRASSI, BOBBIO, CAMMARTATA,

[1224] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 240 y ss.

[1225] MARTÍN RETORTILLO, S.: *ob. cit.*, pág. 14.

[1226] ORLANDO, V.M.: *Santi Romano e la Scuola italiana di Diritto Pubblico*, págs. V-XXXVII, en S. ROMANO: *Scritti Minori*. Milano, 1990, Ristampa dell'edizione del 1950.

CONDORELLI, PERTICONE, BATTAGLIA y ORESTANO. Entre éstos, a su vez, se mezclan rechazos frontales con aceptaciones parciales. Unos, como CRISAFULLI o CAPOGRASSI le niegan valor filosófico, pero la aceptan en el terreno dogmático. MAGGIORE y CARLINI la admiten incluso en el ámbito filosófico. FERRARA, ORLANDO, CHIARELLI, MORTATI y ZICCARDI muestran algunas reservas, pero aceptan determinados resultados[1227].

Mayor aceptación, no exenta de algunas reservas, se advierte en CRISCUOLI, MASTINO, RUFFINI, LEVI, BRESCHI, LONGI, BALDINI, MANZINI, MONACO, ZANOBINI, MIELE, SINAGRA, BISCARETTI DI RUFFIA, C. SCHMITT y MESSINEO. Respecto a PICCARDI y CARNELUTTI, manifiesta no estar seguro de interpretar correctamente su pensamiento ya que por una parte, identifican ordenamiento y organización con institución, pero, por otra, consideran el ordenamiento como un sistema normativo, con lo cual se quedan a mitad de camino[1228].

Finalmente ROMANO resume en seis puntos las principales objeciones al concepto de institución[1229]:

- el concepto de institución no aparece claramente definido,
- no se trata de un concepto jurídico,
- contiene un significado tautológico,
- el concepto de institución presupone el de Derecho,
- el Derecho es un deber ser y la institución es un hecho, por tanto no cabe identificar ser y deber ser,
- el concepto de ordenamiento jurídico sólo puede referirse al Estado, no al resto de instituciones.

[1227] ROMANO, S.: *ob. cit.*, nota 69 bis, págs. 194 y 195.

[1228] ROMANO, S.: *ob. cit.*, nota citada, págs. 194-195.

[1229] ROMANO, S.: *ob. cit.*, nota citada, págs. 197 y 198.

Estas objeciones, a las que el propio ROMANO trata de responder en las notas que adjunta a la segunda edición de su obra, en parte se deben, tal como el propio autor explica, a una deficiente comprensión de su tesis, pero también a lo que LUCAS VERDÚ califica como rasgo peculiar de la doctrina italiana, esto es, *"a la tendencia expansiva del método y del sistema técnico-jurídico"*[1230]. La ciencia italiana tiende a la constante superación de sí misma, por lo que los discípulos más fieles a ROMANO optan por introducir variantes y modificaciones a sus teorías antes que un alistamiento incondicional a su tesis, y los críticos, como es el caso de GALIZIA, a subrayar exageradamente las incorrecciones e incoherencias de su pensamiento. Debe, no obstante, reconocerse que para comprender correctamente las tesis de S. ROMANO y el alcance de sus planteamientos jurídicos deben completarse los posicionamientos del *"Ordenamiento Jurídico"* con el estudio de sus *"Scritti Minori"*[1231].

LUCAS VERDÚ sintetiza algunas de estas deficiencias de la teoría de ROMANO –subordinación de lo normativo a lo institucional con riesgo de sociologismo, falta de solución al problema de la prioridad Derecho o institución, oscuridad del concepto y reproduce la crítica de GALIZIA quien, tras reconocer las aportaciones positivas de ROMANO, destaca la incoherencia que supone solucionar cuestiones prácticas mediante criterios normativos y las referentes a principios mediante esquemas institucionales.

Ahora bien, esta aparente inconsecuencia de utilizar a conveniencia un criterio u otro, el normativo o el institucional, no hace sino evidenciar las tensiones existentes dentro del ordenamiento jurídico entre una perspectiva y otra. Hay materias que ciertamente se explican mejor desde una óptica civilista, dogmática y normativa, y otras que exigen un tratamiento institucional, finalista, flexible y abierto. Todo ello, en definitiva, no hace sino confirmar la tesis de ROMANO de que el Derecho es norma + institución

[1230] LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho... ob. cit.*, Vol. I, pág. 127.

[1231] ROMANO, S.: *Scritti Minori... ob. cit.*

y en unos casos se remarcará el aspecto normativo y en otros el institucional[1232].

Como anteriormente[1233] hemos tenido oportunidad de establecer, la utilización de un esquema normativo o institucional depende de las materias jurídicas. Hemos destacado que la consideración integral del Estatuto, no sólo como norma sino como realidad jurídica total, nos impulsaba a buscar una concepción jurídica integral válida para el Estatuto, sin que ello significase optar o proponer como ideal una determinada concepción general del Derecho. No es lo mismo tratar del negocio jurídico, de la forma o de la causa del contrato, que del sentido integrador o de la eficacia jurídica de una norma política. En unos casos predominará el enfoque normativo y dogmático, y en otros el institucional, sin subordinar o despreciar el normativo.

Este equilibrio entre norma e institución aparece destacado de forma importante en la obra de CROSA y D'EUFEMIA. Según el primero, las construcciones dogmáticas deben complementarse con los fines institucionales. "*Es posible que en el Derecho Público puedan darse dos o más construcciones dogmáticas antitéticas, ambas perfectamente correctas y fundadas en el derecho positivo. La elección entre ellas no será posible sin recurrir a finalidades y a principios políticos que se hallan en la base de estas instituciones*"[1234].

El equilibrio entre construcciones normativas y otros datos sustanciales del ordenamiento jurídico aparece también en MORTATI[1235] –Constitución en sentido

---

[1232] LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho... ob. cit.*, Vol. I, págs. 131 y 132.

[1233] Vid, pág. 360 de la tesis.

[1234] CROSA, E.: *Diritto Constituzionale*. U.T. Editrice Torinese. Torino, 1937, pág. 25.

[1235] MORTATI, C.: *La Constituzione in senso materiale*. Ed. Giuffré, Milano, 1940, 233 páginas. En el mismo sentido: CRISAFULLI, V.: *Lezione di Diritto Constituzionale*. A. Milani, Padova, 1962, Vol. I, págs. 104-120.

material y formal–, en BARILE *"Estado-aparato"* y *"Estado-Comunidad"*[1236]– y en CRISAFULLI cuando destaca y desarrolla el alcance normativo de las disposiciones y principios pragmáticos de las Constituciones[1237].

En la obra de BISCARETTI di RUFFIA, uno de los más significados seguidores de ROMANO, se destaca especialmente el equilibrio entre lo normativo y lo institucional como concepciones complementarias y no antitéticas del Derecho. Según este autor, los privatistas siguen principalmente la concepción normativa puesto que este Derecho discurre en un ambiente rígidamente limitado por las normas positivas. En cambio, en el Derecho Público frecuentemente hay que transcender el ámbito normativo, recurrir a las fuentes de producción y ponerse en contacto con las instituciones que producen, tutelan y actúan las normas, así como con la estructura del ordenamiento y con los procedimientos de formación y de evolución de éste, esto es, relacionarse con un fenómeno jurídico complejo que no se agota en las normas. La institución como organización y cuerpo social es la que comunica a las normas, que por eso se llaman institucionales, naturaleza jurídica. Admite este autor que en los ordenamientos estatales evolucionados adquiere mayor relevancia el aspecto normativo que el institucional. En cambio, en los procesos de constitución de nuevos Estados, o de realidades políticas aún no asentadas, reviste más importancia el aspecto institucional[1238].

Según GIANNINI[1239], las teorías de ROMANO han sido acogidas con carácter general por constitucionalistas, internacionalistas, administrativistas, canonistas, historia-

---

[1236] BARILE, P.: *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 6ª ed. CEDAM, Padova, 1991, dedica la parte 2ª al *"stato-apparato"*, págs. 131 a 485 y la parte 3ª al *"stato-comunità"*, págs. 491 a 701.

[1237] LUCAS VERDÚ, P.: *ob. cit.*, pág. 136.

[1238] BISCARETTI di RUFFIA, P.: *Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid, 1965, págs. 67 a 70 sobre *"concepciones normativa e institucional del Derecho"*

[1239] GIANNINI: *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*. En MARTIN RETORTILLO, S.: *ob. cit.*, pág. 15.

dores del Derecho, procesalistas, juspravistas y romanistas. S. MARTÍN RETORTILLO señala igualmente el eco de las concepciones ordinamentalistas entre administrativistas españoles, así como en la legislación, jurisprudencia y doctrina. Cita entre otros a GARCÍA DE ENTERRÍA, CLAVERO ARÉVALO y GARCÍA AÑOVEROS[1240]. Recientemente GARCÍA DE ENTERRÍA ha aplicado el principio de pluralidad de ordenamientos y sus relaciones mutuas al Estado de las Autonomías[1241].

Conviene, no obstante, insistir en que no todos los autores llevan hasta sus últimas consecuencias la teoría de ROMANO. Los hay, como ya hemos expuesto, que declarándose ordinamentalistas teóricos reducen en la práctica el ordenamiento jurídico a un sistema normativo amplio integrado por normas, principios generales y costumbres en la línea expuesta por F. de CASTRO. Otros admiten, además, las instituciones, pero en la interpretación de las normas olvidan estas realidades. No basta con afirmar que el Derecho no se reduce a normas, sino que es forzoso concluir que su interpretación debe efectuarse de acuerdo con el ordenamiento jurídico en su integridad, de acuerdo con las normas e instituciones que en él se contienen. ROMANO no fue simplemente un teórico del Derecho, sino que pretendió ante todo extraer de sus teorías conclusiones aplicables a la interpretación y aplicación de las leyes[1242].

[1240] MARTÍN RETORTILLO, S.: *ob. cit.*, pág. 52 y ss.

[1241] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Estudios sobre Autonomías Territoriales... ob. cit.*, págs. 85 a 115.

[1242] MARTIN RETORTILLO, S.: *ob. cit.*, pág. 36.

CAPÍTULO III: APORTACIONES DE C. SCHMITT, H. HELLER Y R. SMEND

Mención aparte por su significación en la lucha por la superación del normativismo, merecen las figuras de C. SCHMITT, H. HELLER y R. SMEND. Estos autores, por diversas circunstancias, no lograron consolidar movimientos y escuelas, pero ejercieron notable influencia en el Derecho Público y bastantes de sus aportaciones resultan útiles y aplicables, aun cuando sea con carácter puntual, para una interpretación abierta, flexible y realista del Estatuto de Autonomía.

I. CARL SCHMITT: *"DECISIONISMO", "GARANTÍA INSTITUCIONAL" Y "PENSAMIENTO DE LOS ÓRDENES CONCRETOS"*

1. Consideraciones generales

La figura de C. SCHMITT, según HERNÁNDEZ GIL, se enmarca en la línea del politicismo jurídico o del sociologismo jurídico-político, caracterizado por presentar al ordenamiento jurídico como una proyección del régimen político imperante. En el caso de este autor será el nacional-socialismo alemán y en el caso de los italianos GRANDI y ROCCO, el fascismo italiano[1243].

K. LARENZ, por su parte, considera a SCHMITT como uno de los autores que contribuyeron a la renovación del pensamiento jurídico alemán mediante la configuración del Derecho como concreción del espíritu nacional y de la idea nacionalista del Estado a través de su teoría sobre los *"órdenes concretos"*[1244].

LUCAS VERDÚ, en un importante ensayo[1245], presenta un cuadro profundo

[1243] HERNÁNDEZ GIL, A.: *ob. cit.*, vol. I, págs. 337 y ss.

[1244] LARENZ, K.: *La Filosofía... ob. cit.*, pág. 166.

[1245] LUCAS VERDÚ, P.: *C. Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

y equilibrado de la personalidad científica de este autor, de los aciertos y riesgos de sus principales tesis, así como de la "peligrosidad" de algunas de sus teorías para la cultura democrática y constitucional. Recomienda tacto y cautela con sus argumentaciones y conclusiones, puesto que no debe olvidarse que fue el crítico más demoledor del régimen constitucional de la República de Weimar y sus tesis sirvieron para fundamentar jurídicamente el nacional-socialismo y el III° Reich alemán. Pero a la vez, destaca su esfuerzo por hurgar en el subsuelo normativo e institucional en un claro intento de cohonestar la norma con la realidad[1246].

Se ha calificado a C. SCHMITT de oportunista y de jurista oficial –*"Kronjurist"*– del III° Reich. Su oportunismo más bien procede de la *"labilidad característica del intelectual"* y de su interés por estar e influir en las situaciones políticas cambiantes. El apelativo de *"jurista del régimen"* se debe a la cobertura jurídica que prestó a los poderes extraordinarios del *"Reichspräsident"* como teórico de la excepción, aunque no llegó a alcanzar el grado de identificación política de un LABAND con el imperio de Bismarck[1247].

Sus presupuestos filosóficos, antropológicos y metodológicos tienen diversa procedencia. En él se dan cita influjos neokantianos, ideas contrarrevolucionarias de DE MAISTRE, DE BONALD y de DONOSO CORTÉS, influjos románticos, influencias marxistas y conexiones con la filosofía existencialista. Todo ello le permitirá, según las circunstancias, fundamentar tesis conservadoras o autoritarias, establecer la influencia de las infraestructuras económicas y sociológicas sobre la producción normativa, o sustentar criterios de decisionismo político-jurídico. Su pesimismo antropológico influyó en la concepción de lo político como contraposición "amigo-enemigo", y la falta de sistema, "sistema asistemático", se debe a su tendencia clara al estudio y reflexión sobre situaciones de excepcionalidad, en lugar de concentrar su interés sobre situaciones de

[1246] LUCAS VERDÚ, P.: *ob. cit.*, págs. 26 y 27.

[1247] LUCAS VERDÚ, P.: *ob. cit.*, págs. 31 y 32.

normalidad y estabilidad política[1248].

Frente a los claroscuros de su personalidad política, su aportación científica en la *"Teoría de la Constitución"* ha ejercido notable influencia en la crítica al normativismo. Destaca en ella el esfuerzo por acomodar la normatividad a la realidad social, sin ocultar que incurre en riesgo de sociologización del Derecho Constitucional en la línea de LASALLE[1249] y en la instrumentalización partidista del Derecho Constitucional al servicio de una ideología política[1250]. Efectuadas estas puntualizaciones, pueden destacarse sus principales aportaciones.

2. La Constitución como decisión del Poder Constituyente

C. SCHMITT entiende por Constitución *"la decisión de conjunto sobre el modo y la forma de unidad política mediante un acto del Poder Constituyente"*[1251]. En este sentido opone Constitución como decisión a ley constitucional como normación legal. El concepto positivo y esencial de Constitución es la decisión, las ulteriores normaciones, competencias y leyes son relativas o secundarias frente a las decisiones políticas fundamentales[1252].

En estas afirmaciones subyace un desprecio evidente hacia la normatividad, de inspiración contrarrevolucionaria e irracionalista peligrosa, ya que la Constitución, así entendida, no se legitima por sus contenidos ni por las referencias a valores superiores,

---

[1248] LUCAS VERDÚ, P.: *C. Schmitt ... ob. cit.*, págs. 34 a 44.

[1249] LASALLE, F.: *"Qué es una Constitución"*. Ed. Ariel, Barcelona, 3ª ed. 1989.

[1250] LUCAS VERDÚ, P.: *C. Schmitt... ob. cit.*, págs. 66 y ss.

[1251] SCHMITT, C.: *"Teoría de la Constitución"*, Alianza Editorial. Madrid, 1982, Título original: *Verfassungslebe*, pág. 45.

[1252] SCHMITT, C.: *ob. cit.*, pág. 48.

sino por la sola voluntad del Poder Constituyente que descansa en el decisionismo y en el voluntarismo. Desde esta premisa, tan legítimo resultaría un sistema autocrático, liberal, democrático o fascista, como otro de corte socialista o comunista. La mera existencia de un modelo político por decisión constituyente, ya sería legitimación suficiente[253].

Advertido el riesgo de relativismo axiológico que esta posición conlleva, y compensado con el respeto a la legalidad normativa y con las referencias a valores superiores, debe valorarse positivamente esta intuición de SCHMITT al recordarnos que bajo la Ley Constitucional descansa una decisión constituyente que alguna influencia debe conservar en la fase normativa posterior. La Ley Constitucional formal debe desarrollar su propia dinámica, pero en conexión y no con independencia de la voluntad y de la finalidad expresada en la decisión constituyente.

Al analizar el significado del Estatuto, en la parte primera de este estudio, ya pusimos de relieve la distinción existente entre el Estatuto como decisión institucional y el Estatuto como norma, de acuerdo con el artículo 1º: *"El pueblo vasco... se constituye..., de acuerdo con el Estatuto que es su norma institucional..."*. Esta diferenciación coincide materialmente, aunque no espiritualmente, con la efectuada por C. SCHMITT, y obliga a poner en conexión la norma con la decisión, con la voluntad estatuyente y con el contenido normativo del Estatuto.

Por *"Poder Constituyente"*, entiende SCHMITT, *"la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política"*[254]. Este Poder es a la vez poder legitimado y legitimador único, que no siempre ha coincidido con la voluntad popular, ya que

[253] LUCAS VERDÚ, P.: *C. Schmitt... ob. cit.*, pág. 76.

[254] SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución... ob. cit.*, pág. 93.

históricamente se ha identificado con Dios, la Nación, el Pueblo o la Monarquía[1255].

Esta afirmación, despojada una vez más del relativismo que contiene y enmendada en sentido democrático para identificar Poder Constituyente con Pueblo o Nación, permite no sólo considerar al Pueblo Vasco como poder estatuyente e instituyente, sino afirmar que su decisión participa de la naturaleza del Poder constituyente, en la medida en que el Poder Constituyente del Art. 1º de la CE no ha tomado una "decisión de conjunto" sobre el modo global de existencia política, al dejar en manos de las nacionalidades y regiones la decisión última sobre la organización territorial del Estado. Al igual que la ley estatutaria complementa a la ley constitucional formando el llamado bloque de constitucionalidad material, la decisión estatuyente sumada a la voluntad constituyente integran, al menos de *"facto"* y por voluntad constitucional como *"lege data"*, el Poder Constituyente total como decisión de conjunto sobre la existencia política estatal.

3. Los derechos fundamentales, la garantía institucional y la teoría de los órdenes concretos, o pensamiento ordinalista

C. SCHMITT distingue entre derechos del hombre y del ciudadano. Los derechos fundamentales son derechos del hombre, son derechos de libertad y por tanto, en principio, son derechos ilimitados. Son derechos anteriores al Estado que los reconoce, no los crea; son individuales, no colectivos, ni de una Comunidad natural u organizada. Frente a ellos se hallan los derechos del ciudadano que no son derechos de libertad sino de igualdad y no son individuales sino sociales[1256].

Las garantías institucionales constituyen, en cambio, formas de protección

[1255] SCHMITT, C.: *ob. cit.*, págs. 95 y 99.

[1256] SCHMITT, C.: *ob. cit.*, págs. 169 a 185.

constitucional de determinadas instituciones con el fin de impedir su modificación o supresión por vía legislativa ordinaria.

Los derechos fundamentales y las garantías instituciones son cuestiones radicalmente diferentes. Estas últimas ni constituyen *"aprioris"* materiales del Estado, ni son derechos de libertad, y por tanto ilimitados, sino que son realidades creadas por el ordenamiento constitucional, y por tanto limitadas y concretas, que reciben una protección espacial frente a las leyes ordinarias, no frente a ulteriores reformas o supresiones constitucionales. Las garantías constitucionales sólo son inmunes frente a la ley, no frente a la Constitución. Son preceptos constitucionales vinculantes para el legislador ordinario, son cautelas constitucionales, pero en modo alguno constituyen *"aprioris"* materiales previos a la Constitución, como los derechos fundamentales[1257]. Por otra parte, esta garantía no alcanza a todos los contenidos concretos de la institución sino únicamente al núcleo típico y característico de ella, al esqueleto o armazón institucional y a sus principios básicos. Las garantías institucionales, al menos durante la etapa decisionista de SCHMITT, expresan decisiones constitucionales libremente adoptadas por el constituyente, en tanto que los derechos fundamentales revisten un carácter previo y anterior.

Más tarde, al superar SCHMITT la etapa decisionista, pondrá en conexión las garantías institucionales con la teoría de los *"órdenes concretos"*. Los *"órdenes concretos"* son estructuras institucionales derivadas de una concepción objetivo-idealista de la realidad, que vienen a sustituir al jusnaturalismo como fundamento del derecho, y a superar al positivismo. El espíritu de la Nación, se manifiesta a través de estructuras básicas o formas peculiares-nacionales de concebir, v.gr., la familia, el Estado o el Ejército, dando origen a los llamados *"órdenes concretos"* que sirven de referencia legitimadora para el sistema normativo[1258].

[1257] SCHMITT, C.: *ob. cit.*, págs. 175 a 179.

[1258] Vid LARENZ, K.: *Filosofía del Derecho y del Estado... ob. cit.*, pág. 195.

Según LARENZ, el decisionismo para SCHMITT no significó nada definitivo, sino un punto de tránsito hacia el pensamiento "ordinalista". En su ensayo sobre las tres clases de pensamiento jurídico -normativismo, decisionismo e institucionismo-, SCHMITT opone al normativismo y al decisionismo el pensamiento de los órdenes concretos. La norma y la decisión reciben su dirección de los órdenes concretos en que se manifiesta el espíritu nacional del Pueblo, condicionando las decisiones y la producción normativa. A través de estos órdenes o instituciones -familia, ejército, etc.- se refleja el espíritu real de la Comunidad[1259].

La utilización -*"ocasionalismo oportunista"* le llamará LUCAS VERDÚ[1260]- de la categoría de la garantía institucional, creada para otro fin, para la defensa política del III° Reich a través de su conexión con la categoría de los órdenes concretos, modifica la primitiva concepción de la garantía institucional como decisión constitucional libre, conectándola con un orden objetivo de valores nacionales vinculante para el legislador. La evolución de la primitiva concepción de la garantía institucional hacia posiciones próximas a realidades materiales prenormativas, acorta las diferencias entre éstas y los derechos fundamentales entendidos como *"aprioris"* materiales. Pero sabiendo que SCHMITT se caracteriza por la utilización interesada de las categorías jurídicas según la circunstancia política, más que de una evolución científica debe hablarse de una utilización interesada de la misma.

Sobre la posible aplicación de la *"garantía institucional"* al reconocimiento constitucional de los *"derechos históricos"*, ya nos pronunciamos en su momento. Conviene no obstante insistir en la inaplicabilidad de esta categoría jurídica a los derechos históricos, tanto en su versión originaria, como conectada con los *"órdenes concretos"*.

[1259] LARENZ, K.: *ob. cit.*, pág. 168.

[1260] LUCAS VERDÚ, P.: *C. Schmitt... ob. cit.*, pág. 84.

En su momento describimos a los derechos históricos como *"aprioris"* materiales y preconstitucionales dotados de entidad y materialidad propia, cuya actualidad y vigencia reconoce el texto Constitucional. Esta configuración resulta incompatible con la concepción de la garantía institucional como cautela o garantía libremente creada por la Constitución y únicamente vinculante para el legislador ordinario, no para el constituyente.

II. H. HELLER: EL DERECHO Y EL ESTADO EN EL CONTEXTO DIALÉCTICO DE LA REALIDAD SOCIAL

1. Consideraciones generales

La figura de HELLER, junto a SCHMITT y SMEND, representa la ofensiva crítica contra el formalismo normativista, a la vez que un toque de atención a la Ciencia Jurídica para que incorpore en sus análisis factores sustanciales de compensación del normativismo kelseniano[1261]. HELLER, a la vez que se enfrenta a KELSEN por su concepción del Derecho y del Estado como puro deber ser, se distancia igualmente de SCHMITT por su desprecio de la normatividad. Su obra *"Teoría del Estado"* representa una crítica al positivismo jurídico estatalista, pero crítica constructiva y compensadora, no simplemente negativa como la de SCHMITT.

En la obra de HELLER se advierten influencias diversas. Su concepción del Estado como realidad social está influenciada por el realismo sociológico, por el organicismo de GIERKE y por la doble faceta del Estado de JELLINEK. Su visión dialéctica de la realidad social está inspirada en la izquierda hegeliana de impronta socialista y marxista, sin por ello descuidar su relación con la filosofía de los valores, del espíritu y de la cultura[1262].

Entre sus aportaciones destacan las consideraciones sobre el objeto y el método de la Ciencia Política, pero sobresale su concepción del Estado como realidad social integrada por factores geográficos, nacionales, económicos y jurídicos, y a la vez, distinta de ellos, con los que establece una relación dialéctica. El Derecho cumple dentro del Estado una función necesaria pero auxiliar, en cuanto coopera a la integración del

[1261] LUCAS VERDÚ, P.: *C. Schmitt... ob. cit.*, pág. 70.

[1262] LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el positivismo... ob. cit.*, pág. 77.

Estado como unidad al servicio de la realidad social. Su misión al servicio y en relación dialéctica con la realidad social le servirá para formular su teoría sobre las relaciones entre normalidad-normatividad-normalización.

Su obra central, la *"Teoría del Estado"* que quedó inconclusa por el fallecimiento de su autor, presenta una notable unidad y coherencia lógica. A partir del estudio de la realidad social como totalidad dialéctica, encaja al Estado como parte de esa realidad y a su vez como realidad diferenciada, y, dentro de esta última, al Derecho como función jurídica del Estado en relación dialéctica con él.

2. Objeto y método de la Ciencia Política y Jurídica

Para HELLER, la Ciencia política tiene por objeto el análisis de los elementos de la problemática estatal real. El objeto es la problemática aportada por la realidad. No es el sujeto el que crea el objeto -afirmará contra KELSEN-, entre sujeto y objeto existe relación dialéctica no separación. Toda teoría jurídica debe partir de la realidad y volver a ella con finalidad práctica[130].

El Estado y la problemática estatal forman parte de la realidad social y por tanto participan de la naturaleza psico-física de ésta y de su carácter dialéctico. La realidad social, y el Estado como parte de ella, no es naturaleza pura, ni espíritu puro, sino integridad dialéctica de ambos elementos. No cabe, por tanto, aplicar a la Teoría del Estado monismos metodológicos exclusivamente transcendentes ni inmanentes. El método debe adecuarse a la realidad objeto de análisis y no a la inversa, por tanto no debe ser ni puramente materialista, ni exclusivamente idealista. No sirve, ni la lógica racional deductiva, ni la causalidad física, ni el método de las Ciencias del Espíritu, ni el de las Ciencias de la Naturaleza, ya que el Estado es *"forma de vida, vida en forma*

[130] HELLER, H.: *"Teoría del Estado"*. Fondo de Cultura Económica. México, 1942, págs. 41 a 45.

y forma que nace de la vida"[1264]. La Ciencia del Derecho, por el contrario, no es ciencia de la realidad sino de sentido, o Ciencia del Espíritu, por lo que su método correspondiente será el dogmático. "*Para la dogmática jurídica* -dirá HELLER- *las conexiones lógicas de sentido son formas válidas en sí, emancipadas de las condiciones reales de su aparición*"[1265]. Pero esta afirmación que le aproxima peligrosamente al formalismo que pretende combatir, es corregida inmediatamente: "*El Derecho como Ciencia de Sentido no es pura conexión lógica, debe considerar y tener en cuenta la historia de su nacimiento y los condicionantes sociológicos*" que intervienen en su aparición[1266].

Como aportaciones metodológicas en este terreno, podemos destacar los denominados por él "*conceptos-forma o estructura*", como expresión del pensar dialéctico y la afirmación de que no es el método el que crea el objeto, sino que éste condiciona a aquél.

3. Realidad social y Estado

La acción humana es la base y el centro de la realidad social. Esta acción o efectividad humana, al igual que el hombre del que emana, es una realidad dialéctica psico-física que discurre en determinadas condiciones naturales y culturales: raza, pueblo, geografía, cultura, lengua, organización social, sociedades, comunidades y Estado. La realidad social en su conjunto constituye una realidad dialéctica psico-física, compuesta y a la vez diferente de los elementos humanos, naturales y culturales que la integran[1267].

[1264] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 51 a 66.

[1265] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 66 y 67.

[1266] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 66 y 67.

[1267] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 89 a 142.

El Estado, como parte de esa realidad social, posee también una identidad propia, constituye una "unidad de poder" diferenciada -militar, económico, político y jurídico- a cuya configuración unitaria contribuyen, como factores de integración y elementos a la vez constitutivos y diferenciados, un conjunto de condiciones culturales y naturales: geografía, pueblo, fuerzas económicas, opinión pública y Derecho. El Estado, como unidad independiente se halla en relación dialéctica mutua con sus elementos integrantes, sin identificarse con ninguno de ellos[1268]. Así:

3.1. El Estado y la geografía

La geopolítica es importante, ya que la soberanía guarda relación con las fronteras y el territorio es un condicionante del Estado. Pero ni el Estado se reduce a Geopolítica, ni la geografía explica por sí sola el fenómeno de la unidad ni la peculiaridad del Estado[1269].

3.2. El Estado y el Pueblo o Nación

El Pueblo como toda realidad dialéctica está formado por elementos objetivos naturales -raza, biología- y subjetivos -cohesión, conciencia y cultura. Los intentos de GOBINEAU y R. WAGNER por presentar a la raza como presupuesto condicionante de la unidad política hoy están superados. Igualmente deben sopesarse según HELLER, los intentos de identificar Nación con Estado, puesto que el Estado, aunque se sirve de la Nación y del Pueblo como factor de integración estatal, constituye una realidad más amplia y trascendente. La Nación es una función dependiente del Estado como factor integrador de éste. Lo contrario significaría relativizar el concepto de Estado para convertirlo en expresión romántica o democrática del Pueblo[1270].

[1268] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 146 a 163.

[1269] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 163 a 169.

[1270] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 172 a 187.

3.3. El Estado, la Economía y la Opinión Pública

El liberalismo pretende que el Estado juegue un papel neutral en la economía, limitándose a ejercer una función garante de los intereses económicos. El socialismo contempla al Estado como el reflejo de la estructura económica y expresión del predominio de la burguesía capitalista. El Estado evidentemente está condicionado por la economía, pero no constituye un apéndice de ésta.

La Opinión Pública expresa y dirige los valores y los principios sobre los que se asienta la organización estatal. Legitima a la autoridad y al orden establecido, pero tampoco corresponde afirmar que el Estado sea una realidad dependiente de la opinión pública[127].

3.4. El Estado y El Derecho

Contra KELSEN, afirma que el Derecho constituye una condición esencial de la unidad estatal, pero ni se identifica con el Estado, ni éste queda absorbido por aquél. El Derecho cumple una función al servicio de la organización social del Estado, en definitiva al servicio de la realidad social en la que se integra el Estado y mantiene una relación dialéctica con ambos. Por su parte, el Derecho como parte integrante de la realidad social posee igualmente una naturaleza dialéctica psico-física, material y espiritual, forma y contenido, ser y deber ser, expresadas a través de las categorías de normalidad -normatividad- normalización, en relación mutua, recíproca y dialéctica, como más adelante explicaremos.

Las relaciones entre normalidad y normatividad, o ser y deber ser, quedan

[127] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 190 a 205.

recogidas en las siguientes afirmaciones[1272]: *"Toda norma expresa el ser y el deber ser, normalidad y normatividad"* - *"la norma como toda realidad humana constituye un todo dialéctico corpóreo externo y de sentido, contenido y finalidad"*. *"Toda Jurisprudencia que metódicamente intenta separar manifestación externa y sentido, naturaleza y espíritu, forma y contenido, acto de voluntad y norma, se encontrará en un callejón sin salida"*.

Las relaciones entre normatividad y normalización, o norma y eficacia social, se desprenden de estas frases[1273]: *"la validez de las normas depende de sus efectos sociales"*. *"El Poder político se basa en la probabilidad o expectativa del cumplimiento de las normas por los súbditos, en la eficacia esperada"*. *"De la misma forma que no hay poder sin obediencia, no hay norma sin eficacia"*.

4. Concepto y clases de Constitución

Desde el punto de vista de su aplicabilidad a la concepción integral del Estatuto, HELLER proporciona en este apartado una variada serie de consideraciones de gran utilidad. En coherencia con su visión dialéctica de la realidad, presenta a la Constitución como una realidad dialéctica total y única, integral, cuyos momentos diferenciados son la Constitución política o real, la Constitución jurídica destacada y la Constitución escrita.

4.1. La Constitución política real: normalidad y normatividad

HELLER define a la Constitución real como *"la peculiar forma de organizar y configurar la cooperación social-territorial en una situación real, que se espera mante-*

[1272] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 208, 213 y 214.

[1273] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 207, 208, 211 y 265 a 272.

ner en el futuro y que se renueva y actualiza mediante la acción humana".[1274].

La Constitución política o real es la forma concreta o histórica que adopta la organización político-social y territorial del Estado en un momento determinado. Aparentemente esta afirmación se parece a la de SCHMITT como decisión de conjunto sobre la forma y modo de la organización política, pero se diferencia en cuanto que esta concreta organización debe fundamentarse en principios morales o sociales con arraigo y validez social, conjugando el ser y el deber ser[1275].

Esta organización de la cooperación social-territorial que constituye la función social del Estado se pretende que además sea estable y evolutiva: *"forma abierta, vida en forma y forma nacida de la vida".*[1276] La metáfora musical que emplea HELLER para conjugar permanencia y cambio -*"melodía transportada"*- es sumamente acertada.

La garantía de estabilidad y permanencia descansa sobre la conexión entre normalidad y normatividad. La Condición de permanencia viene dada por la probabilidad de cumplimiento de las normas constitucionales por parte del grupo social, expectativa que queda asegurada en la medida en que las normas estén en conexión con la realidad social, es decir que la normatividad refleje la normalidad. La Constitución política es un ser, una normalidad, al que dan vida las normas. Es *"vida en forma".*[1277]

La normalidad es una regla de previsión de conductas basada en la observación histórica y actual. La Historia y la realidad social en cuanto precedentes normativos avalan la esperanza de cumplimiento de las normas. La normalidad representa la Consti-

[1274] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 277.

[1275] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 242 a 250.

[1276] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 278.

[1277] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 278.

tución no normada que, completada con la normatividad, conjugan ser y deber ser[1278].

La relación *"normalidad-normatividad"* no implica una visión determinista ni positivista al estilo de lo que JELLINEK denominó la fuerza normativa de lo fáctico. Primeramente, porque la relación no es causal ni unidireccional entre normalidad -> normatividad, y ser -> deber ser, sino de influencias mutuas en el sentido normalidad <-> normatividad, y ser <-> deber ser. En segundo lugar porque el determinismo no sería empírico sino valorativo, como se desprende de las siguientes afirmaciones[1279]:

- *"Las relaciones normalidad-normatividad, o entre Constitución normada y no normada, son de carácter mutuo, sin determinismos fácticos o de reglas de previsión, sino con criterios de valoración".*
- *"Normatividad equivale a normalidad positivamente valorada".*
- *"El Derecho es realidad conforme a regla. La norma es ser y deber ser, normalidad y normatividad. El decisionismo de SCHMMITT despreció el deber ser, sólo asumió el ser de forma acrítica y avalorativa. KELSEN incurrió en el desprecio del ser, cayendo en el extremo contrario. La norma es regla y realidad valorada".*

Como consecuencia de la influencia mutua entre normalidad y normatividad, norma y validez social, se alcanza la normalización social y jurídica. la continuidad y la estabilidad por la compenetración entre norma y sociedad. Este tercer factor entra, a su vez, en relación dialéctica con los anteriores desarrollándose entre todos ellos influencias recíprocas:

[1278] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 280.

[1279] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 280.

normalidad <-> normatividad <-> normalización[120]:

Toda creación de normas -normatividad- representa un intento de producir la normalidad de conductas -normalización- para lo que es necesario que se base en la normalidad. *"El Estado, por sí sólo, es incapaz de procurar vigencias a todas sus normas"*[121].

La aplicación de estas consideraciones a la diferenciación que en su momento establecimos entre institución-norma institucional-institucionalización, o sus correspondientes normalidad-realidad histórica-norma-eficacia social y finalidad integradora, no requieren esfuerzo alguno. Tampoco exige esfuerzo aplicar estas categorías a la Disposición Derogatoria 2ª de la CE interpretada como intento de evitar la experiencia histórica negativa, o como regla de previsión de cumplimiento y de estabilidad del modelo organizativo. Estas ideas son igualmente aplicables a la consideración del significado jurídico integral del Estatuto en el sentido de norma como totalidad dialéctica, psicofísica, de naturaleza y sentido, como realidad jurídica integrada por contenidos materiales, forma y finalidad, ser y deber ser, etc.

4.2. Constitución jurídica destacada

De la misma forma que el Derecho, como realidad de sentido, forma parte de la realidad social total, mezcla de naturaleza y sentido, en un momento determinado puede independizarse de la realidad social, objetivarse como momento dialéctico, sin por ello dejar de pertenecer a la realidad social, también la Constitución jurídica en cuanto

[120] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 283 a 287.

[121] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 287.

parte de la Constitución real total, puede en un momento determinado objetivarse, destacarse de ésta, sin dejar de ser parte de la realidad constitucional básica[132].

La Constitución jurídica representa una fase o un momento dialéctico del desarrollo o desenvolvimiento de la Constitución social, sin dejar de pertenecer ni de relacionarse con ella. Expresa la objetivación o exteriorización en cuanto manifestación formal de la Constitución social.

La normatividad es una fase o un momento de la normalidad, momento necesario y complementario que garantiza la vigencia de las normas, la objetividad, la coercibilidad, la seguridad jurídica y la unidad, continuidad y estabilidad de la Constitución real.

Este desdoblamiento dialéctico de la Constitución como realidad jurídica única, ha pasado desapercibido para la mayor parte de las teorías jurídicas. Unas han absolutizado la fase de la Constitución real o política, *"el ser"* como el decisionismo de SCHMITT y otras el momento jurídico del *"deber ser"* la Constitución jurídica, como KELSEN. Pero ambas perdieron de vista la conexión entre los diversos momentos como fases de una única realidad[133]. El error de la dogmática jurídica radica en la separación del Derecho o de la Constitución jurídica del mundo al que pertenecía. El método lógico-normativo o de conexiones lógicas no ha ido dirigido a procurar vigencia y validez social al plan normativo, incurriendo en la absolutización del método al servicio exclusivo de la Constitución jurídica, no de la real[134].

[132] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 288.

[133] HELLER, H.: *ob. cit.*, pág. 289.

[134] HELLER, H.: *ob. cit.*, págs. 293 a 296.

4.3. Constitución escrita

La Constitución escrita no difiere sustancialmente de la Constitución jurídica, más bien es una modalidad de esta última. Representa una tendencia europea continental frente a la fórmula anglosajona, a través de la cual se prima la seguridad jurídica. El precepto escrito aporta mayor rigidez a los procedimientos de modificación constitucional, permite concretar los contenidos restringidos, esenciales o fundamentales y diferenciar la Constitución jurídica material y formal de la Constitución sociológica real. Toda norma escrita contribuye a la estabilidad y permanencia de las instituciones jurídicas, como ya vimos en HAURIOU.

III. LA TEORÍA DE LA INTEGRACIÓN DE R. SMEND

1. Consideraciones generales

R. SMEND, junto a SCHMITT y HELLER, completa la triada de la ofensiva antiformalista. La coincidencia en los objetivos no impide que existan entre ellos notables diferencias debido fundamentalmente a los diversos presupuestos filosóficos que inspiran sus respectivas teorías. En el caso de SMEND, su teoría de la integración está fuertemente impregnada de la fenomenología y del método sociológico de T. LITT[125].

2. El Estado como proceso de integración personal, funcional y material. Teoría material del Estado

SMEND parte de la necesidad de reconstruir una teoría material del Estado. Sin saber en qué consiste el Estado difícilmente se puede construir una teoría jurídica de la Constitución y a través de ella combatir el formalismo jurídico. "*El problema* -dirá- *es que todo formalismo jurídico parte de una elaboración metodológica previa de contenidos materiales que son la base y premisa de sus normas, lo que la teoría jurídica del Estado precisa, es, pues, una teoría material del Estado*".[126]

Las dificultades que han entorpecido la construcción de una teoría material del Estado han sido las antinomias en que venía envuelta entre individuo-comunidad, individualismo-colectivismo, y personalismo-transpersonalismo como categorías mecanicistas, substantivas, aisladas y contrapuestas. Para unos el Estado es persona jurídica, para otros realidad sociológica. Para aquellos realidad espiritual, para éstos realidad material.

---

[125] SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 55.

[126] SMEND, R.: *ob. cit.*, págs. 47 y 48.

Para la superación de estas concepciones monistas, fragmentarias y opuestas al Estado, SMEND recurre a lo que en la metodología de las Ciencias del Espíritu se denominó la "estructura fenomenológica del yo", en la que el "yo" es a la vez individuo y parte de una comunidad. El "yo", el individuo, la comunidad no son factores aislados sino *"momentos de una articulación dialéctica cuyos miembros se encuentran permanentemente vinculados por una relación de oposición"*[1287].

El Estado que pertenece al ámbito de las realidades espirituales, sólo puede ser comprendido mediante conceptos y estructuras propias de las realidades socio-culturales, esto es, con categorías dialécticas propias de los conceptos colectivos que en terminología de LITT se conocen como *"flujo circular o cíclico"*[1288]. Estas realidades espirituales se caracterizan no por su estatismo sino por su actividad dinámica, constituyen procesos de actualización funcional y de laboriosa reproducción de la configuración social. El Estado no es estatalidad inmóvil, existe y se desarrolla en un proceso de continua renovación y permanente reviviscencia. Vive del plebiscito renovado cada día. *"Para este proceso que es el núcleo de la dinámica del Estado, he propuesto la denominación de INTEGRACIÓN"*[1289], dirá SMEND. En definitiva configura la teoría material del Estado como una realidad espiritual dinámica y de estructura dialéctica, cuya esencia es la actualización permanente del proceso de integración o de cohesión política y social.

El punto de partida de la Teoría de la Integración es extranormativo. Como advierte LUCAS VERDÚ[1290], es común a los autores antiformalistas partir de un fun-

[1287] SMEND, R.: *ob. cit.*, pág. 50.

[1288] SMEND, R.: *ob. cit.*, pág. 55.

[1289] SMEND, R.: *ob. cit.*, pág. 63.

[1290] LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar... ob. cit.*, pág. 78.

damento extranormativo y extrapositivo. En este caso SMEND recibe de la fenomenología de LITT y de las Ciencias del Espíritu de DILTHEY, los presupuestos que le permiten elaborar el concepto de integración y erigirlo en clave de bóveda de la concepción dinámica y material del Estado, para una vez construida esta base material, fundamentar sobre ella su teoría jurídica del Estado o de la Constitución.

Complementando su concepción material del Estado como proceso de integración dinámica, agrupa los diferentes elementos que operan y en este proceso mediante las categorías de integración personal, funcional y material.

2.1. La integración personal

Entre los elementos que actúan y favorecen el proceso de integración y cohesión social, se hallan, en primer término, los personales que facilitan la identificación emocional y representativa. Entre ellos figuran el caudillaje y el liderazgo, tanto considerados como elementos individuales, como en su faceta institucional y representativa o como encarnación simbólica de valores comunitarios. El mismo papel de integración personal cumple el Rey como persona, que la Corona como institución representativa[129].

2.2. La integración funcional

Tiende al reforzamiento del sentido colectivo y de la vivencia comunitaria dinamizando tanto la vida social como la individual. A esta categoría pertenecen las elecciones, votaciones, las actuaciones parlamentarias, los referéndums, y en general los procesos de conformación de la voluntad comunitaria. Para que estas manifestaciones, de integración sean socialmente eficaces se requiere que reflejen y que se fundamenten en una comunidad de valores no cuestionada y que se dé una participación activa e

[129] SMEND, R.: *ob. cit.*, págs. 70 a 78.

interesada en estos procesos: *"El Estado y el Derecho viven de la aceptación de quienes se hallan sujetos a ellos"*.[1292]

2.3. La integración material

En esta categoría se agrupan los restantes elementos del proceso de integración de contenido material y substantivo. Entre ellos figuran los valores históricos cuya vigencia y actualidad se manifiesta en símbolos, banderas, escudos y ceremonias políticas. Igualmente la integran las "mediaciones" exteriorizadas a través de órganos del Estado, la Historia y el Territorio.

3. La Teoría Jurídica del Estado

Una vez construida o reconstruida la teoría material del Estado como proceso de integración, puede elaborarse sobre ella la Teoría jurídica del Estado.

3.1. Naturaleza de la Constitución

Para JELLINEK la Constitución comprende el conjunto de normas que regulan la creación y el funcionamiento de los órganos estatales y la posición del individuo frente a ellos. Su concepto de Constitución se correspondía con la concepción material del Estado de marcado carácter individualista y personalista.

Para F. LASALLE y E. KAUFMANN, la Constitución expresa las relaciones fácticas de poder existentes en una Comunidad o las fuerzas sociales significativas, relegando a la Constitución escrita o normativa a una hoja de papel en la que se *"exten-*

[1292] SMEND, R.: *ob. cit.*, págs. 87 y 88.

den" los factores reales de Poder, o Constitución real[1293]. JELLINEK en sus *"mutaciones constitucionales"* y en la *"fuerza normativo de lo fáctico"*, incide también en parecidas consideraciones[1294].

Si estos autores llegaron a estas conclusiones, es porque partieron de una determinada concepción material del Estado. En consecuencia, si para SMEND el Estado es una realidad material y espiritual de carácter dinámico, vital e integrado, la Constitución es la ordenación jurídica del proceso de integración estatal. La Constitución en cuanto ordenación legal sirve y regula determinados aspectos de este proceso[1295].

Puede apreciarse ya una primera coincidencia entre esta definición de SMEND, y nuestra afirmación sobre el Estatuto y la Constitución como instrumentos legales y al servicio de la finalidad integradora y del valor integración, derivados de la Disposición Adicional 1ª y Derogatoria 2ª de la Constitución española.

3.2. Interpretación flexible, extensiva y elástica de la Constitución

La Constitución en cuanto Derecho es norma, y en cuanto Constitución es realidad integradora. Este fenómeno no es exclusivo de la Constitución sino que es común a otras organizaciones sociales. Una Asociación, desde una perspectiva técnico-jurídica, es una persona jurídica dotada de órganos cuya vida está regida por los estatutos sociales. A la vez, el acto fundacional de la Asociación representa una experiencia de integración en el grupo, el tránsito del "para sí" de cada uno de los miembros a la sociabilidad[1296]. No es casual, por ejemplo, que para expresar la integración de una

[1293] LASALLE, F.: *Qué es una Constitución?... ob. cit.*, pág. 92.

[1294] SMEND, R.: *ob. cit.*, págs. 129 y 130.

[1295] SMEND, R.: *ob. cit.*, pág. 132.

[1296] SMEND, R.: *ob. cit.*, págs. 136 y 137.

comunidad en la vida política se emplee el término "constitución". Por tanto la Constitución puede considerarse como norma y como realidad integradora.

En cuanto norma sólo regula determinados aspectos ya que la dinámica estatal no puede ser abarcada por unos cuantos preceptos: *"El gran dinamismo de la vida política no puede ser aprehendido y normado plenamente por unos cuantos artículos recogidos en la Constitución"*. En cambio, la pretensión de la Constitución como realidad se extiende a la totalidad del Estado y del proceso integrador[1297].

De esta antinomia *"Constitución normativa-Constitución real"* se deriva la exigencia de una interpretación extensiva y flexible de la norma constitucional. Lo propio de las fórmulas constitucionales es su elasticidad ya que sólo pueden abarcar su objeto integrador de forma esquemática. Tienen, a veces, una dimensión sugeridora que deja camino libre a la dinámica integradora. De aquí se deduce el rechazo a toda pretensión normológica de la Constitución[1298].

De estas consideraciones se desprenden conclusiones fácilmente aplicables al Estatuto como norma y como fundación, o acto y decisión constituyente-estatuyente, y a su interpretación flexible, abierta y no exclusivamente normológica al servicio del proceso de integración institucional interna y externa.

3.3. Interpretación de la Constitución en su conjunto

Constituye un error considerar que un precepto legal tiene el mismo sentido, interpretación y aplicación práctica, independientemente de la pertenencia al Derecho Público o al Privado, al Político que al Administrativo. El Derecho Constitucional es

[1297] SMEND, R.: *ob. cit.*, pág. 133.

[1298] SMEND, R.: *ob. cit.*, págs. 132 a 135.

esencialmente integrador en tanto que el Administrativo es eminentemente técnico.

En toda Constitución junto a elementos formales hay elementos materiales: valores, derechos, formas de Estado y principios. Por tanto la interpretación de la Constitución en su conjunto requiere considerar los aspectos esenciales y los formales. Las normas y los preceptos no pueden interpretarse de forma aislada y puntual sino dentro del contexto significativo e integrador de la Constitución material y esencial.

Desde estas referencias podemos deducir algunas conclusiones. La primera de ellas, destacar que la calificación del Estatuto como norma política o administrativa no es indiferente. En un caso prevalecerán criterios de eficacia integradora, en el segundo exclusivamente técnicos. La "administrativización" del Estatuto y de la Constitución, que, como más adelante trataremos, se inicia a partir de 1981-82, a parte de reiterar un error histórico evitable según la Disposición Derogatoria 2ª de la Constitución, no sólo se ha traducido en un déficit en el principio de autonomía, sino de la integración estatal.

La segunda conclusión es también obvia y refuerza los planteamientos expuestos en torno al principio de unidad constitucional. Si la interpretación de los preceptos formales de la Constitución debe hacerse desde la Constitución material o sustancial, la de la autonomía y derechos históricos tiene el mismo límite. La interpretación del Estatuto conforme a la Constitución, debe entenderse, al menos en lo referente a autonomía y derechos históricos como elementos básicos del proceso de integración, no como referida a todos y cada uno de los preceptos constitucionales sino conforme a la Constitución material o sustancial.

3.4. Eficacia integradora de las Constituciones modernas

La integración estatal puede lograrse mediante elementos y contenidos materiales e ideales. En su día, el Derecho Natural actuó como soporte legitimador del Derecho Positivo, hoy, cumplen esta función los Derechos humanos y fundamentales, que son a la vez, factores de integración material y de legitimación ideal. Factores de integración material son igualmente los preámbulos constitucionales, el Territorio, los símbolos o la forma de Estado. Son además factores esenciales ya que en ellos queda configurada la esencia y realidad del Estado. Normalmente la determinación de estos factores materiales y esenciales se efectúa por vía de principios, elementos o símbolos, pero otras veces se hace *"stricti juris"*, mediante normas concretas. Así, por ejemplo, la determinación de las competencias del Estado Federal exteriorizan y fijan su esencia y poseen eficacia unitaria e integradora, aunque, a veces, por "causa de una hipertensión provocan todo lo contrario"[1299].

Cabe destacar, en estas afirmaciones de SMEND, la función atractiva, directora y orientadora que los principios, enunciaciones y derechos recogidos en los preámbulos constitucionales y, *"mutatis mutandis"*, estatutarios, ejercen sobre el resto del ordenamiento constitucional y estatutario. Resulta, por otra parte, significativa la cita a las competencias materiales del Estado federal como factor material de unión e integración, así como el riesgo de desintegración estatal a que conduce su exageración o *"hipertensión"*.

GARCÍA DE ENTERRÍA[1300] ha calificado a las competencias exclusivas del Estado como imprescindibles y necesarias para el mantenimiento del principio de unidad

[1299] SMEND, R.: *ob. cit.*, págs. 165 a 169.

[1300] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Estudios sobre Autonomías Territoriales... ob. cit.*, págs. 119 y ss.

dentro del Estado Atonómico. Sin embargo debe tenerse en cuenta el riesgo que apunta SMEND. La exageración o hipertensión del carácter unitario, vía interpretación extensiva de las competencias estatales, puede producir un efecto contrario a la integración.

IV. VALORACIÓN GLOBAL DE LAS CONCEPCIONES JURÍDICAS EXPUESTAS EN FUNCIÓN DE SU APLICABILIDAD AL ESTATUTO VASCO

Una vez efectuado el repaso general de las principales concepciones que integran el Panorama del Pensamiento jurídico, procede realizar una valoración global al objeto de seleccionar la(s) que permitan una explicación más natural y completa del fenómeno jurídico complejo del Estatuto.

De acuerdo con los presupuestos metodológicos enunciados al comienzo de esta segunda parte de la tesis, el INSTITUCIONISMO combinado de HAURIOU y ROMANO con las correcciones normativo-institucionales que luego comentaremos, se presenta *"prima facie"*, como el sistema que de forma más completa y natural, en conocida expresión de JELLINEK, permite una más correcta explicación del significado jurídico integral del Estatuto Vasco.

Este posicionamiento, que será desarrollado y fundamentado en la Tercera Parte de la Tesis, afecta esencialmente a la concepción teórica del Estatuto y será tratado bajo el rótulo de "Concepción institucional del Estatuto", completándose con aportaciones puntuales de SCHMITT, HELLER y SMEND. En un segundo capítulo, denominado "Interpretación normativo-institucional del Estatuto", se intentará proponer una interpretación/aplicación del Estatuto en la que se equilibren los aspectos normativos o técnico-jurídicos con los institucionales.

La opción institucional no es, por tanto, exclusivista, ni pretende minusvalorar o relativizar las notables aportaciones de la Dogmática Jurídica o el gigantesco esfuerzo conceptual y científico de KELSEN. Como ya hemos expuesto, aquellas especialidades jurídicas que, como el Derecho Civil, se centran principalmente en las normas jurídicas positivas, se prestan mejor a análisis o enfoques normativistas. En cambio, y éste es nuestro caso, aquellas otras especialidades de Derecho Público en las que, además de

normas positivas, entran en juego factores valorativos, principios, modelos de organización e institucionalización socio-política, exigencias de eficacia y aceptación social para la instauración de una convivencia históricamente conflictiva de acuerdo con determinados fines y valores, las concepciones estrictamente normativistas y formalistas del Derecho resultan insuficientes.

En nuestros comentarios sobre *"Normativismo y Estatuto Vasco"*[1301] nos hemos limitado a exponer las insuficiencias de esta concepción jurídica para explicar suficiente e integralmente la diversidad de factores jurídicos que presenta el Estatuto, sin perjuicio de su utilidad o suficiencia para la explicación de otras especialidades jurídicas. En definitiva nuestra opción institucionista está hecha en función de la realidad estatutaria concreta, por razón del objeto, no como profesión general de institucionismo respecto al Derecho en su conjunto.

En gráfica y feliz expresión de CARNELUTTI: *"Entre la concepción normativa e institucional del Derecho hay la misma diferencia que entre la representación de la Tierra en superficie o en volumen"*[1302]. Ambas visiones son válidas y complementarias para el Derecho en su conjunto, sin perjuicio de que, según la circunstancia y la materia objeto de estudio, unas veces se acentúa una más que otra. CARNELUTTI, no obstante en su *"Teoría General del Derecho"*, se inclina, al menos nominalmente, por la concepción institucional del Derecho en la línea ordinamental de S. ROMANO[1303]

Respecto a las aportaciones de SCHMITT, HELLER y SMEND, poseen gran valor y refuerzan, como ya hemos ido anotando puntualmente, determinadas considera-

[1301] Vid págs. 424 y ss de la tesis.

[1302] CARNELUTTI, F.: citado por RECASENS SICHES, S.: *Panorama del pensamiento... ob. cit.*, Vol. I, pág. 295.

[1303] CARNELUTTI, F.: *Teoría General del Derecho*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1941. En la página 77, manifiesta: *"El derecho es, pues, la misma cosa, trátese de un orden, o de una institución"*

ciones que hemos expuesto sobre el Estatuto. No obstante ninguna de ellas, salvo la de HELLER, ofrece una visión integral del fenómeno jurídico en su integridad. SCHMITT destaca los elementos decisorios y, si se quiere, prenormativos, SMEND, los finalistas e integradores y HELLER pone en relación dialéctica a todos ellos –normalidad-normatividad-normalización– a nivel de principio o de enunciación, sin poder aportar un desarrollo posterior, desgraciadamente impedido por su fallecimiento. A falta de una concepción integral deben, no obstante, destacarse sus principales aportaciones.

SCHMITT aporta elementos importantes para fundamentar la configuración del Estatuto como decisión institucional y del Poder estatuyente-constituyente. Su concepción de los derechos de libertad, como *"aprioris"* materiales de la Constitución, facilita la consideración de los derechos históricos y del derecho a la autonomía como *"aprioris"* constitucionales. La teoría de la *"garantía constitucional"*, conectada con la de los *"órdenes concretos"* y las formas del pensamiento científico –normativismo, decisionismo e institucionismo–, nos permite considerar la existencia de factores primarios condicionantes de las normas, enlazar el ser con el deber ser, comprender la institución como un condicionante-englobante normativo y valorar el institucionismo como una teoría moderna y vigente. No obstante, el descuido o desprecio por los análisis normativos, el olvido de los aspectos concernientes a la eficacia social y al finalismo del Derecho, y el relativismo decisionista en cuanto hace abstracción de elementos valorativos y legitimadores inspiradores del ordenamiento, nos inducen a excluir a su sistema *"asistemático"* como explicación global y suficiente del Estatuto.

HELLER, como ya hemos adelantado, es, de los tres, el que más se aproxima al objetivo de una explicación integral del Estatuto. Además de sus acertadas reflexiones sobre el objeto y método científicos y de la función que cumple el Derecho en el contexto y al servicio de la realidad social, la formulación de las relaciones entre normalidad-normatividad y normalización, satisface y cubre prácticamente todos los flancos de una concepción jurídica integral. La normalidad, como previsibilidad o

probabilidad de cumplimiento de las normas, nos remite a la realidad social y a la observación histórica destacando la importancia de la eficacia social efectiva y las relaciones ser-deber ser. La normatividad, como normalidad reglada y valorada, estrecha los vínculos y la interdependencia con la realidad social básica. La concepción dialéctica de la norma, como parte de la realidad psico-física, y por tanto integrada por elementos materiales y formales, permite recuperar la riqueza originaria y superar el formalismo. La normalización como objetivo final, permite destacar los elementos finalistas y la eficacia social de las normas.

Pero sobre todo la relación dialéctica interna entre normalidad-norma y normalización, con sus influencias y dependencias mutuas, es una aportación decisiva para la concepción de la norma estatutaria como un momento dialéctico, distinto y a la vez integrante, del proceso institucional previo y de la institucionalización por la praxis. De igual forma la consideración de la Constitución política y jurídica, como momentos dialécticos de una única realidad constitucional evita la emancipación normativa exagerada y estrecha los lazos de dependencia entre Derecho y Sociedad.

Finalmente, la obra de SMEND, y su teoría de la integración, constituye una aportación importantísima para la fundamentación y valoración de la finalidad integradora del Estatuto como "*vis atractiva y directiva*" del ordenamiento estatutario y constitucional, facilitando la interpretación integradora de la Disposición Derogatoria 2ª de la CE. Igualmente representa un apoyo para la configuración del Estatuto como norma política y no simplemente administrativa, para suscribir una interpretación flexible y elástica, así como orientada desde los valores y principios sustanciales que operan como factores de cohesión social.

TÍTULO III: CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN NORMATIVO-INSTITUCIONAL DEL ESTATUTO: TEORÍA Y PRAXIS

INTRODUCCIÓN

La Ciencia jurídica, al igual que todas las Ciencias, representa un esfuerzo teórico de comprensión orientado a la aplicación práctica de sus resultados. Su ámbito comprende tres planos diferenciados: la descripción, la explicación y sistematización, y la aplicación operativa[104].

Los dos primeros persiguen la comprensión de las normas y representan una labor eminentemente teórica que permite la elaboración de conceptos, teorías, sistemas y el encuadramiento de determinadas normas o conjuntos normativos en el marco de concepciones jurídicas. Ahora bien, pretender obtener de este proceso conclusiones directamente aplicables a la realidad práctica del Derecho por un sistema mecánico-deductivo al estilo del conceptualismo y del normativismo, significa confundir los planos y los elementos integrantes de la función teórico-práctica del Derecho.

En el plano de la comprensión, sistematización y conceptualización se opera solamente sobre normas. En cambio, en el de la aplicación del Derecho se actúa, además, sobre la realidad social, y este nuevo elemento obliga a modulaciones interpretativas impuestas por la propia realidad. Por otra parte, el ordenamiento jurídico, para evitar que la objetividad del Derecho y la seguridad jurídica se diluyan en apreciaciones subjetivas del intérprete, establece un conjunto de reglas y de criterios interpretativos que equilibran la libertad de apreciación con criterios técnico-jurídicos precisos y rigurosos. En otras palabras, en tanto que la comprensión teórica no esté sometida a otras reglas que las estrictamente científicas, la aplicación práctica está, además, condicionada de las exigencias de la realidad social y por criterios técnico-jurídicos de carácter positivo.

[104] DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía... ob. cit.*, págs. 59 y ss.

Aplicando estas reflexiones a nuestro caso, puede decirse que del análisis teórico de la norma estatutaria en toda su dimensión, cabe concluir que una de las concepciones jurídicas que mejor explica esta realidad es la concepción institucional del Estatuto. Ahora bien, si desde esta conclusión teórica pretendiésemos efectuar, sin más, derivaciones mecánicas a la praxis estatutaria, incurriríamos en errores ya denunciados, olvidando que el Estatuto es, también, una norma y, como tal, sometida a los criterios técnicos de interpretación, haciendo bascular peligrosamente el desarrollo normativo hacia factores subjetivos de difícil o imposible control.

Estas consideraciones no implican que las construcciones teóricas carezcan de dimensión práctica, ni que el recurso a la finalidad y al espíritu de las normas, o que la idea, proyecto o valores que encarnan, deben ser sacrificadas en aras de la objetividad y seguridad jurídicas. A este respecto, creo que debe diferenciarse el momento inicial del asentamiento institucional, y el de la vida jurídica cotidiana de las instituciones.

En el primer momento, al igual que en el asentamiento de los edificios, resulta decisivo y fundamental atenerse estrictamente a los planos del proyecto y recurrir a los fines, objetivos y valores institucionales inspiradores de la norma. En la fase inicial de asentamiento institucional resulta imprescindible atender a los requerimientos sociales emanados del Estado-Comunidad y expresados en las normas. Para este momento resulta útil contar con las conclusiones de las diversas concepciones jurídicas, y, en nuestro caso, con las derivadas fundamentalmente de la Teoría Institucional.

Una vez asentado el edificio y consolidada la organización política, la vida cotidiana de las instituciones debe transcurrir y desarrollarse por cauces jurídicos presididos por criterios técnico-jurídicos objetivos, sin necesidad de recurrir sistemáticamente a los fines y valores de la Institución, salvo en los casos en que aquellos criterios resulten insuficientes o inadecuados. Esto puede ocurrir especialmente en aquellas normas que se sustentan en valores, principios programáticos, que poseen carácter fundamental, abierto, elástico y que persiguen una finalidad integradora abundando en

conceptos jurídicos indeterminados y ambigüedades necesarias para el consenso político, o imprecisiones técnicas calculadas. Pero incluso en estos casos, debe administrarse con prudencia el recurso a técnicas finalistas y subjetivas, ya que bajo apariencia de imperativos de flexibilidad jurídica, puede diluirse la necesaria objetividad del Derecho.

De acuerdo con estas ideas distinguiremos la teoría y la praxis estatutaria y el modelo y el desarrollo estatutario, diferenciando la concepción institucional del Estatuto y su interpretación normativo-institucional.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DE LA FORALIDAD DESDE EL INSTITUCIONISMO DE HAURIOU Y DE S. ROMANO

INTRODUCCIÓN

Bajo el rótulo de "Teoría preposicional" hemos analizado el significado jurídico integral del Estatuto. Este análisis comprendía, en primer término, el estudio de la Foralidad y del proceso institucional histórico que culminaba en el reconocimiento constitucional del Régimen Foral y de los derechos históricos y con la actualización estatutaria. Estas realidades que en origen fueron históricas, en razón de la positivización constitucional y estatutaria, han pasado a formar parte del vigente ordenamiento jurídico en su doble condición de instituciones y de normas. Recordemos que para S. ROMANO el Ordenamiento jurídico se compone de normas e instituciones.

Por tanto, y en la medida en que la Constitución ampara y respeta un régimen o sistema institucional histórico que pasa a integrar parte del Ordenamiento jurídico vigente, corresponde efectuar un análisis institucional de la Foralidad histórica con carácter previo al estudio de la concepción institucional del Estatuto y de la Foralidad por él actualizada.

I. LA FORALIDAD HISTÓRICA A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN DE M. HAURIOU

Como ya hemos expuesto anteriormente, HAURIOU desarrolla su pensamiento a partir del análisis de las instituciones sociales para pasar seguidamente a la teoría jurídica de la Institución, describiendo su anatomía, su fundación y su fisiología jurídicas. Este mismo esquema puede aplicarse a la Foralidad.

1. La Foralidad como Institución social

Buena parte de las notas establecidas por HAURIOU respecto a la naturaleza y esencia de las instituciones sociales, resultan aplicables a la Foralidad histórica. Así:

- La consideración de las instituciones como expresión o materialización de ideas culturales a través de una determinada organización social, se corresponde con las notas que hemos atribuido al Régimen Foral al definirlo como un sistema *"autónomo, propio y originario"* y como expresión de concepciones culturales peculiares. G. MONREAL refiriéndose a las Instituciones vascas las denomina, en terminología francesa, *"faits de civilization"*[1305].

- La evolución y origen de las Instituciones sociales que, según HAURIOU, transcurre desde la era de la libertad a la de las instituciones, y dentro de éstas, de la costumbre a la ley escrita, guarda asimismo semejanzas objetivas con la evolución del Régimen Foral. Toda institución social, por principio, implica un límite a la libertad de comportamientos individuales y espontáneos. Respecto al origen consuetudinario de la Foralidad, me remito a lo ya expuesto. Previsiblemente comenzó, en el ámbito privado, por la organización jurídica de la familia y de la propiedad, para pasar al campo público desde la organización municipal

[1305] MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones vascas... ob. cit.*, pág. 351.

a la más amplia de Merindades y Juntas Generales. Este proceso de conformación institucional consuetudinaria culminará con la redacción escrita de los cuerpos forales a partir de 1452.

- La idea, tantas veces expresada por HAURIOU, de que las instituciones jurídicas son producto de un proceso de maduración de otras sociales previas, se ajusta al sistema institucional de la Foralidad. El Régimen Foral de fundación jurídica consuetudinaria se basa en usos sociales previos, que antes de poseer un carácter jurídico obligatorio pasan por una fase de aceptación y de maduración social. Toda institución social consiste en una organización en torno a una Idea socialmente aceptada, que en un momento determinado, mediante la operación de *"fundación jurídica"*, se convierte en institución jurídica. El uso social es la base material de la costumbre como norma jurídica.

2. La Foralidad como institución jurídica

Como es conocido, una de las principales diferencias entre HAURIOU y ROMANO, radica en que el primero distingue instituciones sociales y jurídicas, en cambio, para el segundo, toda institución u organización es jurídica desde el comienzo. No es momento de analizar a fondo estas diferencias, ni de indagar hasta qué punto son más aparentes que reales. Sin embargo, desde un análisis externo, la posición de HAURIOU resulta más ajustada a los sistemas de origen consuetudinario, ya que de otra forma resultaría imposible establecer diferencias entre los meros usos sociales y la costumbre como norma jurídica, diferencia tradicional que, por cierto, resulta cada vez más borrosa en la actual formulación del Código Civil[1306].

[1306] El artículo 1º del Código Civil establece que los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

2.1. La Fundación consuetudinaria y refundación legal

Siguiendo a HAURIOU, para quién el nacimiento de las instituciones jurídicas se produce por una operación de fundación jurídica formal o consuetudinaria, puede decirse que la Foralidad como régimen jurídico procede de una operación fundacional consuetudinaria cuyo momento es imposible fijar y precisar en el tiempo.

Toda operación de fundación consiste en una declaración de voluntad constitutiva, fácilmente apreciable en las operaciones de fundación formal o legal pero igualmente existente en las de fundación consuetudinaria, que se expresa a través del asentimiento social y de la conformidad de las conductas individuales a la idea o proyecto expresado en la organización[1307].

En el ámbito foral, la transformación del régimen consuetudinario en ley escrita se produce a través de la redacción de los Fueros, que en Vizcaya tiene lugar en 1452 y en 1526. Así como el primero de ellos no aporta modificaciones sustanciales respecto al régimen consuetudinario, el segundo, en cambio, representa a la vez que una ratificación institucional sustancial, una importante acomodación de las instituciones forales al momento social y político del siglo XVI. Por este motivo el Fuero de 1526 puede calificarse como una refundación legal.

2.2. Anatomía institucional de la Foralidad

Para HAURIOU los elementos de toda institución corporativa son tres: 1º la idea de obra a realizar en un grupo social; 2º el poder organizado al servicio de la realización de la idea; 3º las manifestaciones de comunión del grupo social en torno a la idea

[1307] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 287. Sobre la fundación consuetudinaria, vid. HAURIOU, M.: *Principios... ob. cit.*, págs. 282 y ss.

y a su realización[1308].

Al analizar la evolución del Régimen Foral hemos establecido que su época de madurez se alcanza en el siglo XVII. En este momento se perfecciona el sistema institucional y la integración territorial, se logra la institucionalización interna y la adecuación política externa con la Corona, y surge la Teoría foral que aporta fundamentación jurídica al sistema. Procede, por tanto, centrar en este momento el análisis de los elementos institucionales de la Foralidad.

2.2.1. La *"idea"* de la Foralidad

Sin entrar en el detalle del proceso de maduración social de la Idea, que transcurre de lo objetivo a lo subjetivo para finalmente objetivarse o *"incorporarse"* como sujeto de la personalidad moral de la institución, sirva, de momento, con recordar que toda institución u organización es la materialización de una idea.

Según esto, ¿cuál es la Idea de la Foralidad? ¿Existió una objetivación, una incorporación o una personificación de la Foralidad distinta de las Instituciones forales concretas? En terminología de HAURIOU, ¿puede decirse que la Foralidad constituyó una institución-persona, distinta de las Instituciones-órgano o cosa?

Hasta el siglo XVII, más que de Régimen Foral procede hablar de Instituciones forales de formación lenta y progresiva, expresión, cada una de ellas, de ideas o convicciones culturales. Pero a partir de este siglo de madurez foral y con la colaboración erudita de los autores que elaboran la Teoría foral, va a ir destacándose la Foralidad como una realidad objetiva independiente de los elementos que la integran. La Foralidad se va perfilando como un sistema, un régimen o una idea de autogobierno con conteni-

[1308] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 267.

dos y organización variable, y como un *"corpus"* o unidad con entidad propia cuyas señas externas se traducen en lo que ya hemos definido como *"ser"* y *"haber"*. Este proceso de individualización queda definitivamente cerrado cuando las necesidades de defensa e independencia jurídica frente al Ordenamiento de la Corona de Castilla, generadoras de la institución del pase foral, se complementan con la Teoría del pacto, y ultiman el perfil foral sustantivo añadiendo al *"ser"* y *"haber"*, el *"estar"* como forma de relacionarse con la Corona y posteriormente con el Estado.

Esta *"idea"* de la Foralidad, como sinónimo de autogobierno integrado por el *"ser, haber y estar"*, con independencia de los contenidos materiales concretos, va a quedar progresivamente afianzada a medida que los ataques a la Foralidad en los siglos sucesivos hagan desaparecer las instituciones forales concretas. Hasta el punto de que al desaparecer definitivamente las instituciones forales en 1876, lo único que persistirá será la *"Idea"* foral.

2.2.2. El poder foral organizado

El segundo elemento esencial de toda institución es el poder organizado al servicio y para la realización de la Idea de autogobierno. Normas y órganos, contenidos e instituciones-órgano, sirven al proyecto y representan el elemento objetivo de la institución. Sobre este conjunto de elementos y medios constitutivos de lo que hemos denominado el *"haber"* foral no resulta necesario incidir. En terminología actual, estaría formado por lo que denominamos en lenguaje estatutario competencias y poderes, o ámbitos de actuación de las instituciones-órgano.

2.2.3. La aceptación y arraigo social de la Foralidad

El tercer elemento característico de la Institución es la manifestación de comunión en la idea entre los miembros del grupo social y los órganos. Esta comunión, que nosotros hemos calificado como arraigo social, no es sólo un elemento necesario para

el nacimiento jurídico de la institución, sino condición imprescindible para su continuidad, permanencia y duración en el tiempo[1309].

En los epígrafes correspondientes a *"la integración social del Sistema foral"*, a *"la adecuación institucional interna"* y al *"sentimiento foral"*[1310], ya hemos analizado este fenómeno con los matices correspondientes a su diversa intensidad en Tierra Llana y Villas, por lo que no procede reiterar ahora su explicación.

2.3. La Fisiología institucional de la Foralidad

HAURIOU, después de ocuparse de la anatomía, trata de la fisiología de las instituciones, esto es, de su nacimiento, vida y muerte. Del nacimiento ya hemos tratado, veamos ahora la vida y la extinción de la Foralidad.

2.3.1. Duración, continuidad y crisis de la Foralidad

Toda institución se caracteriza por la vocación de permanencia y continuidad, aunque, como todas las existencias, son perecederas. Una de las primeras definiciones de la institución que propone HAURIOU es *"todo elemento social cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados"* . Posteriormente, al referirse a la institución jurídica, destaca la idea de permanencia: *"idea que se realiza y permanece en un medio social..."*[1311].

Entre los factores que contribuyen a garantizar la continuidad institucional se encuentra la norma o la regla de derecho. El Derecho, en cuanto factor de reacción

---

[1309] HAURIOU, M.: *La teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 294.

[1310] Vid. págs. 82 y ss.

[1311] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, págs. 266 y 293. Y *Principios... ob. cit.*, pág. 83.

frente a la acción de los elementos subjetivos, garantiza la estabilidad institucional ante a los cambios. El Derecho es duración. Pero, si a la norma, en cuanto institución-cosa, le falta el espíritu o la idea animadora y el apoyo o comunión social, resulta incapaz por sí sola de garantizar la duración y la continuidad. De ahí que HAURIOU concluya afirmando que la *"duración y la continuidad se deben al conjunto de los tres elementos que intervienen en la operación de fundación: la idea directriz, el poder y las manifestaciones de comunión consensual"*[1312].

Paralelamente, la extinción de las instituciones se debe a la desaparición de todos o de alguno de los elementos que garantizan su existencia: mala organización, deterioro de la idea o desafección u hostilidad del medio social. Estas son las causas internas que pueden, a veces, venir acompañadas de accidentes exteriores provocados por un poder externo[1313].

Aplicando estas ideas a la Foralidad, puede decirse que su duración y vigencia, especialmente en el siglo XVII, se deben a la confluencia de los factores indicados por HAURIOU:

- Los Fueros, como Derecho escrito, constituyeron un factor objetivo de consolidación foral.

- La actualidad y la realización práctica de la *"idea"* institucional, a través de la actuación eficaz y respetada de los Órganos Forales en su gestión ordinaria y extraordinaria, esto es, administrativa y de defensa foral frente a los contrafueros, supuso igualmente un elemento decisivo para la consolidación institucional.

- El apoyo o comunión social renovada a la idea foral y a la actuación de sus

[1312] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 294.

[1313] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 293.

órganos de poder, expresada a través del *"arraigo y sentimiento foral"* ya explicado, constituyó otro de los elementos decisivos para garantizar la adecuación institucional interna.

- Finalmente, el respeto sustancial, no exento de contrafueros puntuales de las Instituciones de la Corona hacia el Régimen foral, calificado como adecuación institucional externa, permitió la convivencia de ambos Ordenamientos y el desarrollo y afianzamiento de la Foralidad.

De la misma forma, si analizamos los factores que precipitaron la crisis foral, amenazando su existencia en el siglo XIX, podemos concluir que en mayor o menor medida se produjo la confluencia de los elementos señalados por HAURIOU:

- En primer lugar debe señalarse el *"deterioro de la idea foral"*, provocado por el cambio en las circunstancias ideológicas, filosóficas, políticas y económicas en el contexto europeo y español. Esta modificación general de las condiciones en que se había desarrollado el sistema foral durante los siglos anteriores, exigían una actualización o acomodación de la Idea y del Proyecto a las nuevas circunstancias para poder subsistir.

- La imposibilidad de mantenimiento y de realización de la idea foral por parte de los Órganos representativos del Poder Foral, aunque no fue imputable a ellos, en la práctica se manifestó como una ineficacia sobrevenida y generó, especialmente en las clases urbanas, una crisis de representatividad institucional.

- El apoyo social al sistema institucional, aunque se vio incrementado en los sectores tradicionales de la Tierra Llana, se cuarteó notablemente hasta convertirse en *"desafección a la idea foral"* en las villas y zonas urbanas, llegando al extremo de solicitarse expresamente la supresión del Régimen Foral por la Junta

de Comercio de San Sebastián, en 1830.

- Por último, los poderes exteriores, en su versión de centralismo borbónico y de constitucionalismo liberal, agudizaron decisivamente la crisis y aceleraron el acoso y derribo de la Foralidad.

2.3.2. Acomodación y abolición foral

La crisis de los elementos institucionales (idea directiva, organización foral y comunión social), apuntaba hacia la desaparición y muerte de la Foralidad, en cambio el sistema se prolongó en una existencia vacilante e incierta a través de la Ley de 25 de octubre de 1839 hasta el 21 de julio de 1876.

El análisis institucional del período 1839-1876 presenta las siguientes notas:

- La Ley de 1839 representó un intento de acomodación o de actualización legal del Régimen Foral a las exigencias políticas del momento, y supuso la alteración del proyecto o idea foral, en cuanto a la forma de *"estar"* o de relacionarse con el Estado, al pretender compaginar autogobierno foral e integración estatal por medio del principio de unidad.

- La síntesis de unidad y foralidad mediante la ambigüedad del *"sin perjuicio"*, se tradujo en un proyecto foral difuso y poco preciso, en un modelo de convivencia indefinido, pendiente más de las voluntades políticas y de la praxis institucional que del mandato legal.

- Desde la perspectiva institucional, la Ley de 1839, como toda regla de derecho, representa una declaración subjetiva de voluntad que para convertirse en institución requiere la aceptación social.

El fracaso institucional que culmina con la abolición foral a través de la Ley de 21 de julio de 1876, fue debido a:

- la indefinición de la idea foral en un proyecto de convivencia estatal difuso y ambiguo.

- A una praxis centralista y unitarista, que destruyó el equilibrio teórico del modelo legal de unidad y fueros.

- A la falta de arraigo y apoyo social de la norma, que no logró alcanzar el grado de institucionalización necesario para garantizar su duración y permanencia.

- En definitiva, a un conjunto de causas internas (deterioro y desafección de la idea y falta de aceptación social) y externas (decisión abolitaria de un poder exterior).

El hecho de que la abolición foral se produjese de forma unilateral y adoptase apariencia de castigo y de sanción como consecuencia del final de la guerra iniciada en 1872, induce a interpretar que la desaparición de las instituciones forales se debió, en terminología de HAURIOU, a la acción de un poder externo a las propias instituciones[1314]. No obstante, no debe olvidarse que el proyecto foral representado por la Ley de 1839, en la praxis, no pasó de ser un modelo teórico, una regla de derecho, que, por su propia ambigüedad, no se convirtió en institución.

[1314] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución, ... ob. cit.*, pág. 294.

II. LA FORALIDAD DESDE LA CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DE S. ROMANO

Si la concepción de HAURIOU tiene la virtud de explicar los aspectos dinámicos del régimen institucional de la Foralidad, la tesis de ROMANO nos permite complementar esta visión con la consideración de la Foralidad como ordenamiento.

J. PORRES[1315] afirma que la concepción de los derechos históricos como *"ordenamiento"*, que encuentra su apoyo en la expresión constitucional *"régimen foral"*, se ha abierto paso a partir de las investigaciones publicadas desde 1986. Cita, en esta línea, a J.A. ASIAIN, quien basándose en S. ROMANO, señala que en el caso de Navarra, la Disposición Adicional respeta el régimen foral de Navarra concebido desde una perspectiva ordinamental, es decir no como mero agregado de normas, sino como expresión jurídica de un ámbito de autonomía. En el mismo sentido ordinamental o institucional sitúa las tesis de AZAOLA, T.R. FERNÁNDEZ, LUCAS VERDÚ y HERRERO DE MIÑÓN.

1. La Foralidad o el Régimen foral como ordenamiento

Definir la Foralidad como un agregado de normas resulta tan insuficiente como definir el Derecho como conjunto normativo. El Régimen Foral, lo acabamos de comprobar, no fue una suma de normas, sino algo en parte formado por normas y en parte distinto de ellas. El hombre y la máquina no se definen por sus elementos, el todo no se explica como una mera suma de partes[1316].

La Foralidad fue ante todo una organización, un ordenamiento, un nervio, esencia o esqueleto, cuya identidad (ser, haber y estar) permanece, aunque evolucionen y cambien sus elementos materiales y sus contenidos concretos (normas, derechos, o

[1315] PORRES, J.: *Política y Derecho. Los Derechos históricos vascos*. IVAP, Oñati, 1992, pág. 111.

[1316] ROMANO, S.: *El ordenamiento jurídico... ob. cit.*, pág. 96.

instituciones positivas, etc.). La Foralidad es un ordenamiento, un sistema organizado o una organización básica, en torno a una idea o sistema cuyos elementos esenciales y permanentes permiten proyectar una identidad destacada y distinta de sus elementos coyunturales y variables.

En este sentido esencial, la Foralidad no es simple dispersión normativa, sino Régimen Foral que es tanto como decir ordenamiento, organización y estructura.

2. El Régimen foral como Ordenamiento jurídico

En un sentido más radical que HAURIOU, que distingue instituciones sociales y jurídicas, para ROMANO, desde que hay ordenación y organización, hay Derecho aunque no existan normas: *"ubi societas ibi jus"*[137]. Toda organización social permanente es jurídica.

La Foralidad, desde esta perspectiva, fue un Ordenamiento jurídico previo a la fundación normativa, consuetudinaria y legal.

3. La Foralidad como Institución

Si, para ROMANO, toda organización social estable es ya jurídica y el concepto que explica este realidad es el de institución - Ordenamiento = Derecho = Institución , la Foralidad, en cuanto Ordenamiento Jurídico, es, a la vez, una Institución. Es decir:

- Un ente o cuerpo social con individualidad propia y objetividad perceptible, no meramente conceptual. Además de un sistema normativo, es una organización compleja de mecanismos o engranajes, de poderes, de autonomía y de relaciones

[137] ROMANO, S.: *ob. cit.*, pág. 96.

de autoridad y de fuerza que modifican, producen y aplican normas jurídicas, sin identificarse con ellas. *"Una entidad que se mueve según las normas, pero que sobre todo dirige a las normas como si fuesen piezas de un tablero de ajedrez"*[1318].

- Una unidad delimitada y permanente, que no pierde su identidad aunque cambien sus elementos concretos, sus medios ni sus normas. Puede renovarse, continuando siendo la misma y manteniendo siempre su propia identidad[1319]. Es decir, un *"ser"*, un *"haber"* y un *"estar"*, como hemos establecido reiteradamente a lo largo de estas páginas.

4. Relaciones entre el Ordenamiento foral y el de la Corona de Castilla

Partiendo con ROMANO de la pluralidad de instituciones, llegamos a la pluralidad de ordenamientos jurídicos y, de aquí, al problema de las relaciones entre éstos[1320]. Según este autor, para que se pueda hablar de relaciones entre Ordenamientos debe darse *"relevancia"* entre ellos o de uno respecto al otro, ya que donde hay *"irrelevancia"* no hay relación de ordenamientos. Se da *"relevancia"*, cuando la existencia, el contenido o la eficacia de un ordenamiento depende de otro en virtud de un *"título jurídico"*. Y hay título jurídico, cuando entre varios ordenamientos hay relación de subordinación o de superioridad: cuando un ordenamiento es presupuesto de otro; cuando varios ordenamientos dependen de un tercero; cuando un ordenamiento voluntariamente la subordina a otro o cuando un ordenamiento se trasvasa a otro[1321].

[1318] ROMANO, S.: *ob. cit.*, pág. 100.

[1319] ROMANO, S.: *ob. cit.*, pág. 127.

[1320] ROMANO, S.: *ob. cit.*, pág. 205.

[1321] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 248 a 253.

Analizada globalmente la Foralidad hasta 1839, puede decirse que el Régimen Foral *"co-existió"*, con el Ordenamiento de Castilla y posteriormente con el estatal a partir del siglo XVIII en situación de *"irrelevancia"*. Es decir, sin que la existencia, contenido ni eficacia del ordenamiento foral dependiese en virtud de título jurídico alguno del ordenamiento castellano/estatal.

En efecto, como ya expusimos en su momento, el origen consuetudinario del ordenamiento foral garantiza su existencia y contenido autónomos e independientes. En cuanto a la eficacia, debe recordarse que el trámite de confirmación de Fueros por el Señor o Rey más que un límite a la eficacia de las normas, constituyó un límite al Poder Real[1322]. En el mismo sentido CELAYA explica la actividad colegislativa de las Juntas con el Señor y del Señor con las Juntas regida por el principio de competencia, en términos muy semejantes a la estructura que en el sistema autonómico actual fija las relaciones entre el ordenamiento autonómico y el estatal[1323].

La *"irrelevancia"* entre el Ordenamiento foral y el regnícola, se justifica en la inexistencia de título jurídico de relevancia. Entre ambos ordenamientos no existió relación de subordinación o de superioridad, ni uno fue presupuesto de otro, ni dependientes de un tercero, ni existió sumisión voluntaria o trasvase entre ambos.

En efecto, antes de la anexión personal a Castilla, nos encontramos con un ordenamiento originario, independiente, autónomo, no derivado y perfecto, en el sentido que otorga a esta expresión ROMANO[1324]. Este autor califica como instituciones originarias y perfectas aquéllas en las que se concreta un ordenamiento que es, en cuanto a su origen, independiente, al no haber sido establecido ni derivarse de otras institucio-

[1322] Vid. MAÑARIKUA: *Alava, Guipuzkoa y Vizcaya... ob. cit.*, págs. 37 y 38.

[1323] Vid. CELAYA IBARRA, A.: *La decadencia... ob. cit.*, págs. 40 y 41.

[1324] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 244 a 247.

nes.

A partir de la anexión a la Corona, la única conexión se establece en torno a la Institución señorial con independencia de los Ordenamientos, cuya relación "irrelevante" se garantiza mediante los institutos del pacto personal, el juramento de Fueros y del pase foral como garantía de contrafuero o de no invasión ordinamental de competencias legislativas.

En el ámbito del Derecho privado puede, no obstante, apreciarse el influjo de instituciones castellanas y de las Leyes de Toro en la Reforma foral de 1507. Pero este influjo más que a título jurídico de trasvase o de subordinación voluntaria, obedece a ósmosis natural entre ordenamientos coexistentes en el Territorio de Vizcaya –Villas y Tierra Llana– cuya dualidad legislativa, en el ámbito privado, subsiste en la actualidad.

En el campo del Derecho Público, con existir también un doble ordenamiento aplicable a los vizcaínos, el Foral y el Señorial, no parece que se diese ósmosis o influencia entre ambos, y en cambio, sí consta, una obsesión y un cuidado especiales por preservar la independencia del ordenamiento foral por medio del minucioso examen de todo posible contrafuero.

Esta situación de independencia de ordenamientos, como expresión del "estar" foral, cambió a partir de la Ley de 25-10-1839. La confirmación de Fueros sin perjuicio de la unidad constitucional, no supuso la dependencia del Ordenamiento foral respecto al Ordenamiento del Estado, pero sí la sumisión, en terminología acuñada por GARCÍA DE ENTERRÍA para explicar la actual relación entre los ordenamientos autonómicos y el estatal, al supraordenamiento constitucional[1325]. Título jurídico, que en palabras de ROMANO, genera una situación de *"relevancia"* por sumisión a un tercer ordenamiento o de dependencia parcial a otro sin perjuicio del *"poder de autonomía"* del

[1325] GARCÍA ENTERRÍA, E.: *Estudios sobre Autonomías... ob. cit.*, págs. 99 y ss.

subordinado[1326].

Debe advertirse que cualquiera que fuese el título de la sumisión del Régimen Foral al ordenamiento estatal o al supraordenamiento constitucional, en ningún caso lo fue a un ordenamiento en su totalidad, ni siquiera a la Constitución en su conjunto, ya que el principio de unidad, funcionó como Constitución sustancial, no total. La sumisión no fue a toda la Constitución, sino al principio de unidad constitucional, operando la Ley de 25-10-1839, en palabras de MONREAL[1327], como auténtica Disposición Adicional de la Constitución de 1837.

[1326] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 252 y 254.

[1327] MONREAL CIA, G.: *Entidad y problemas... ob. cit.*, pág. 64.

CAPÍTULO II: CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

INTRODUCCIÓN

La Disposición Transitoria Segunda de la Constitución establece que los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto no deberán dejar transcurrir el plazo de cinco años para asumir en plenitud las competencias, de acuerdo con el art. 148.2, ni ratificar mediante referéndum la iniciativa del proceso estatutario previsto en el art. 151.1, ambos del texto constitucional.

En el caso del País Vasco, la Constitución otorga valor jurídico de presente al plebiscito histórico de diciembre de 1933, plebiscito que vino a culminar jurídicamente el proceso de recuperación institucional abierto a partir de 1876. La Disposición Transitoria 2ª viene a reconocer que el Estatuto es la culminación de un proceso institucional histórico y la respuesta jurídica a una demanda social de autogobierno cuya actualidad y vigencia hacen innecesaria la explicitación por referéndum de tal voluntad. Por tanto, en el análisis de la concepción institucional del Estatuto no puede prescindirse del análisis del proceso institucional-social que le precede.

I. ANÁLISIS INSTITUCIONAL DEL PROCESO HISTÓRICO: 1876-1979

Con la desaparición del Régimen Foral en 1876 queda abolida la Foralidad como Institución, pero no la Idea de la Foralidad. Desaparece el entramado institucional y organizativo, el régimen competencial y la eficacia jurídica del sistema, pero la *"idea foral"* subsiste en el medio social que la expresa a través de la reivindicación de reintegración foral.

Junto a este proceso social que persigue la reintegración y elevación al plano jurídico-normativo de la Foralidad, se da otro proceso de signo opuesto, dirigido a procurar apoyo y aceptación social al Régimen Económico-administrativo de los Conciertos Económicos implantados por Decreto de 28 de febrero de 1878. La confluencia del proceso social con aspiraciones de convertirse en institución normativa y del proceso normativo con vocación de institucionalización social, se producirá a partir de 1917 a través de la fórmula de autonomía con reserva de derechos históricos.

Con la aprobación del Estatuto de Autonomía de 1936 se alcanzan provisionalmente los objetivos de juridificación institucional para, de nuevo, retornar las aspiraciones de autogobierno y la idea foral de derechos históricos, al ámbito social como consecuencia de la deslegalización constitucional y estatutaria operada por el régimen franquista, hasta la restauración constitucional y estatutaria de 1977-1979.

Analizado este largo período desde la perspectiva institucional, permite la siguiente conceptualización.

1. El proceso de institucionalización social de la *idea* de Foralidad

De manera simplificada podemos recordar cómo la *"idea de Foralidad"* o de Reintegración foral subsiste en el movimiento social de la *"intransigencia"* y de la Sociedad Euskalerria, inicialmente reducido, que, poco a poco, se va extendiendo y

cobrando adeptos hasta alcanzar una implantación social generalizada con el movimiento nacionalista. Esta idea pasa por diferentes fases y va desde la reintegración foral a la radicalidad nacionalista que identifica Fueros con Códigos Nacionales y con independencia, para acabar en la formulación posibilista de autonomía y derechos históricos. En la medida en que la experiencia de la Foralidad vivida se va alejando en el tiempo, la Idea se va espiritualizando quedando en las conciencias, como dice FUSI AIZPURUA, como un vago sentimiento de felicidad perdida[1328], o como una adhesión emocional al recuerdo estilizado de las antiguas instituciones con contenidos imprecisos, pero de esquema y nervio claros.

A esta etapa pueden aplicarse las consideraciones de HAURIOU sobre el proceso de subjetivización y objetivización de la Idea al transcurrir desde la conciencia subjetiva del fundador o *"inventor"* y producirse socialmente bajo la dependencia de voluntades subjetivas en el período de invención o fundación social, hasta el momento de su desprendimiento y objetivización como idea-fuerza que atrae a su alrededor adhesiones, simpatías, vocaciones y concursos[1329].

En todo caso nos encontramos en una fase que transcurre íntegramente en el medio social, previo a la solidificación jurídica, en el que la Idea se transforma y pasa por las conciencias sin lograr otra consolidación institucional que la meramente social. Existe una idea institucional, un apoyo social y hasta cierto punto una organización —movimientos y partidos políticos—, que prestan sus medios a la realización de la Idea, pero no existirá institución jurídica hasta que se produzca la fundación jurídica formal.

[1328] FUSI AIZPURUA, J.P.: *El problema vasco en la II República... ob. cit.*, pág. 19.

[1329] HAURIOU, M.: *Principios de Derecho Público y Constitucional... ob. cit.*, págs. 84 a 88.

2. El Régimen de Conciertos como sistema normativo con aspiraciones de institucionalización social

HAURIOU en su obra *"Principios de Derecho Público, Constitucional"* introduce una *"nota sobre la creación de las reglas de Derecho por el Poder"*, en la que afirma que toda regla de derecho, al igual que toda institución social, es el resultado de una operación fundacional que se desarrolla en dos momentos. Primer momento: un poder dotado, de autonomía funda la regla de derecho o la institución, es decir, formula la regla y declara creada la institución mediante una declaración de voluntad subjetiva. Segundo momento: al medio social se somete o no se somete a ella. Si no se somete, la regla de derecho no se establece definitivamente, es obligatoria pero no se institucionaliza y acabará siendo retirada. Si se somete el medio social a la regla, la operación fundacional resulta completa y definitivamente establecida y consolidada la norma. La aceptación del medio social es el refuerzo del valor jurídico de la regla que adquiere, así, valor objetivo de institución social[1130].

El Régimen de los Conciertos Económicos comienza siendo un modelo legal e institucional heterónomo que nace como consecuencia de una declaración de voluntad unilateral y subjetiva –Decreto de 28-2-1878– y que en un principio recibe una fuerte contestación social popular dirigida por el sector político de la intransigencia contra lo que consideran *"venderse por un plato de lentejas"*[1131]. Es decir, comienza siendo, en el mejor de los casos, una institución-cosa formal carente del apoyo social necesario para consolidarse como institución social objetiva. Es un producto de la declaración subjetiva del Estado, carente de valor objetivo para poder considerarse completa la operación de fundación institucional.

Este sistema, inicialmente sólo apoyado por los transigentes y despreciado por

[1130] HAURIOU, M.: *Principios... ob. cit.*, págs. 281 a 283.

[1131] ANGULO HORMAZA, J.M.: *La abolición de los Fueros... ob. cit.*, vol. II, pág. 34.

los intransigentes, se consolidará socialmente como consecuencia de la confluencia de los procesos iniciada en 1905 por la Liga Foral y completada, en 1917, mediante la demanda conjunta de una autonomía más amplia que la de los Conciertos, sin excluir a éstos y sin perjuicio de los derechos históricos o reintegración foral.

3. Convergencia de procesos institucionales

La trayectoria institucional, inicialmente enfrentada, de la transigencia y la intransigencia foral, alcanzan su punto de encuentro definitivo en el Mensaje de las Diputaciones Vascas de 1917. El movimiento social de la intransigencia cuyo único objetivo es la institucionalización jurídica de la Foralidad, camina, tras su fusión con el movimiento nacionalista, de la radicalidad al posibilismo, asumiendo en el Mensaje la ampliación del Régimen económico-administrativo a través de una autonomía amplia sin perjuicio de la reserva de Reintegración foral plena, *"cuando ello sea posible"*[1332]. Los partidarios del Régimen concertado, a su vez, caminarán desde el posibilismo inicial, a una mayor radicalidad en las demandas de reintegración foral plena, como se deduce de la petición formulada ya en 1905 al Presidente del Gobierno con motivo de la negociación del Cupo y explicitada posteriormente en el Mensaje de 1917.

Lo importante de esta convergencia de procesos institucionales es que se trata de un movimiento unánime político y social, que, a partir de este momento, expresa su adhesión social a la Idea institucional conjunta en términos de Autogobierno o de Autonomía con reserva de Derechos históricos. Es decir, a partir de este momento, se dan todos los elementos necesarios de la Institución social –Idea, adhesión social y medios a su servicio– que presionarán en una única dirección hasta conseguir el reconocimiento jurídico-normativo.

[1332] El Mensaje dice textualmente: *"En el caso de no ser posible"*.

4. El Estatuto de 1936 como operación de fundación jurídica formal

Sin entrar en excesivos detalles, puede decirse que el Plebiscito estatutario de 1933 expresa la eclosión social del movimiento popular a favor de la institucionalización jurídica del autogobierno, proceso que culmina en la aprobación del Estatuto de 1936 en circunstancias muy especiales.

Aquel Estatuto, como el actual, es el resultado de un movimiento social ascendente, y desde la perspectiva institucional significó el tránsito normativo de la institución social al plano jurídico. Este breve paréntesis institucional contó con todos los elementos propios de la anatomía institucional: idea de autogobierno, organización y apoyo social. Pero, fisiológicamente, se vio privado de duración y permanencia por factores extrínsecos a la propia institución. El ocaso institucional no fue debido ni al deterioro de la idea, ni a su desafección en el medio social, ni a la falta de comunión entre el grupo social y los poderes de organización en torno a la realización de la idea, sino a la acción de un poder exterior que la suprimió violentamente.

5. Reanudación social del tracto institucional

Como aconteció en 1876, desaparecida la Institución jurídica y sus órganos de Poder, subsistió la Idea de obra o Empresa, la idea de recuperación del Autogobierno en el medio social. Tras un largo período de incubación y propagación clandestina de la Idea, a partir de 1976 resurgirá oficialmente con apoyos sociales el viejo proyecto de Reintegración foral y de derechos históricos –V. TAMAYO SOLABERRIA habla de continuidad del proceso[1333]– y de nuevo, como en 1932 y en 1933, será el movimiento

[1333] TAMAYO SOLABARRIA, V.: "El proceso estatutario vasco y la reserva de Derechos históricos". En *Jornadas de Estudio sobre actualización de los Derechos históricos vascos*. San Sebastián, 1985, pág. 128.

social ascendente del *"Estado-Comunidad"*[1334] el que presionará al *"Estado-aparato"* hasta obtener el reconocimiento jurídico-constitucional de la idea de Foralidad. El proceso de institucionalización social se anticipa y precede a la institucionalización jurídica. De forma que el actual Estatuto representa la culminación jurídica de un proceso institucional social cuyos elementos esenciales, fundamentalmente la Idea o Proyecto se prolongan y continúan en la nueva fase jurídica y a cuya realización y servicio se orienta la norma estatutaria.

6. Reconocimiento institucional del Régimen Foral por la Constitución de 1978

Como consecuencia del reconocimiento institucional del Régimen Foral por la Constitución, esto es, del reconocimiento de la Foralidad como institución y como ordenamiento, puede decirse que tanto el Ordenamiento constitucional como el estatutario está integrado por normas y por instituciones. En este caso por instituciones preconstitucionales que se incorporan al Ordenamiento jurídico como consecuencia de un movimiento institucional y social ascendente al plano de la juridicidad en torno a una Idea o Proyecto cuya actualización limitada por el principio de unidad corresponde al Estatuto.

Coincidimos con T.R. FERNÁNDEZ en la conceptualización del Régimen Foral como institución, caracterizada, según nuestra opinión, por un *"ser"* o personalidad, por un *"haber"* competencial y organizativo y por un *"estar"* con reserva estatutaria, componentes todos ellos de la Idea o del esquema de la Foralidad, aun cuando disentimos de su configuración como *"garantía institucional"* por las razones expuestas en su momento.

[1334] LUCAS VERDÚ, P.: *Principios de ... ob. cit.*, págs. 131 y 137.

La actualización de este Régimen institucional y la realización jurídica de la Idea de Autogobierno que en él subyace, se encomiendan al Estatuto que representa la culminación jurídica de dicho proceso social. El Estatuto así entendido no significa ruptura con los contenidos ni con la Idea de institución social, sino la continuidad y la consolidación normativa de la idea institucional.

II. LA CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA A TRAVÉS DE SU ARTÍCULO 1º

En su momento al tratar de las acepciones del término estatuto diferenciábamos: estatuto y ley estatutaria, institución y ley institucional, decisión y norma, etc. Pues bien, si analizamos detenidamente su artículo 1º, podremos comprobar cómo desde el propio texto y sin necesidad de recurrir a concepciones teóricas, terminológicas, históricas o finalistas, se consagra, la diferenciación entre el Estatuto como Institución y como norma institucional.

El Estatuto en cuanto norma institucional básica materializa la idea de autogobierno y a través de su desarrollo y estructura puede apreciarse cómo se verifica la encarnación de la idea y del poder de autogobierno. Así:

- El Título Preliminar opera la personificación jurídica de la Idea a través de la creación de la Comunidad Autónoma, dotando a este nuevo ente jurídico de símbolos y elementos identificadores e integradores: territorio, capitalidad, símbolos, lengua, y población. Configura el SER jurídico y la personalidad jurídico-política, a la vez que actualiza el SER foral.

- El Título I, *"de las competencias"*, explicita el contenido del autogobierno y el ámbito de poder político-administrativo como expresión del poder de la Idea y como actualización del HABER foral. Esta explicitación de ámbito de poder, constituye, a su vez, un límite competencial cumpliéndose así la función que HAURIOU atribuye a las reglas de derecho en cuanto instituciones cosa: desarrolla la función de un *"agrimensor"* en cuanto límite objetivo de los poderes subjetivos de la idea institucional.

- El Título II, *"de los Poderes de la Comunidad Autónoma"* dota a la Institución

comunitaria de órganos, instituciones y poderes organizados para la realización de la Idea de Autogobierno. Perfilan y actualizan el HABER autonómico y foral, y prestan a la Comunidad la organización, elemento indispensable de toda Institución.

Pero el Estatuto, además de norma institucional o institución-cosa, es una institución-persona o corporativa que contiene una decisión institucional fundante. Expresa la fundación jurídica formal de la Institución como resultado de un proceso de maduración social, marca el nacimiento de la institución jurídica cuya duración dependerá del mantenimiento y renovación de los elementos que presidieron su fundación, de la consecución de los fines y de la realización práctica de la Idea.

En resumen, el Estatuto globalmente considerado, como institución y como norma institucional, expresa el tránsito de la institución social a la institución jurídica mediante una decisión fundacional subjetiva. A su vez, en cuanto norma, actúa como el elemento objetivo de consolidación institucional a través de la personificación jurídica de la Idea y de la fijación de ámbitos competenciales y organizativos orientados a la consecución y realización de los objetivos y fines subyacentes en la Idea o Proyecto.

Todo este conjunto de elementos y de consideraciones institucionales no se desprenden de reflexiones ni de conceptualizaciones jurídico-teóricas, de carácter extra-normativo, sino que se derivan directamente del análisis del artículo 1º del Estatuto, de cuya importancia y significado jurídico pasamos a tratar.

1. Importancia y valor jurídico del artículo 1º del EAPV

G. JAUREGUI[1335] al tratar sobre la expresión de la nacionalidad vasca en el Estatuto, define al artículo 1º: *"como el fundamento básico sobre el que se asienta la autonomía vasca"*. Seguidamente, destaca *"la extraordinaria importancia de este artículo, no sólo como marco referencial básico de todo el entramado dispositivo estatutario, sino como principio fundamental, como expresión solemne y como reflejo constitucional de una nación vasca diferenciada a la que se otorga carta de constitucionalidad"*. Finaliza diciendo que *"de todos es conocido que los postulados ideológico-valorativos inherentes a todo texto institucional básico aparecen reflejados con mayor nitidez a lo largo de los preceptos que recogen los principios básicos y los valores fundamentales del texto. Por ello sorprende que el artículo 1º, que define una cuestión tan compleja, mantuviera una redacción prácticamente invariada desde el texto de la Ponencia hasta su aprobación por las Cortes Generales"*.

Aunque estas palabras se refieren específicamente a la expresión jurídica de la Nacionalidad, los comentarios sobre el carácter básico y fundamental así como sobre los contenidos ideológico-valorativos abarcan al artículo 1º en su conjunto por lo que sirva esta cita para destacar la importancia de este artículo de cabecera.

1.1. Antecedentes

El texto del artículo 1º actual comparado con sus precedentes de la II República, destaca por su mayor intensidad valorativa.

- El artículo 1º del Estatuto de Estella que cumplía la función de *"Declaración preliminar"*, recoge expresiones como: *"País Vasco y Provincias que integran una*

[1335] JAUREGUI, G.: "La Expresión Jurídica de la Nacionalidad Vasca", en *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*. IVAP, Oñati, 1983, págs. 132 y 133.

entidad natural y jurídica con derecho a regirse como Estado Autónomo dentro del Estado español"[1336]. A pesar de la mayor rotundidad de los pronunciamientos referidos al *"Estado autónomo"*, faltan referencias importantes al proceso institucional histórico, a la decisión estatuyente del Pueblo o Nacionalidad, al finalismo valorativo, a la idea de autogobierno, etc. Destaca más el carácter orgánico-institucional (País, Provincias) que valorativo y decisionista *("El Pueblo o Nacionalidad se constituye en... para acceder al autogobierno")*.

- El artículo 1º del Estatuto de las Gestoras, posteriormente plebiscitado en 1933, incorpora la decisión institucional: *"Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, en cuanto provincias... acuerdan constituirse..."*, pero destaca su carácter orgánico-provincial, y carece de toda referencia al finalismo ideológico-valorativo y a la idea de autogobierno[1337].

- Por último, el Estatuto de 1936 expresa una decisión institucional provincial, ni popular ni nacional, inconcreta y de nivel regional-administrativo, con absoluto silencio de aspectos relativos a fines, objetivos, etc.[1338]

Por ello resulta justificada la extrañeza que manifiesta G. JAUREGUI, ya que es de suponer que tanto la Asamblea de Parlamentarios Vascos como el resto de los integrantes de la Comisión Constitucional que elaboraron el texto definitivo del Estatuto debieron de manejar los antecedentes republicanos, especialmente el Estatuto de 1936, cuyas notables diferencias saltan a la vista. En cambio, el actual texto del Artículo 1º, aparece ya en el Texto Base o Primer Anteproyecto elaborado por la Ponencia designada

---

[1336] *Estatuto de Estella*, artículo 1º, en ZAVALA, F.: *De los Fueros a los Estatutos... ob. cit.*, pág. 197.

[1337] *Estatuto de las Gestoras*, plebiscitado en diciembre de 1933. En ZAVALA, F.: *ob. cit.*, pág. 240.

[1338] *Estatuto de 1936*. Art. 1º: *"Alava, Guipúzcoa y Vizcaya se constituyen en región autónoma..."*. En ZAVALA, F.: *ob. cit.*, pág. 265.

por la Asamblea de Parlamentarios Vascos en sus elementos sustanciales, y de aquí pasará inmodificado al texto del segundo Anteproyecto y al Proyecto definitivo aprobado por unanimidad por la Asamblea de Parlamentarios en diciembre de 1978, remitido a la Comisión Constitucional del Congreso pocos días más tarde[339].

De los documentos y actas de la Comisión Constitucional y del Diario de Sesiones del Congreso se deduce que el citado artículo 1º apenas resultó afectado por enmiendas o motivos de desacuerdo. Los principales motivos de desacuerdo correspondieron a Grupo de Coalición Democrática y a D. Blas PIÑAR. Mediante los primeros se introdujo el inciso *"dentro del Estado español"* que hoy figura en el texto definitivo, y se suprimió la referencia *"a los poderes emanados del Pueblo"*. D. Blas PIÑAR, D. Hipólito GÓMEZ DE LAS ROCES y D. Jesús AIZPUN TUERO solicitaron la supresión de la referencia al País Vasco *"como realidad nacional"*, sustituida más tarde por el inciso *"como expresión de su nacionalidad"*[340].

El Informe de la Ponencia Constitucional conjunta de 17 de julio de 1979, reproduce ya el texto actual del artículo 1º, una vez introducidos los cambios reseñados anteriormente, y así fue aprobado por la Comisión Conjunta de 21 de julio de 1979[341] y sometido posteriormente a referédum.

En su fase final, de ratificación por Cortes, no habiendo posibilidad de plantear enmiendas, resultó definitivamente aprobado en los términos ya conocidos.

[339] TAMAYO SOLABERRIA, V.: *Fuentes documentales... ob. cit.* , págs. 435 y ss.

[340] *Trabajos Constitucionales... ob. cit.*, págs. 610 a 623.

[341] *Trabajos Constitucionales... ob. cit.*, págs. 641 a 664.

1.2. Su posición dentro del Título Preliminar

El artículo 1º, como norma de cabecera del Ordenamiento Autonómico, abre el Título Preliminar y a falta de Preámbulo estatutario cumple sus funciones.

Son muchos los autores que en el ámbito constitucional han planteado la importancia y el alcance jurídico de los Preámbulos constitucionales en relación con el Título Preliminar de las Constituciones.

Para CRISAFULLI, la Constitución posee en su integridad alcance normativo y particularmente sus disposiciones programáticas orientan y fijan el carácter peculiar de las Constituciones[1342]. Según C. SCHMITT, en los Títulos Preliminares y Preámbulos constitucionales se alojan las decisiones políticas fundamentales sobre la forma y naturaleza del Estado, los principios rectores, la expresión de la soberanía, etc.[1343]. Para LUCAS VERDÚ, MORTATI y otros, en ellos se refleja especialmente la Constitución sustancial o material[1344]. Según HELLER, en estos pasajes constitucionales, se expresa la Constitución política[1345]. SMEND afirma, por su parte, que en los Preámbulos y en los comienzos de los textos constitucionales y en sus disposiciones sobre el territorio, forma de Estado, etc., se encuentran las leyes vitales, las leyes de la integración del Estado[1346].

LUCAS VERDÚ al tratar en su obra *"La lucha contra el Positivismo en la*

[1342] CRISAFULLI: *La Constituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano, 1952.

[1343] SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución... ob. cit.*, págs. 34 a 38.

[1344] LUCAS VERDÚ, P.: "La Corona, elemento de la Constitución sustancial española". En *La Corona y la Monarquía Parlamentaria en la Constitución de 1978*. Obra colectiva. Universidad Complutense. Madrid, 1983, págs. 245 a 266.
MORTATI: *La Constituzione in senso materiale*.

[1345] HELLER, H.: *Teoría del Estado... ob. cit.*, págs. 293 a 298.

[1346] SMEND, R.: *ob. cit.*, pág. 198.

República de Weimar"[147] esta cuestión, explica cómo los preámbulos constitucionales revelan desde el inicio del texto fundamental el estilo del ordenamiento constitucional subsiguiente, señalan la sede del poder constituyente, las metas a alcanzar, el nexo entre la efectividad social y las articulaciones que luego se normativizan y, en conexión con el Título Preliminar, los derechos fundamentales y la fórmula política de la Constitución. Entre las funciones que se les asigna, destaca la de señalar las interrelaciones entre la voluntad comunitaria, la organización política y la articulación normativo-institucional, junto con la expresión de la voluntad decisoria y de las metas, fines y objetivos a alcanzar. Representan el enlace entre el mundo extranormativo, fáctico, sociopolítico e histórico y el mundo normativo-institucional, de forma que cuando la formalización teórica o práctica del modelo legal no se corresponde con la realidad extranormativa o fáctica, la Constitución fracasa.

Una prueba de la importancia de los contenidos y principios que se alojan en el Título Preliminar es que la Constitución establece para su revisión o reforma un procedimiento especialmente reforzado en el artículo 168 del texto constitucional vigente.

La mayor parte de estas consideraciones son aplicables al Título Preliminar del Estatuto, y especialmente a su artículo 1º. Este precepto, como más tarde expondremos, contiene y fija la sede del poder estatuyente: *"El Pueblo Vasco"*; expresa la decisión política instituyente y estatuyente: *"Se constituye"*; fija los objetivos y metas: –*"para acceder al autogobierno"*–; y señala el nexo entre el mundo extranormativo sociopolítico e histórico: –*"como expresión de su nacionalidad"*– con la articulación normativo-institucional: *"por medio del Estatuto, que es su norma institucional básica"*.

El resto del Título Preliminar contiene referencias a las materias típicas de los Títulos Preliminares: territorio, población, lengua, capitalidad y símbolos como conjunto

[147] LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el Positivismo... ob. cit.*, págs. 239 a 243.

de elementos identificadores e integradores de la Comunidad, sin omitir, en claro mimetismo constitucional, la referencia a los derechos fundamentales en el art. 9º. T.R. FERNÁNDEZ criticó este mimetismo constitucional y propuso la eliminación de los textos estatutarios de todo aquello que en el ámbito constitucional se denomina *"parte dogmática de las Constituciones"*[1348].

2. Estructura y contenido del artículo 1º del EAPV

- La estructura del art. 1º contiene dos partes claramente diferenciadas:

a) *"El Pueblo Vasco o Euskalerria, como expresión de su nacionalidad, y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma dentro del Estado español, bajo la denominación de Euskadi o País Vasco".*

b) *"de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica".*

Este artículo, leído en su conjunto, expresa lo que H. PREUSS denominó como nexo entre la efectividad social e histórico-política y la articulación normativa[1349], o, como dice LUCAS VERDÚ, la interrelación entre la voluntad decisoria de la Comunidad sobre el modo de configurar su convivencia y las metas a alcanzar, con la articulación normativo-institucional correspondiente, mediante la tensión entre el ideal y la realidad[1350].

- En cuanto a su contenido, la primera parte expresa una declaración o decisión constituyente, instituyente y estatuyente, identifica al sujeto de este poder, señala los

[1348] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Entre el Derecho y la Política... ob. cit.*, págs. 82 y ss.

[1349] PREUSS, H.: *Reich und Lander*. Verlag. Berlín, 1928, págs. 17 y 18.

[1350] LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el positivismo... ob. cit.*, pág. 242.

contenidos valorativos, las metas y objetivos que se propone alcanzar y fija el nacimiento de la institución jurídica y de la personalidad de la Comunidad Autónoma o Euskadi. La segunda parte representa la normativización o la articulación normativa del proceso anterior: *"de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto que es su norma institucional básica"*. Estas afirmaciones requieren una explicación:

2.1. La declaración de voluntad como decisión constituyente, instituyente y estatuyente

Lo primero que destaca en el artículo 2º, a través de la expresión: *"El Pueblo Vasco se constituye en..."* es que nos encontramos ante una decisión o declaración de voluntad formal y solemne sobre la forma de organización política de la Comunidad, ante una decisión institucional. En su momento ya establecimos cómo una de las acepciones del término estatuto (*"statuo"*, *"statuere"*) significaba decidir, entroncando con la concepción schmittiana de Constitución como decisión política fundamental sobre el modo y forma de organización política.

Esta decisión implica una declaración de voluntad solemne del Pueblo Vasco de organizarse políticamente como Comunidad Autónoma, y expresa el tránsito de la efectividad social, política e histórica a la institucionalización jurídica y la articulación normativa o el enlace entre el mundo extranormativo sociopolítico e histórico y el mundo normativo-institucional.

Entre los caracteres de esta decisión podemos destacar los siguientes:

- Ni es improvisada, ni puramente gratuita o concesional, sino producto de un proceso de institucionalización histórica que en su fase final adquiere rango legal-normativo. No es súbita ni improvisada como se desprende la de la Disposición Transitoria 2º de la Constitución, que retrotrae jurídicamente el comienzo del proceso al plebiscito estatutario de 1933 mediante el reconocimiento de sus

efectos jurídicos al presente. Y tampoco es gratuita o concesional ya que deriva no de la concesión estatal-constitucional, sino que emana del propio Pueblo *"como expresión de su nacionalidad"*, reconocida en el artículo 2º de la Constitución. La decisión y el poder instituyente son consecuencia natural del *"status"* de nacionalidad, evidenciándose la relación que en otro momento hemos establecido entre *"status"* y Estatuto.

- La decisión es constituyente, instituyente y estatuyente. Su carácter constituyente no se deriva simplemente del término estatutario *"se constituye"*, sino que posee un alcance jurídico más profundo conectado con la naturaleza del poder constituyente. Los artículos 137 y 143.1 de la Constitución hacen depender la conformación final del Estado de la decisión que adopten las Nacionalidades y Regiones del artículo 2º, a quienes se reconoce el derecho a la autonomía y el principio dispositivo. Por tanto, la decisión que corresponde habitualmente y en exclusiva al Poder Constituyente sobre la forma de Estado, en este caso es una decisión participada por las Nacionalidades y Regiones, decisión que, por tanto, participa de la naturaleza constituyente.

Siguiendo en este punto a C. SCHMITT, podemos decir que el Poder Constituyente no adoptó una *"decisión de conjunto"* sobre la forma global de organización política[135], sino que confió la decisión final sobre la organización territorial del Estado a las nacionalidades y regiones.

Pero, además, en el caso del País Vasco, la naturaleza constituyente de la decisión política se deriva directamente de la Disposición Adicional primera de la Constitución. J. PORRES ha afirmado que esta Disposición configura un límite a la capacidad de novación de los poderes constituyentes. El Constituyente se autolimita en la función configuradora del Estado a través de una remisión al

[135] SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución... ob. cit.*, pág. 45.

pasado y al Estatuto: *"El Estatuto vasco representa, a diferencia de los restantes Estatutos, un papel necesario de complemento y perfección del proceso constituyente en la medida en que contiene limitaciones al poder estatal no previstas en el Título VIII para las restantes Comunidades, El Poder Constituyente no se cierra en la Constitución, sino que se abre al Estatuto"*[1352].

En consecuencia la decisión contenida en el art. 1º del Estatuto vasco participa, en doble condición, de la naturaleza constituyente: por el Título VIII y por la Disposición Adicional Primera.

La decisión es además, instituyente y representa el elemento subjetivo y fundante en virtud del cual se crea la Comunidad Autónoma como Institución jurídica que personifica la Idea de Autogobierno. Si toda Institución jurídica, como más tarde expondremos, requiere para su nacimiento de una operación jurídica de fundación, o de una declaración de voluntad subjetiva en virtud del poder de autonomía reconocido, la decisión que lo hace posible, es una decisión instituyente.

Por último, la decisión es estatuyente, porque el Estatuto, en cuanto norma institucional, si bien es cierto que no es exclusivamente una norma autonómica, tampoco es solamente una ley estatal. Nos remitimos en este punto a las conclusiones ya expuestas en la primera parte de la Tesis sobre la naturaleza jurídica del Estatuto. Sin decisión o iniciativa de las nacionalidades no se puede iniciar el proceso estatutario, y sin la aprobación como norma material en virtud del procedimiento del art. 151.2, y sin el referéndum aprobatorio de su texto, tampoco existirá ley estatutaria.

[1352] PORRES, J.: *ob. cit.*, pág. 66.

2.2. La identificación del Pueblo Vasco, como sujeto preconstitucional del poder constituyente, instituyente y estatuyente

Es al Pueblo Vasco, como expresión de su nacionalidad, a quien corresponde adoptar la decisión o declaración de voluntad constitutiva, del tránsito de la nacionalidad, como realidad sociológico-política, a la Comunidad Autónoma, como institución jurídico-normativa.

Para G. JAUREGUI, el artículo 1º del EAPV constituye el fundamento básico sobre el que se asienta la autonomía vasca, entre otras razones, porque a través de él se opera el reconocimiento constitucional del Pueblo Vasco como nacionalidad o realidad sociológico-cultural y el refrendo de una nación vasca diferenciada[1353]. J. GUIMÓN va más lejos y entiende que el art. 1º, contiene un rastro de autodeterminación al atribuir el poder estatuyente al Pueblo Vasco, vulnerando, así, el art. 143 de la Constitución y la concepción foralista que hace de los Territorios forales los sujetos del derecho histórico al autogobierno[1354].

Efectivamente, la Constitución atribuye el poder estatuyente según el art. 143.1 *"a las provincias y a los territorios insulares"*, como entidades orgánicas, y en cambio en el Estatuto vasco se reconoce el poder, la decisión y el derecho, al Pueblo Vasco, como expresión de su nacionalidad y como realidad sociológico-cultural.

Frente a las tesis de T.R. FERNÁNDEZ, que lejos de atribuir virtualidad jurídica a la nacionalidad la considera como *"verbalismo inútil"*, *"mitología"* y *"culto a las palabras"*[1355], nos encontramos con que en virtud de su reconocimiento jurídico,

---

[1353] JAUREGUI, G.: *ob. cit.*, pág. 132.

[1354] GUIMÓN, J.: *"El Derecho de autodeterminación y su invocación en la política vasca"*. Extracto de su Tesis Doctoral, pág. 25.

[1355] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Entre el Derecho y la Política... ob. cit.*, pág. 44.

constitucional y estatutario, se convierte en:

- sujeto jurídico del poder de decisión constituyente, instituyente y estatuyente.

- le corresponde un procedimiento especial de acceso a la autonomía (Disposición Transitoria 2ª y art. 151 de la CE), una organización mínima (art. 152.1) y un techo competencial máximo (151.1).

El Pueblo Vasco, en cuanto nacionalidad, es, además, un sujeto preconstitucional. A este respecto TOMÁS y VALIENTE efectúa unas precisiones interesantes que, no obstante, resultan extremadamente confusas al pretender distinguir dentro de las nacionalidades y regiones la doble condición de *"realidades preconstitucionales o preexistentes titulares de un derecho a la autonomía"* y de *"sujetos constitucionales de un derecho a la autonomía"*[1356]. Aunque no explica la distinción entre *"realidad"* y *"sujeto"*, parece dar a entender que estas realidades preexistentes, se convierten en sujetos jurídicos por decisión soberana del Poder Constituyente encarnado en la soberanía del Pueblo o Nación española, sin que ninguna otra parte de ese Pueblo único goce de soberanía constituyente.

Da la impresión de que la obsesión por mantener el principio de soberanía única del Pueblo o Nación española, produce una confusión entre este concepto y el de autogobierno y autonomía. Las Nacionalidades *"reconocidas"* en el art. 2º de la Constitución son realidades o sujetos, que tanto da, titulares de un derecho al autogobierno que por efecto de la Constitución se concreta en el derecho a la autonomía. Pero son realidades o sujetos preconstitucionales por cuanto la Constitución no otorga, sino que reconoce su derecho. Lo único que hace la constitución es concretar o limitar el autogobierno en forma de Autonomía. El artículo 1º del EAPV lo expone claramente: *"...como expre-*

[1356] TOMÁS y VALIENTE, F.: *El reparto competencial en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Tecnos. Madrid, 1988, págs. 28 y 29.

sión de su nacionalidad y para acceder a su autogobierno se constituye en Comunidad Autónoma". En todo caso la matización pertinente consistiría en afirmar que el Pueblo vasco es sujeto preconstitucional del autogobierno, y sujeto constitucional de Autonomía.

Desde otro punto de vista, debe tenerse en cuenta que la soberanía constituyente única que TOMÁS Y VALIENTE adjudica en exclusiva al Pueblo Español, resulta autolimitada con carácter general al dar entrada a la participación de las Nacionalidades y Regiones por medio de los artículos 137 y 143 de la Constitución en la decisión final sobre la organización territorial del Estado, y específicamente en el caso vasco, como apunta J. PORRES, en virtud de la Disposición Adicional Primera.

Por otra parte, no debe olvidarse que la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución, confiere a las Nacionalidades el carácter de sujetos preconstitucionales, al otorgar valor jurídico a la iniciativa histórica, que en el caso del País Vasco se remonta a 1933.

2.3. El contenido valorativo del artículo 1º: fines, valores y objetivos

G. JAUREGUI afirma que este artículo recoge los postulados ideológico-valorativos del texto institucional básico y los valores fundamentales inspiradores del texto estatutario[1357]. Es decir, este precepto a la vez que identifica al sujeto del poder instituyente-estatuyente y manifiesta su decisión política, fija las metas o fines a alcanzar, los ideales y valores cuya realización *"propugna"* por medio de la articulación normativo-institucional.

[1357] JAUREGUI, G.: *ob. cit.*, pág. 132.

2.3.1. El autogobierno como fin y valor

Al tratar en la primera parte de la Tesis sobre la eficacia y finalidad del Estatuto[1358], ya expusimos la idea de que los valores, en cuanto metas a alcanzar, *"a propugnar"*, constituyen fines y objetivos del ordenamiento jurídico, matizando, no obstante, que no todos los fines constituyen valores.

La expresión del art. 1º: *"para acceder a su autogobierno"* indica un fin, una meta u objetivo a conseguir –*"para"*–, a la vez que un valor: *"autogobierno"*. El autogobierno es un valor conectado a la nacionalidad que expresa el ámbito de libertad que corresponde por naturaleza a dicha realidad. El autogobierno es valor en la medida en que participa de la naturaleza del valor libertad.

Pero no solamente es un valor esencial derivado de su conexión con la libertad, sino que es un valor positivizado y normativizado por la propia Constitución a través de la interpretación conjunta de las Disposiciones Adicional Primera y Derogatoria Segunda. Como en su momento ya explicamos, a través de estas Disposiciones se persiguen como objetivos la integración estatal y el autogobierno, a cuyo servicio último se colocan los principios de unidad y autonomía[1359].

Como expresa claramente J. PORRES, las Disposiciones citadas no son sólo la enunciación política de un conflicto relativo a la legitimación estatal, sino que ante todo significan la apertura de una vía de superación jurídicamente concretada y la eliminación de las *"bestias negras"* que impidieron en el pasado el arreglo foral[1360]. En otras palabras, si la integración es meta y valor, el autogobierno representa la única alternativa

[1358] Vid. págs. 303 y ss.

[1359] Vid. pág. 318.

[1360] PORRES, J.: *ob. cit.*, págs. 65, 115 y 121.

para su consecución práctica y efectiva. Sin autogobierno no hay posibilidad de integración y ambos se configuran como valores recíprocamente necesarios.

2.3.2. El autogobierno como valor y la autonomía como principio

G. PECES BARBA en su monografía sobre *"los valores superiores"* dedica un apartado a la distinción entre valores y conceptos afines y en particular a la diferenciación de los conceptos de *"valor"* y de *"principio"*. En primer término debe aclararse que las referencias a *"valores"* y a *"principios"* que se hacen en la Constitución deben situarse en el ámbito o contexto normativo del ordenamiento jurídico, ya que no se trata de conceptos extranormativos, sino de conceptos incorporados en normas. Por tanto el legislador, el juez y los demás operadores jurídicos deben desarrollar estos valores y principios teniendo en cuenta que son normas[1361]. Estos valores superiores, no obstante, no se agotan en su perspectiva normativa y permiten una corrección del normativismo exagerado y del formalismo jurídico en la medida en que obligan a contrastar los contenidos materiales de las normas con los principios éticos inspiradores del ordenamiento jurídico[1362].

Los valores, en cuanto normas, forman parte del sistema jurídico, y a la vez ocupan una posición máxima e inspiradora del resto del ordenamiento, de forma que los principios y las normas restantes deben someterse a la dirección marcada por ellos.

Los valores poseen dimensión de totalidad, son el todo, en tanto que los principios son parte del todo. Los valores son engloblantes de los principios y de las normas. Los principios son concreciones parciales de los valores, carecen de dimensión de totalidad. Los principios se extraen del ordenamiento jurídico, los valores son el funda-

[1361] PECES BARBA, G.: *Los valores superiores*. Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 34 a 37.

[1362] PECES BARBA, G.: "Los valores superiores". En *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*. Public. Ministerio de Justicia. Madrid, 1988. Volumen I, págs. 31 y ss.

el Pueblo Vasco, podía haberse traducido en autodeterminación, pero los límites constitucionales del valor integración y del principio de unidad expresados en los términos del art. 2º: *"dentro del Estado español"* y *"de acuerdo con la Constitución"*, limitan y concretan el autogobierno en autonomía. De forma que el autogobierno, como ideal o meta, expresa una finalidad amplia, una Idea que opera en lo indeterminado y que por exigencias del ordenamiento, queda reducida y concretada en autonomía.

El autogobierno representa una idea, proyecto, meta o fin, en tanto que la autonomía es un instrumento para su consecución, un principio orientado y al servicio de la realización del valor. El autogobierno inspira y condiciona a la autonomía y ésta, en cuanto instrumento, se relaciona con aquél en términos de medio para la consecución de un fin.

En resumen, el autogobierno del art. 1º del, EAPV, cumple en el ámbito estatutario la función de valor superior, es un valor normativizado, representa el ideal de una Comunidad, expresa un consenso social, en parte se identifica con los contenidos normativos de autonomía y en parte los engloba y transciende, expresa el fundamento y la razón de ser de todo el ordenamiento autonómico, posee dimensión de totalidad, constituye una guía interpretativa para el legislador ordinario y el operador jurídico, y ocupa un lugar primordial y legitimador del sistema en su conjunto.

No debe olvidarse que el autogobierno en el contexto del art. 1º, no se erige en valor único, absoluto e independiente, sino coordinado, con el valor integración y con la concreción jurídica del principio de unidad. Si MUÑOZ MACHADO refiriéndose a los principios de unidad y de autonomía, ha recordado que el segundo, en cuanto poder limitado, no se explica sin referencia al primero[1365], no es menos cierta la afirmación opuesta, ya que la integración ni se concibe ni se logra sin el autogobierno.

[1365] MUÑOZ MACHADO, S.: *ob. cit.*, Tomo I, pág. 175.

2.4. Creación y constitución de la Comunidad Autónoma Vasca

Otro de los contenidos del artículo 1º hace referencia a la decisión institucional en virtud de la cual el Pueblo Vasco crea un nuevo Ente dotado de personalidad jurídica, un ente público de naturaleza política y base territorial[1366], por cuya virtud se opera el tránsito de una realidad sociológico-cultural a realidad jurídica. En un solo y único acto, como estableció GURVITCH, normativiza la realidad sociológica, engendra Derecho y funda su existencia jurídica sobre él, organizando su nueva vida institucional bajo la fórmula de Comunidad Autónoma que pasa a identificar y personificar a la idea de Autogobierno.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto, nos encontramos con que la primera parte del artículo 1º del EAPV presenta un significado jurídico amplio:

- Opera la legalización de la nacionalidad vasca.
- Identifica la sede del poder constituyente, estatuyente e instituyente.
- Expresa una decisión igualmente constituyente, estatuyente e instituyente.
- Contiene el acto fundacional de la Comunidad Autónoma como institución dotada de personalidad jurídica.
- Consagra el autogobierno como valor y la autonomía como principio.
- Por su ubicación, importancia y contenidos, se erige en clave y norma de apertura del ordenamiento autonómico.
- Expresa los ideales, objetivos y metas de la Comunidad, socialmente consensuados.
- Manifiesta una decisión directa y vinculante del poder estatuyente.
- Cumple una función legitimadora e institucionalizante.
- Constituye una guía interpretativa y orientadora del desarrollo y aplicación del

[1366] MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Autonómico... ob. cit.*, pág. 107.

Estatuto.

- Normativiza la realidad sociológica y hace de puente o enlace entre los procesos históricos y socio-políticos y la estructura y articulación normativo-institucional.

2.5. La articulación normativa: *"de acuerdo con la Constitución y el Estatuto"*

Las expresiones *"en el marco de"* (Disposición Adicional 1º) y *"de acuerdo con..."* (art. 1º del EAPV), poseen matices diferentes.

En el primer caso, al tratarse del reconocimiento del Régimen Foral, como ordenamiento originario por la Disposición Adicional Primera, su actualización en el marco de la Constitución posee una dimensión limitativa: no podrán actualizarse aquellos contenidos propios del Derecho Foral histórico que vayan en contra de la Constitución sustancial, especialmente del principio de unidad. Como todo límite negativo del contenido de derechos debe ser interpretado de forma restrictiva. Por eso decíamos que *"en el marco de la Constitución"* no significaba *"de toda la Constitución"*, ni de todo el Título VIII, sino de la *"Constitución sustancial"*.

En cambio, la expresión contenida en el artítulo 1º del EAPV: *"de acuerdo con la Constitución"*, se refiere fundamentalmente al Título VIII de ésta. Es decir, al procedimiento de ejercicio del derecho a la autonomía, a la aprobación material y formal de los Estatutos, así como a la configuración jurídica de las Comunidades Autónomas, organización y competencias de éstas. Más que fijar límites, indica de forma positiva el procedimiento para la efectividad del derecho al autogobierno. El Régimen autonómico, en cuanto ordenamiento derivado y por tanto no originario, debe conformarse normativamente al supraordenamiento constitucional.

El Estatuto, por su parte, en cuanto norma institucional básica, en terminología

el Pueblo Vasco, podía haberse traducido en autodeterminación, pero los límites constitucionales del valor integración y del principio de unidad expresados en los términos del art. 2º: *"dentro del Estado español"* y *"de acuerdo con la Constitución"*, limitan y concretan el autogobierno en autonomía. De forma que el autogobierno, como ideal o meta, expresa una finalidad amplia, una Idea que opera en lo indeterminado y que por exigencias del ordenamiento, queda reducida y concretada en autonomía.

El autogobierno representa una idea, proyecto, meta o fin, en tanto que la autonomía es un instrumento para su consecución, un principio orientado y al servicio de la realización del valor. El autogobierno inspira y condiciona a la autonomía y ésta, en cuanto instrumento, se relaciona con aquél en términos de medio para la consecución de un fin.

En resumen, el autogobierno del art. 1º del, EAPV, cumple en el ámbito estatutario la función de valor superior, es un valor normativizado, representa el ideal de una Comunidad, expresa un consenso social, en parte se identifica con los contenidos normativos de autonomía y en parte los engloba y transciende, expresa el fundamento y la razón de ser de todo el ordenamiento autonómico, posee dimensión de totalidad, constituye una guía interpretativa para el legislador ordinario y el operador jurídico, y ocupa un lugar primordial y legitimador del sistema en su conjunto.

No debe olvidarse que el autogobierno en el contexto del art. 1º, no se erige en valor único, absoluto e independiente, sino coordinado, con el valor integración y con la concreción jurídica del principio de unidad. Si MUÑOZ MACHADO refiriéndose a los principios de unidad y de autonomía, ha recordado que el segundo, en cuanto poder limitado, no se explica sin referencia al primero[1365], no es menos cierta la afirmación opuesta, ya que la integración ni se concibe ni se logra sin el autogobierno.

[1365] MUÑOZ MACHADO, S.: *ob. cit.*, Tomo I, pág. 175.

2.4. Creación y constitución de la Comunidad Autónoma Vasca

Otro de los contenidos del artículo 1º hace referencia a la decisión institucional en virtud de la cual el Pueblo Vasco crea un nuevo Ente dotado de personalidad jurídica, un ente público de naturaleza política y base territorial[1366], por cuya virtud se opera el tránsito de una realidad sociológico-cultural a realidad jurídica. En un solo y único acto, como estableció GURVITCH, normativiza la realidad sociológica, engendra Derecho y funda su existencia jurídica sobre él, organizando su nueva vida institucional bajo la fórmula de Comunidad Autónoma que pasa a identificar y personificar a la idea de Autogobierno.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto, nos encontramos con que la primera parte del artículo 1º del EAPV presenta un significado jurídico amplio:

- Opera la legalización de la nacionalidad vasca.
- Identifica la sede del poder constituyente, estatuyente e instituyente.
- Expresa una decisión igualmente constituyente, estatuyente e instituyente.
- Contiene el acto fundacional de la Comunidad Autónoma como institución dotada de personalidad jurídica.
- Consagra el autogobierno como valor y la autonomía como principio.
- Por su ubicación, importancia y contenidos, se erige en clave y norma de apertura del ordenamiento autonómico.
- Expresa los ideales, objetivos y metas de la Comunidad, socialmente consensuados.
- Manifiesta una decisión directa y vinculante del poder estatuyente.
- Cumple una función legitimadora e institucionalizante.
- Constituye una guía interpretativa y orientadora del desarrollo y aplicación del

[1366] MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Autonómico... ob. cit.*, pág. 107.

Estatuto.

- Normativiza la realidad sociológica y hace de puente o enlace entre los procesos históricos y socio-políticos y la estructura y articulación normativo-institucional.

2.5. La articulación normativa: *"de acuerdo con la Constitución y el Estatuto"*

Las expresiones *"en el marco de"* (Disposición Adicional 1ª) y *"de acuerdo con..."* (art. 1º del EAPV), poseen matices diferentes.

En el primer caso, al tratarse del reconocimiento del Régimen Foral, como ordenamiento originario por la Disposición Adicional Primera, su actualización en el marco de la Constitución posee una dimensión limitativa: no podrán actualizarse aquellos contenidos propios del Derecho Foral histórico que vayan en contra de la Constitución sustancial, especialmente del principio de unidad. Como todo límite negativo del contenido de derechos debe ser interpretado de forma restrictiva. Por eso decíamos que *"en el marco de la Constitución"* no significaba *"de toda la Constitución"*, ni de todo el Título VIII, sino de la *"Constitución sustancial"*.

En cambio, la expresión contenida en el artículo 1º del EAPV: *"de acuerdo con la Constitución"*, se refiere fundamentalmente al Título VIII de ésta. Es decir, al procedimiento de ejercicio del derecho a la autonomía, a la aprobación material y formal de los Estatutos, así como a la configuración jurídica de las Comunidades Autónomas, organización y competencias de éstas. Más que fijar límites, indica de forma positiva el procedimiento para la efectividad del derecho al autogobierno. El Régimen autonómico, en cuanto ordenamiento derivado y por tanto no originario, debe conformarse normativamente al supraordenamiento constitucional.

El Estatuto, por su parte, en cuanto norma institucional básica, en terminología

de GURVITCH[1367] expresa un hecho normativo: en un mismo acto engendra Derecho y funda su existencia sobre él. El Estatuto no es la norma, sino *su* norma institucional básica.

Al igual que en los procesos de derecho societario, en virtud del poder de autonomía reconocido a los grupos sociales, en un solo acto fundan, crean y constituyen entes o asociaciones dotados de personalidad jurídica y les dotan de los estatutos correspondientes que rigen el proceso de nacimiento, vida y muerte de la nueva persona jurídica, aquí también, en un solo y único acto, en virtud del poder de autogobierno reconocido a la nacionalidad, se crea el ente comunitario y se le dota de su correspondiente estatuto o norma institucional por la que se regirán todos y cada uno de sus procesos vitales. El Estatuto, en resumen, es decisión, creación, fundación, institución y norma institucional material y formal.

Si analizamos, ahora, en conjunto la estructura y los contenidos del artículo 1º del EAPV, resulta un modelo en el que destaca el equilibrio entre contenidos institucionales, valores, principios y normas. Así:

- En lo institucional, el equilibrio se establece entre decisión, creación institucional y norma institucional.

- En el ámbito de valores, entre autogobierno e integración.

- En el de principios, entre unidad y autonomía, y en el normativo entre Constitución y Estatuto.

Del mantenimiento de este equilibrio en la praxis y en el desarrollo estatutario,

[1367] GURVITCH: *L'idée du Droit social*, Notion et système du Droit social. Librairie du Recueil, Sirey, 1932.

dependerá el fracaso o el éxito del modelo institucional.

3. Análisis y significado institucional del art. 1º EAPV a la luz de las concepciones de HAURIOU y S. ROMANO

El artículo 1º condensa y resume el significado jurídico integral del Estatuto –proceso, finalidad y norma– y posee un significado institucional evidente que se ajusta fácilmente a las concepciones institucionales de HAURIOU y de S. ROMANO.

Desde la óptica de HAURIOU, el artículo 1º refleja los dos niveles institucionales descritos por este autor. Por una parte, contiene el proceso de maduración social y de fundación jurídica de la Institución-Persona o Corporativa, y por otra, de forma complementaria, presenta al Estatuto en su faceta normativa, como regla de Derecho o institución-cosa. Las dos partes diferenciadas del artículo 1º contienen no dos instituciones diferentes, sino dos planos institucionales complementarios, coordinados e interdependientes dentro de la Institución como unidad de sentido.

3.1. La primera parte del artículo 1º como expresión del proceso social, la fundación jurídica y la anatomía de la Comunidad Autónoma como Institución-persona

Como ya hemos expuesto, uno de las principales diferencias entre las concepciones institucionistas de HAURIOU y ROMANO, reside en que, para el primero, el nacimiento y fundación jurídica de la Institución viene precedido de un proceso histórico de maduración social que en un momento determinado por efecto de la operación de fundación se convierte en jurídico. Para el segundo, en cambio, desde que hay organización hay Derecho, aunque no haya norma y por tanto toda organización o institución es ya jurídica desde sus comienzos.

El artículo 1º del EAPV, aparentemente sólo contiene el acto constitutivo o la fundación jurídica, pero debe tenerse en cuenta que este acto viene precedido de un

proceso histórico reconocido por la Constitución en su Disposición Transitoria 2º, cuyos contenidos e ideas institucionales procedentes del Régimen Foral y de sus derechos históricos, cobran actualidad jurídica por efecto del reconocimiento constitucional y de la actualización estatutaria.

3.1.1. Proceso de fundación y maduración social de la institución

Este proceso, según HAURIOU, se produce en torno a la Idea y transcurre en el medio social[1968]. Ya hemos analizado cómo en el caso vasco este proceso se inicia a partir de 1876. La Idea de reintegración foral o de autogobierno evoluciona, primero, hacia la de independencia, y posteriormente, complementada con la de autogobierno económico-administrativo concertado, se plasma en autogobierno autonómico con reserva de derechos históricos. Esta idea va tomando cuerpo social y, sostenida en este medio, cobrará realidad jurídica en 1936. Deslegalizada en 1939, retorna al estado social y subjetivo de las conciencias, para finalmente, como consecuencia de un movimiento social ascendente recuperar estado legal objetivo a través del reconocimiento constitucional de 1977 y de la actualización estatutaria de 1979.

Puede, por tanto, decirse que en el artículo 1º, antes de expresar la fundación jurídica, ya se hace referencia al movimiento institucional-social preexistente y a los elementos de la institución social precedente –Idea y apoyo social– a través de la expresión de los contenidos sociológicos, organizativos e ideológico-valorativos de *"Pueblo Vasco"*, como realidad social, *"nacionalidad"* como organización social, y *"autogobierno"* como aspiración, meta, objeto, fin, idea y proyecto.

Si se conectan estos elementos del artículo 1º, con el proceso institucional histórico reconocido por la Disposición Transitoria 2º de la Constitución y con las

[1968] HAURIOU, M.: *Principios... ob. cit.*, págs. 83 a 92.

referencias ya explicadas de la Disposición Adicional Primera y de la Derogatoria 2ª, en una interpretación de conjunto, resulta claro que la decisión y fundación institucional no es un acto improvisado ni súbito sino el resultado o la culminación jurídica de un proceso histórico de maduración social.

3.1.2. La Fundación jurídica formal y el nacimiento de la Comunidad Autónoma Vasca

La expresión *"El Pueblo Vasco.... se constituye en Comunidad Autónoma bajo la denominación de País Vasco o Euskadi"* expresa la operación de fundación jurídica de la Institución. Surge como manifestación o declaración de voluntad solemne en virtud del poder de autogobierno que como nacionalidad le corresponde al Pueblo Vasco y como decisión institucional de organizarse políticamente como Comunidad Autónoma.

Esta declaración de voluntad expresa el elemento subjetivo de la Institución, obra del poder de libertad reconocido a la organización social reflejado en la Idea de Autogobierno y ratificado socialmente mediante referéndum.

Esta decisión institucional, que evoca la concepción shmittiana del *"estatuto como decisión"*, es obra del Pueblo Vasco como sujeto instituyente y asume y eleva al plano legal los contenidos institucionales del movimiento social. La decisión jurídico-fundacional no rompe ni se desconecta con los elementos procedentes de la fase de maduración social de la Idea de Autogobierno, sino que los asume, actualiza y normativiza, expresando la continuidad sustancial de la Idea o Proyecto que a partir de este momento discurrirá por cauces jurídicos y normativos.

La institución jurídica ni rompe con la institución social ni se independiza de ella, sino que articula y normaliza las pretensiones sociales elevándolas al plano normativo. El engarce entre el momento social y el jurídico, a través del acto constitutivo y de la declaración fundante, pone en relación, normalidad y normatividad, ser y deber ser, institución y norma institucional y *"status"*-estatuto y ley estatutaria.

3.1.3. Anatomía institucional

El Estatuto contiene y desarrolla los cuatro elementos que, según HAURIOU, caracterizan la institución-persona o corporativa: la Idea, la organización, el apoyo y adhesión social y la personificación o incorporación.

- La Idea como proyecto, fin y valor se expresa en el autogobierno: *"para acceder a su autogobierno"*. Esta idea, que opera en lo indeterminado[1369], se concreta en el principio de autonomía: *"se constituye en Comunidad Autónoma"*, y la autonomía, como poder de autogobierno, se manifiesta en las competencias del Título I del Estatuto.

  Si en el ámbito constitucional, según GARCÍA ENTERRÍA[1370] las competencias del art. 149.1 responden al principio de unidad estatal, en el ámbito estatutario las competencias del Título I[º] constituyen la expresión del principio de autonomía, y ambos principios, de unidad y de autonomía, sirven a los valores de integración y de autogobierno.

  Desde otro punto de vista, la Idea de Autogobierno, sin perjuicio de la concreción autonómica, constitucional y estatutaria, es una *"Idea objetiva"* de contornos y contenidos históricamente reconocibles[1371].

- El segundo elemento característico de la institución, es la organización o el poder de gobierno organizado para la realización de la Idea. Esta exigencia, además de

[1369] MUÑOZ MACHADO, S. califica el *autogobierno* como concepto *polisémico*. *El Derecho público... ob. cit.*, vol. I, pág. 167.

[1370] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 137 y ss.

[1371] HERRERO DE MIÑÓN, M.: *La idea de derechos históricos... ob. cit.*, passim.

institucional, es característica de toda persona jurídica o de la personificación de realidades sociales que para la conformación de su voluntad y la expresión de su capacidad jurídica requieren de órganos representativos deliberantes y ejecutivos. Por otra parte y desde una perspectiva técnico-jurídica, el ejercicio de las competencias atribuidas al ente institucional como expresión del poder de autogobierno, exige que éste esté dotado de poderes-órganos que las realicen. De ahí que el Estatuto en su Título II trate de los Poderes-Órganos de la Comunidad Autónoma.

- No hay institución sin adhesión social y comunión en la Idea y en los medios a utilizar para su realización. La interiorización de la Idea objetiva en innumerables conciencias subjetivas, se manifiesta en un movimiento de unión y de entusiasmo que culmina en la decisión y declaración de voluntad fundante y constitutiva. Al margen de la exteriorización de la adhesión social a la Idea de autogobierno por medio de manifestaciones públicas, campañas y el refrendo popular del Estatuto, legalmente, esta adhesión viene explicitada en el artículo 1º al conectar la decisión instituyente directamente con el Pueblo y no con órganos representativos de éste, como ocurre con el procedimiento ordinario previsto en el artículo 143 de la Constitución.

- El artículo 1º expresa, además, la personificación de la idea de autogobierno. El fenómeno de la incorporación es propio y exclusivo de las instituciones-personas o corporativas, y ocurre cuando la Idea objetiva, desconectada de las conciencias subjetivas, se convierte en anónima, cobra entidad y objetividad como *"cosa en sí"*, adopta forma corpórea e independiente y se personifica, pasando a ser el sujeto de la Institución jurídica. La idea pasa de la fase subjetiva a la objetiva para terminar subjetivizándose, como alma y sujeto de la Institución.

Así la idea de autogobierno se personifica en la Comunidad Autónoma, como

persona jurídica, con los atributos propios de ésta recogidos en el Título Preliminar del Estatuto: denominación, sede o capitalidad, territorio, símbolos, etc.

3.2. El Estatuto como norma institucional o institución-cosa

Según el artículo 1º del EAPV la constitución jurídica de la Comunidad Autónoma se efectúa *"de acuerdo con la Constitución y el Estatuto que es su norma institucional básica"*. El Estatuto es, por tanto, una norma, una regla de Derecho.

El Derecho, según HAURIOU, se integra por elementos subjetivos: persona, autonomía de la voluntad, derechos subjetivos, etc., y por elementos objetivos: normas o reglas de Derecho. Precisamente su teoría de la Institución, compuesta de elementos subjetivos y objetivos, pretende superar los excesos históricos del subjetivismo y del objetivismo[132].

Desde este punto de vista, la norma estatutaria vendría a ser el complemento objetivo de la Institución, garantizando su duración y continuidad. Frente al poder y la libertad, que representan la acción, la organización y la norma actúan como factores de reacción, de límite y de consolidación. La acción y la reacción, el poder de autonomía y la norma, constituyen dos fases en relación dialéctica al servicio de la Institución como unidad de sentido. En terminología de HELLER, la norma representa el momento dialéctico de la objetivación: la *"Constitución jurídica destacada"*, que sin dejar de formar parte de la Constitución social-real, representa una fase o momento de ésta[133].

Desde otra perspectiva, considerando a la norma estatutaria como realidad independiente, como norma en sí y para sí, para que fuese realmente institucional, es

---

[132] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, págs. 261 a 263.

[133] HELLER, H.: *Teoría del Estado... ob. cit.*, pág. 268.

decir institución-cosa, y, por tanto, para que tuviese garantizada su duración y permanencia, según HAURIOU, no bastaría con la declaración de voluntad subjetiva del legislador, sino que requiere el apoyo social explícito. Por la declaración de voluntad, la norma adquiere fuerza obligatoria, pero si no hay apoyo y adhesión social o eficacia social espontánea, no se convertirá en institución-cosa o norma institucional[1374].

Por ambos caminos llegamos, por tanto, a conclusiones parecidas: El Estatuto, en cuanto norma institucional, o forma parte y está al servicio de la Institución y de la Idea institucional como elemento objetivo de la misma, o bien, como norma independiente del proceso institucional y emanada de las Cortes Generales, para convertirse en institución-cosa duradera y permanente requiere el apoyo social continuado que, únicamente se producirá cuando la norma se desarrolle conforme a los fines o ideas que representa.

En definitiva por una u otra vía:

- La norma representa el elemento objetivo de la institución global. Los elementos subjetivos son: el poder y la libertad; y los objetivos: el orden y la norma.

- En cuanto elemento objetivo, constituye la reacción y el límite. la duración y la permanencia.

- Opera como instrumento al servicio y para la realización de la idea institucional. Su interpretación y desarrollo, aunque se desenvuelva en medios técnicos jurídicos, estarán siempre orientados a la realización de la finalidad institucional, ya que la regla de derecho en el contexto general de la Institución adopta un papel secundario y auxiliar[1375].

[1374] HAURIOU, M.: *Principios... ob. cit.*, págs. 281 a 283.

[1375] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 294.

- Si se considera a la norma institucional como institución-cosa independiente, para ser norma le basta con proceder del poder legislativo, pero para ser institucional requiere el apoyo social que únicamente se le otorgará cuando la idea o finalidad que representa y realiza sea asumida por el medio social.

3.3. Relaciones entre Institución y norma institucional o entre Institución-persona e institución-cosa

Al concluir HAURIOU la exposición de su teoría institucional, dedica unas páginas a describir el diverso papel que en el Sistema jurídico desempeñan las instituciones-persona o corporativas y las reglas de Derecho o instituciones-cosa[1376].

La regla de derecho, según este autor, cumple una función secundaria en el conjunto del sistema jurídico. Las reglas de derecho en cuanto ideas directrices, es decir en cuanto instituciones-cosa, no posee-fuerza suficiente para organizar en torno así una corporación propia a través de la cual pueda expresarse, lo que prueba que son inferiores a las ideas directrices de las instituciones corporativas. Esta comparación prosigue demuestra una verdad tan vieja como el mundo: que los elementos importantes dentro del Derecho son los actores jurídicos, los individuos y las instituciones corporativas, ellos son los personajes vivientes y creadores, las reglas de derecho no representan sino ideas de límite, en lugar de encarnar ideas de empresa y de creación. Las instituciones corporativas concilian la acción con la continuidad y la duración, por eso están en primer plano. Las reglas de derecho, en cambio, están en el segundo, ya que si bien representan la continuidad, no representan ninguna acción. Y concluye afirmando: *"porque son las instituciones las que determinan las reglas de derecho, y no éstas las que crean las instituciones"*[1377].

[1376] HAURIOU, M.: *ob. cit.*, págs. 294 a 296.

[1377] HAURIOU, M.: *La Teoría de la Institución... ob. cit.*, pág. 295.

Estas tajantes afirmaciones de HAURIOU deben ser matizadas en un doble sentido. El autor se mueve en el plano teórico de la concepción general del Derecho y analiza desde una perspectiva cuasifilosófica el diverso papel, también teórico, de los elementos subjetivos y objetivos del Derecho. En la práctica, en cambio, todos sabemos que la función de la norma o regla de derecho es esencial y mucho más importante que lo que en estas reflexiones aparece. La norma constituye hoy el elemento básico sobre el que se edifica la Ciencia Jurídica y los principios y garantías de seguridad jurídica y objetividad del Derecho.

Por otra parte, HAURIOU, obsesionado por superar el objetivismo a ultranza representado por L. DUGUIT, más que a la complementariedad tiende a la contraposición entre institución corporativa o institución-norma o cosa, para lo cual enfrenta dos tipos de ideas directrices distintas y encarnadas en dos clases de instituciones diferentes.

No es éste nuestro caso, ya que hemos optado por presentar al Estatuto no como institución-cosa diferente de la Institución corporativa, sino como norma institucional o elemento objetivo de la única idea directriz de autogobierno personificada en la Comunidad Autónoma. Las consideraciones de HAURIOU serán aplicables para quienes se limitan a considerar al Estatuto como norma con independencia de sus relaciones con el proceso de formación, con la fundación institucional, con los fines y con las ideas. Para nosotros, la norma institucional como elemento objetivo en conexión con los elementos subjetivos (Pueblo, Nacionalidad, fundación acto constitutivo, etc.) forman una única Institución Corporativa, expresión a su vez, de una única idea directriz y conciliando la acción, con la duración y la continuidad.

Por tanto, las relaciones entre Institución y norma institucional son las que se establecen entre el todo y la parte, entre el fin y los medios. La norma estatutaria posee sus propias reglas técnicas e interpretativas, goza de objetividad y de independencia, pero al servicio de la idea institucional y en conexión con los restantes elementos institucionales. Es norma material y formal, Estatuto y ley estatutaria, por tanto su interpreta-

ción no debe someterse exclusivamente a cánones formalistas desconectados de la realidad subyacente, sino respetar el equilibrio entre las exigencias normativas y las conexiones originarias esenciales, finalistas y extranormativas. Como anteriormente expusimos, citando a H. PREUSS y a LUCAS VERDÚ, expresa el nexo entre la efectividad social y la articulación normativo-institucional de la realidad social y garantiza el enlace entre el mundo extranormativo, fáctico, sociopolítico e histórico con el mundo normativo, como factores que convergen y conviven en el seno de la Institución. Cuando la formalización teórica o práctica del modelo legal no se corresponde con la realidad extranormativa, el modelo legal, constitucional o estatutario, fracasa.

Esta conexión de elementos subjetivos y objetivos al servicio de la Institución como unidad de sentido, queda expresada en el artículo 1º del EAPV, al establecer que el Estatuto es *"su"* norma institucional básica.

El adjetivo *"su"* conecta a la norma con el Pueblo Vasco y con la Institución comunitaria. La consideración del Estatuto como norma estatal, a secas, perjudica su carácter institucional, la desconecta del proceso expuesto, pone en peligro el apoyo social necesario para que se convierta en institución, y rompe la secuencia entre decisión y norma. El Estatuto, fuera de consideraciones formales, es la norma que se da asimismo el Pueblo, de acuerdo con la Constitución, pero es *"su"* norma. A la vez es la norma o el elemento objetivo de la Institución, es *"su"* norma institucional.

Esta conexión expresada en el *"su"*, indica, a su vez, el carácter instrumental o auxiliar conectado con el *"para"* acceder al Autogobierno como idea directriz única de la institución corporativa comunitaria.

Estas ideas de conexión, instrumento, relación y servicio de la norma institucional respecto a la Idea, meta o proyecto institucional, han sido recogidas con diversas expresiones por distintos autores. Así:

- JELLINEK, a pesar de su formalismo metodológico, incide en estas ideas al tratar sobre las relaciones complementarias entre *"ser y deber ser"*, al exponer su teoría sobre *"la fuerza normativa de lo fáctico"* o al tratar sobre *"las mutaciones constitucionales"* como acomodación de las normas a las exigencias de la realidad extranormativa.

- F. LASALLE, al distinguir la *"Constitución real y escrita"*, o al considerar a la Ley Constitucional como una *"hoja de papel"* frente a la Constitución real como *"factores reales de poder"*, pretende reflejar la necesidad de que norma y realidad constitucional estén sintonizadas y coordinadas[137].

- C. SCHMITT, incide en la misma línea, al diferenciar Constitución y Ley Constitucional, distinción parcialmente aplicable a nuestras consideraciones entre Estatuto y Ley estatutaria y entre Institución y ley institucional: *"Lo que para los positivistas (¿normativistas?) son meras proclamaciones o declaraciones (decisión constitucional) son la esencia de la Constitución. Las ulteriores normaciones, competencias y leyes son relativas y secundarias frente a las decisiones políticas fundamentales"*[138].

- HELLER considera a la *"Constitución real"* y a *"la Constitución jurídica destacada"* como dos momentos o fases dialécticas de la Constitución única, paralela a las relaciones existentes entre *"normalidad y normatividad"*: La Constitución jurídica es un momento dialéctico necesario para la realización de la Constitución real básica. El error de la Dogmática jurídica, de C. SCHMITT y de KELSEN –según este autor– ha consistido en perder de vista la conexión de ambos momentos y en distanciarlos, cuando en realidad uno y otro forman parte de la

[137] LASALLE, F.: *Qué es la Constitución... ob. cit.*, págs. 92 y ss.

[138] SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución... ob. cit.*, pág. 48.

Constitución única[1360] y están a su servicio.

- Para SMEND, la Constitución es la *"ordenación jurídica del proceso de integración estatal"*, distinguiendo la Constitución normativa y la real. La primera está al servicio de la segunda, por tanto no cabe una visión exclusivamente normológica de la Constitución. Esta, en cuanto Derecho es norma, y en cuanto Constitución, realidad integradora. La norma está al servicio de la Idea-Valor de integración, de ahí que la interpretación constitucional ha de ser flexible, extensiva y elástica, ya que el dinamismo integrador no puede ser aprehendido por unos cuantos artículos del texto legal que sólo abarcan el fenómeno integrador de forma esquemática. Constituye un error considerar que la interpretación de un precepto legal tiene siempre el mismo sentido con independencia de la naturaleza de la norma. El Derecho Constitucional es esencialmente integrador, el Administrativo, en cambio, es esencialmente técnico[1361].

- LOEWENSTEIN diferencia igualmente la Constitución como ley y como realidad. En cuanto realidad, nunca es idéntica consigo misma, de ahí que la norma constitucional al servicio de la realidad constitucional debe acomodarse a ésta a través de las *"mutaciones constitucionales"*. Esta noción que parte de JELLINEK, implica *"una acomodación a la realidad sin modificar el texto legal"*, y expresa, en definitiva, la función auxiliar o instrumental de la norma respecto a la realidad política. En función de esta conexión norma-realidad, distinguirá Constituciones normativas, nominales y semánticas. La Constitución normativa es la cumplida realmente y expresa la simbiosis constitución-Comunidad. Las nominales y semánticas, por el contrario, presentan una separación entre modelo formulado y praxis institucional, son constituciones no efectivamente vividas. No

[1360] HELLER, H.: *Teoría del Estado... ob. cit.*, págs. 268 y ss.

[1361] SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional... ob. cit.*, págs. 132-137.

deja de ser sintomático que entre las causas que anota LOEWENSTEIN como productoras de este desfase, figura la que denomina como *"tecnicismos post-referendum"* que, como consecuencia de la manipulación técnica de los preceptos, pueden hacer a una norma irreconocible para sus votantes[182].

4. El Estatuto como organización, ordenamiento e institución, según la concepción institucional de S. ROMANO

Desde un punto de vista complementario, con las tesis de HAURIOU, puede afirmarse, siguiendo a S. ROMANO, que el Estatuto no es sólo una norma, sino una organización, un ordenamiento y una institución.

Para S. ROMANO, la concepción exclusivamente normativa del Derecho no es ni lógica ni realista y parte de un postulado erróneo. El Derecho y el Ordenamiento jurídico no se reducen a una suma de normas y de reglas, es algo más dinámico y vital, es ante todo una organización, un conjunto de mecanismos, engranajes, relaciones de autoridad y de fuerza que producen, modifican, aplican y garantizan las normas. Es una entidad que se mueve según las normas, pero sobre todo dirige a las normas como piezas de un tablero de ajedrez. Las normas son, más bien, el objeto y el medio de la actividad, que parte de su estructura[183].

En varios pasajes de este estudio hemos definido al Estatuto como *"microcosmos jurídico"* o *"miniconstitución"*, en cuanto reproduce los elementos básicos del Ordenamiento comunitario en su conjunto. No se trata de una norma más del ordenamiento comunitario, sino de la norma básica que contiene los elementos necesarios para la configuración del Ordenamiento Autonómico. De la misma forma que a la Constitución

[182] LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución... ob. cit.*, pág. 227.

[183] ROMANO, S.: *ob. cit.*, pág. 100.

se le denomina *"supraordenamiento constitucional"*[1364], a pesar de ser una norma, por contener la fórmula de organización política, la organización de poderes, mecanismos, engranajes y relación de fuerzas, así como los sistemas de fuentes de creación, aplicación y garantía de las normas jurídicas, también puede afirmarse que el Estatuto, por motivos parecidos, constituye, además de norma, una organización, un ordenamiento y una institución.

4.1. Como organización

La expresión del artículo 1º del EAPV: *"El Pueblo Vasco,... se constituye en Comunidad Autónoma..."*, equivale a se *"organiza"* políticamente en forma de Comunidad Autónoma.

Según S. ROMANO, los elementos que integran el concepto de Derecho son la sociedad y el orden. Toda ordenación social de la convivencia es jurídica, incluso antes de ser normativa[1365]. Desde esta perspectiva, la nacionalidad en cuanto organización social sería ya jurídica, incluso antes de su normativización constitucional y estatutaria. Pero aquí, de momento, nos conformamos con afirmar que el artículo 1º expresa ante todo una ordenación social y jurídica. A través de él la Nacionalidad adopta forma política, se estructura y organiza como un Ente con personalidad jurídica diferenciada, con poderes y competencias propias, y se dota de órganos: –Gobierno, Parlamento y Tribunal Superior de Justicia–, de mecanismos y engranajes de poder que modifican, crean, aplican y garantizan sus propias normas, a través de un sistema de Fuentes, órganos e instituciones propias.

En definitiva, el Estatuto establece y contiene las claves de la organización

[1364] GARCÍA ENTERRIA, E.: *Estudios sobre Autonomías Territoriales... ob. cit.*, pág. 99.

[1365] ROMANO, S.: *ob. cit.*, págs. 111 a 114.

comunitaria.

4.2. Como ordenamiento jurídico

Volviendo a la idea original de ROMANO de que el Derecho no se reduce a un conjunto normativo sino que contiene otras realidades y mecanismos que no son normas y que integran el Ordenamiento en su conjunto, podemos afirmar que el Estatuto no es sólo norma, sino que contiene elementos diferentes que permiten calificarlo como ordenamiento estatutario. Estos elementos o realidades no normativas, son entre otros: El Pueblo, la Nacionalidad como organización social natural, el derecho al autogobierno, los Territorios Históricos como realidades preconstitucionales los derechos históricos, el Régimen Foral, la Comunidad Autónoma, el Parlamento y el Gobierno y todo el conjunto de relaciones entre órganos, mecanismos y engranajes, y sistemas de producción y modificación de normas que configuran una estructura organizativa compleja y un ordenamiento.

Cuando se invoque el principio de interpretación del Estatuto de acuerdo con el ordenamiento, habrá que recordar que éste no consiste sólo en la interpretación de una norma dentro del conjunto de normas, sino de acuerdo con los restantes elementos que integran el Ordenamiento: nacionalidad, hecho diferencial, derechos históricos, y estructuras o realidades sociales, jurídicas, históricas que integran el ordenamiento en su conjunto.

4.3. Como Institución

A juicio de S. ROMANO, el concepto jurídico que mejor resume el fenómeno expuesto es el de Institución, en él se resumen la organización, el Ordenamiento y el propio Derecho[184].

[184] ROMANO, S.: *ob. cit.*, pág. 113.

Ciertamente el Estatuto no es todo el ordenamiento autonómico, sino la norma de cabecera que contiene todos los elementos que lo hacen posible. Es un ordenamiento estatutario, de la misma forma que al referirnos a la Constitución hablamos de ordenamiento constitucional, y, en tanto que ordenamiento, es institución.

En un sentido más preciso, si por institución entiende ROMANO todo ente social con individualidad propia, destacada y permanente, el Estatuto en cuanto expresión jurídica de la voluntad social y en cuanto contiene los elementos estructurales, básicos, perceptibles y permanentes del Ordenamiento autónomico, se configura como una realidad jurídica con individualidad propia y destacada, que representa la permanencia e identidad del Ordenamiento autonómico frente a las variaciones y cambios que puedan producirse en los restantes contenidos. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto es una Institución.

4.4. Relaciones entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento autonómico

Anteriormente, al analizar la Foralidad desde la teoría ordinamental ya hemos visto cómo de la pluralidad de instituciones se derivaba la pluralidad de ordenamientos y la problemática de las relaciones entre éstos. Sería interesante analizar, en este punto, no sólo las relaciones entre el Ordenamiento autonómico y estatal, sino las que se establecen en el ámbito interno de la Comunidad entre los diversos ordenamientos: comunitario, foral y municipal. Pero ese análisis rebasa las posibilidades de este estudio. Nos limitaremos, a fijar resumidamente los principios que rigen las relaciones entre el ordenamiento autonómico, el estatal y el constitucional.

Como apunta GARCÍA DE ENTERRIA, uno de los temas capitales con que ha de enfrentarse hoy el jurista es el de la pluralidad de Ordenamientos. Aunque el tema no es nuevo, ya que siempre han existido organizaciones reconocidas como entes personificados por el Derecho que integran un ordenamiento jurídico, a partir de la

Constitución de 1978 esa pluralidad se ha matizado decisivamente mediante la creación de entes territoriales sustantivos dotados de poderes públicos superiores y, específicamente, del poder normativo general o del poder legislativo formal que permite la configuración de políticas propias[1387].

El principio esencial que rige las relaciones entre estos diversos ordenamientos es el principio de separación o de competencia, y, por tanto, el de independencia jerárquica. Tal separación se expresa principalmente en un sistema privativo de fuentes de Derecho. El principio de competencia significa que en el ámbito competencial autonómico la norma autonómica excluye a la del Estado y se complementa con la garantía judicial específica del Tribunal Constitucional[1388]. En resumen las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico, primariamente, se rigen por el principio de separación o de competencia.

Ahora bien el término *"ordenamiento estatal"* posee un significado anfibológico. Por una parte, Estado puede entenderse como una totalidad política organizada en sentido amplio, y *"stricto sensu"* como parte de esa totalidad, como entidad contrapuesta en el reparto de competencias a las Comunidades Autónomas. El principio de separación o de competencias se refiere al ordenamiento estatal en sentido estricto. Porque desde una perspectiva amplia, uno y otro ordenamiento, aunque separados entre sí, están subordinados jerárquicamente al supraordenamiento constitucional[1389].

Es decir, desde la perspectiva de Estado global, los ordenamientos estatal y autonómico, se rigen primariamente por el principio de separación y de competencia, pero quedan articulados en un nivel superior mediante la subordinación jerárquica de ambos al supraordenamiento constitucional.

[1387] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *Estudios... ob. cit.*, págs. 285 y 286.

[1388] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 289 a 291.

[1389] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 291 a 294.

A esta brillante exposición del Profesor GARCÍA DE ENTERRIA que reproduce, sin mencionar, el título de relevancia que en terminología de ROMANO significa la sumisión de *"varios ordenamientos a un tercero"*, no cabe oponer reparos, pero sí alguna matización.

Según ROMANO existe título de relevancia, y por tanto relación de ordenamientos, cuando dos o más ordenamientos independientes entre sí, dependen conjuntamente de un ordenamiento superior a ellos, hasta el punto que estos ordenamientos independientes pueden ser recíprocamente relevantes entre sí gracias a este último[150]. GARCÍA DE ENTERRÍA, en base a este planteamiento, comienza enunciando el principio de separación, posteriormente el de subordinación al supraordenamiento constitucional, y finalmente el de cooperación entre los ordenamientos estatal y autonómico[151]. A esta tesis conviene añadir algunas precisiones:

a) el principio de separación o de competencia como garantía de independencia o de separación de ordenamientos, no debe mezclarse con los principios de unidad y de autonomía. Ya que si las competencias del Estado son expresión del principio de unidad y las de las Comunidades Autónomas del principio de autonomía, como establece GARCÍA DE ENTERRIA, todo conflicto competencial quedaría desnaturalizado, y la separación de Ordenamientos destruida, en razón de la superioridad que ostenta el principio de unidad sobre el de autonomía.

   Para que el principio de separación de ordenamientos, como relación primaria, sea auténtico, se requiere también que el principio de competencia sea respetado y no prejuzgado en función de los principios respectivos de unidad y de autono-

[150] ROMANO, S.: *ob. cit.*, pág. 252.

[151] Sobre el principio de *"cooperación"*. Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 303 a 305.

mía.

b) la subordinación de ambos ordenamientos al supraordenamiento constitucional debe ser admitida. Si bien, por lo que concierne al Estatuto Vasco, en la parte en que éste actualiza el Régimen Foral, su sumisión no es a toda la Constitución sino a lo que en su momento definimos como *"marco"* constitucional o *"constitución sustancial"*. Es decir, a aquellos principios por una parte excepcionales y por otra imprescindibles y necesarios para que ésta subsista sin desfigurar el Régimen Foral. El marco constitucional opera como límite de la Foralidad sólo respecto de aquellos contenidos forales que resulten incompatibles con la Constitución.

c) El principio de colaboración entre Ordenamientos, no debe anteponerse al principio de competencia. Dislindados los ámbitos competenciales respectivos y fijado el terreno de juego de los distintos ordenamientos, cabe y es deseable hablar de cooperación. Pero el principio de colaboración no debe ser esgrimido, anticipadamente, bajo fórmula de *"federalismo cooperativo"*, para la interpretación y resolución de conflictos competenciales en materias tales como legislación concurrente y compartida, ejecución autonómica, leyes de bases, articulación de bases y desarrollo, supervisión estatal, alta inspección, etc. Solucionar estos problemas competenciales mediante la técnica de la colaboración[192], significa resolver conflictos de una naturaleza mediante técnicas de naturaleza opuesta, reduciendo el principio de competencia al de cooperación.

[192] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 303 a 344.

CAPÍTULO III: INTERPRETACIÓN NORMATIVO-INSTITUCIONAL DEL ESTATUTO

INTRODUCCIÓN

El trabajo del jurista no se limita a una labor de análisis formal de las normas, sino que se orienta fundamentalmente a la aplicación del Derecho a la realidad social[393]. En esta función práctica deben tenerse en cuenta otros factores y principios, además de los estrictamente teóricos, como la realidad social, la seguridad jurídica, la objetividad del Derecho y los criterios o normas de interpretación. Pero, sobre todo, debe evitarse incurrir en el error de algunos sistemas logicistas que sin tener en cuenta las exigencias globales del Derecho, pretendieron obtener de sus abstracciones lógicas y conceptuales conclusiones directamente aplicables a la realidad, a través de una irreal marcha de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto[394]. Como estableció el filósofo neorrealista NÖEL, citado por VALLET de GOYTOSOLO, *"de un gancho pintado en la pared sólo puede colgarse una cadena igualmente pintada en la pared"*[395].

La comprensión del Derecho es producto de la *"razón teórica"* pero su aplicación e interpretación corresponde a la *"razón práctica"*. A través de la *"razón teórica"* hemos intentado formular una conceptualización institucional del Estatuto por entender que es ésta la fórmula jurídica que mejor explica la realidad estatutaria. A través de la *"razón práctica"*, intentaremos compaginar y equilibrar esta visión con otras exigencias que se derivan de la consideración del Estatuto como norma y de los requerimientos técnico-jurídicos propios de las normas.

---

[393] DÍAZ, E.: *ob. cit.*, pág. 71.

[394] LOEVINGER, L.J.: *Una introducción a la lógica jurídica*. Ed. Bosch. Barcelona, 1954, págs. 52 y 53.

[395] VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Metodología Jurídica... ob. cit.*, pág. 294.

Para CARNELUTTI[1306] entre la concepción normativa y la institucional existe la misma diferencia que entre una visión de la tierra en superficie y en volumen, ambas dimensiones son necesarias y complementarias. El Derecho, tal como lo hemos expuesto es norma e institución y no cabe prescindir de ninguno de estos aspectos.

Hemos visto cómo el artículo 1º del Estatuto, contiene un doble pronunciamiento institucional y normativo. Si en cuanto institución, cobran mayor importancia los aspectos valorativos y finalistas que rodean a la Idea y al Proyecto institucional, en cuanto norma, los principios de seguridad jurídica y de objetividad, imponen también determinadas reglas de interpretación técnico-jurídica. En la praxis estatutaria no cabe ni institucionismo a ultranza, ni normativismo exclusionista.

A través de una interpretación normativo-institucional pretenderemos conjugar equilibradamente ambas exigencias, ya que como estableció ROMANO, el Derecho se integra por normas y por instituciones.

[1306] CARNELUTTI, F.: *Teoría General del Derecho... ob. cit.*, pág. 77.

I. EXIGENCIAS INTERPRETATIVAS DERIVADAS DE LA CONSIDERACIÓN DEL ESTATUTO COMO INSTITUCIÓN

Ni HAURIOU, ni S. ROMANO se limitaron a exponer una teoría institucional, sino que, ante todo, perseguían la obtención de resultados prácticos, de forma que sus conclusiones fuesen tenidas en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el Derecho.

En el caso de ROMANO –destaca Sebastián MARTIN RETORTILLO–, el segundo corolario básico a derivar de su tesis ordinamental es la necesidad de enmarcar las normas en la totalidad del ordenamiento jurídico, en el contexto de la Institución ordinamental. Se trata de una técnica necesaria que juega un papel fundamental en puntos tan importantes como son los de "*aplicación, interpretación e integración de las leyes que sólo en conexión y en dependencia directa con la aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico pueden y deben realizarse*"[1397]. La interpretación y aplicación de las leyes conforme al ordenamiento jurídico, significará, por una parte, de acuerdo con las normas, pero también, de acuerdo con los restantes elementos no normativos que integran el ordenamiento: relaciones de poder, estructuras, organización, metas, fines, equilibrios, contrapesos, garantías de la Foralidad, derechos históricos, derechos derivados de la legalización de realidades históricas, nacionalidades, etc.

En el caso de HAURIOU, igualmente destaca la dimensión práctica de sus consideraciones teóricas, hasta el punto de que la continuidad en la praxis de los elementos que caracterizan la estructura y la anatomía institucional, fundamentalmente la idea y el apoyo social, se convierten en condición de vida y de duración de las instituciones. Es decir, una praxis interpretativa que se desvíe de la Idea o Proyecto institucional, pone en riesgo el apoyo social y no garantiza la permanencia ni la duración de la institución.

[1397] MARTIN RETORTILLO, S.: *Estudio preliminar al Ordenamiento Jurídico... ob. cit.*, pág. 36.

Estas consideraciones, ponen de relieve la necesidad de tener en cuenta, a la hora de interpretar el Estatuto, sus condicionantes institucionales, como garantía de duración, permanencia y de institucionalización social efectiva.

1. La interpretación institucional como garantía de duración y de subsistencia de la institución

La pretensión de toda institución, y su característica externa más sobresaliente es la duración y la continuidad. HAURIOU en una de sus primeras caracterizaciones de la institución la define[134] como "*todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados*". Cuando una institución está asentada, todo esfuerzo individual o legislativo por destruirla resulta impotente, salvo el recurso a la fuerza.

Según HAURIOU, la consistencia institucional es debida al mantenimiento de los elementos fundacionales. Al analizar la "*fisiología institucional*", la vida y la dinámica de las instituciones, recuerda que la duración y permanencia de éstas depende de la continuidad de sus tres elementos: "*la continua renovación de la comunión del grupo social y de los órganos de gobierno en la Idea*". De forma que una praxis interpretativa o una aplicación o desarrollo de la norma al margen de la Idea o finalidad institucional, o contraria a las expectativas sociales que impulsaron la decisión y la fundación institucional, tales como los "*tecnicismos postreferendum*" de que habla K. LOEWENSTEIN, pondrían en serio riesgo la vida y duración de la norma institucional por falta de apoyo social. Subsistirá, en el mejor de los casos, la norma, pero no la institución.

La "*regla de derecho*", la norma, es un factor de estabilidad, pero no resulta suficiente para garantizar la subsistencia institucional. Esta apreciación de HAU-

[134] HAURIOU, M.: *Principios... ob. cit.*, pág. 83.

RIOU[1399], coincide con la efectuada por JELLINEK respecto a la incapacidad de las leyes para dominar a la realidad social y controlarla frente a los cambios que dan lugar a las mutaciones constitucionales[1400].

2. La Interpretación institucional y la eficacia y finalidad del Estatuto

En el Título I de la Tesis expusimos cómo la eficacia social institucionalizante del Estatuto constituía parte de su significado jurídico integral y venía impuesta no de forma arbitraria o postiza, sino como una exigencia constitucional derivada directamente de la Disposición Derogatoria 2ª de la Constitución.

Esta Disposición, interpretada de forma conjunta con la Disposición Adicional Primera, vetaba toda interpretación estatutaria que no fuese dirigida directamente al arreglo o solución definitiva del problema del autogobierno en el marco de la integración estatal. En otras palabras, para impedir la repetición del fracaso histórico en la solución del problema vasco, postulaba, a sensu contrario, una interpretación integradora en base a flexibilizar la rigidez del principio de unidad estatal con una mayor generosidad del autogobierno foral y autonómico. Justamente pretendía invertir los términos de la solución histórica negativa, al objeto de alcanzar el arreglo, la convivencia y la institucionalización definitiva.

Esta finalidad institucionalizante y el arreglo definitivo del problema de autogobierno, exigen tener presente en todo momento, y más en las fases de desarrollo e interpretación del Estatuto, consideraciones no estrictamente técnicas, sino orientadas a la finalidad y a la eficacia social del modelo legal, es decir apoyarse en la concepción institucional y finalista del Estatuto. Desde esta concepción, la realización del proyecto

[1399] HAURIOU, M.: *Principios... ob. cit.*, págs. 281 y 282.

[1400] JELLINEK, G.: *Reforma y Mutación Constitucional... ob. cit.*, pág. 6.

o Idea, se convierte en elemento imprescindible para la permanencia y duración de la solución institucional.

Para que la institución permanezca no sólo se requiere el apoyo social, sino la realización de la Idea y la eficacia social real, lo que nos obliga a tener cuenta en su interpretación este factor esencial. La aceptación social y la eficacia social constituyen exigencias jurídicas para la duración y subsistencia de la Institución.

La finalidad del Estatuto se orienta a la institucionalización interna y externa del sistema, esto es a la aceptación y conformidad social con el sistema de autogobierno y a la adecuación o convivencia con las Instituciones de corte estatal. De ahí que las técnicas interpretativas deban orientarse fundamentalmente al respecto de esta finalidad, evitando el deterioro y la consiguiente desafección social de la Idea o Proyecto.

3. Modelo, praxis y aceptación social

Estas reflexiones nos conectan con la regla, ya expuesta, de que los modelos o soluciones institucionales que se instauran por ley, más que concluir, inician un proceso de institucionalización. De forma que una sociedad o un país no puede considerarse institucionalizado por el mero hecho de haberse dotado de un modelo legal determinado y legitimado por una decisión libre y una voluntad exteriorizada en el referéndum, sino cuando la praxis, acorde con el proyecto, consolide dicho modelo. Cuando la praxis y el desarrollo institucional realicen eficazmente la Idea, el fin y el valor, y en consecuencia permitan la renovación de la comunión social en la Idea mediante una aceptación social continuada.

En los modelos institucionales de fundación consuetudinaria, la aceptación social continuada precede a la conformación jurídico-normativa de la costumbre, con lo que puede afirmarse que estos modelos, como sucedió históricamente con el Régimen Foral, son institucionales y están previamente institucionalizados. En cambio, los modelos

legales por efecto de su fundación son institucionales y cuentan con el apoyo social inicial, pero no estarán institucionalizados o asentados hasta que su praxis, desarrollo, aplicación e interpretación se muestren eficaces para la realización de la Idea y promuevan una adhesión social permanente y continuada.

Olvidar estas exigencias en el momento del desarrollo institucional y valorar únicamente los aspectos técnico-jurídicos del Estatuto reducido a norma, implica asumir el riesgo de que el proceso se frustre por desvalorización, pérdida de fuerza atractiva de la Idea y/o desafecto social, con el consiguiente efecto desinstitucionalizante contrario al mandato constitucional de la Disposición Derogatoria 2ª.

II. LAS EXIGENCIAS INTERPRETATIVAS DERIVADAS DE LA CONSIDERACIÓN DEL ESTATUTO COMO NORMA

El conjunto de reflexiones que hemos realizado sobre la significación jurídica del Estatuto no debe hacernos olvidar su característica más evidente: que el Estatuto es una norma jurídica y, como tal, sometida a unas reglas de interpretación impuestas por el ordenamiento jurídico. El Estatuto, como toda norma, tiene su origen en un determinado sistema de fuentes de producción normativa, se incorpora al ordenamiento en una determinada posición jerárquica, posee unos contenidos y está sometido a unas reglas de interpretación concretas.

En este sentido, tienen razón T.R. FERNÁNDEZ y E. GARCÍA DE ENTERRIA, entre otros, al recordarnos que ante todo "*la Constitución es una norma*"[1401], que el Estatuto es una "*norma autonómica y estatal*", subordinada a la Constitución y superior a las restantes normas autonómicas y estatales[1402], que "*la Disposición Adicional Primera es una norma*"[1403], que forman parte del ordenamiento jurídico, vinculan a los ciudadanos y a los poderes públicos[1404] y que, en consecuencia su interpretación debe efectuarse con respecto a los principios de legalidad, de jerarquía normativa, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos[1405].

[1401] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: "La Constitución como norma jurídica". En *La Constitución española de 1978*. Ed. Cívitas. Madrid, 1980. Obra colectiva, págs. 97 y ss..

[1402] GARCÍA ENTERRIA, E.: *Estudios... ob. cit.*, págs. 294 y ss.

[1403] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Derechos históricos... ob. cit.*, págs. 19 y 20.

[1404] Artículo 9.1 de la Constitución.

[1405] Artículo 9.3 de la Constitución.

1. Peculiaridades de la interpretación constitucional y estatutaria

La Constitución no contiene ningún precepto específico dirigido a la interpretación de las normas, la única norma especial relativa a los métodos de interpretación está en el artículo 3.1 del Código Civil: "*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con su contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*".

En relación con este artículo, algunos autores[1406] han planteado dos tipos de problemas: a) si el artículo 3.1 del Código Civil tiene carácter de Constitución material y, por tanto, vinculante para el Tribunal Constitucional, y b) si dicho artículo tiene carácter imperativo absoluto.

Se trata de dos cuestiones técnicas, que pueden recibir diferentes soluciones. Para G. TRUJILLO[1407], este artículo posee carácter materialmente constitucional por referirse a la actividad suprema del Estado, participa del carácter general del Título Preliminar cuyos preceptos alcanzan a la generalidad del ordenamiento jurídico, posee la naturaleza instrumental propia de las normas interpretativas que desaconseja plantear la cuestión del rango jerárquico y no existe ningún precepto constitucional que impida su aplicación.

En contra de esta posición, ALONSO GARCÍA, alega que el art.1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sólo sujeta al Tribunal Constitucional a la Constitución y por tanto le desvincula expresamente del resto del ordenamiento: "*El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los*

[1406] ALONSO GARCÍA, E.: *La Interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984, pág.77.

[1407] TRUJILLO, G.: "Juicio de legitimidad e interpretación Constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español". *R.E.P.*, nº 7, pág. 157.

demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica"[1408]. Mayor peso específico posee la referencia de este autor a F. DE CASTRO, para quien el art. 3.1 del Código Civil no tiene carácter vinculante ni es imperativo para los Tribunales, sino que posee naturaleza admonitiva, como se deriva del hecho de que no se conoce una sola sentencia del Tribunal Supremo en que se haya admitido recurso de casación por infracción exclusiva del artículo 3.1 del Código Civil[1409].

La razón por la que nos planteamos la aplicabilidad del art. 3.1 a la interpretación constitucional y estatutaria, se debe a la especialidad o singularidad que presentan estas normas que, en algunas ocasiones, parecen requerir métodos interpretativos, también singulares o excepcionales, aparentemente alejados del art. 3.1. del Código Civil.

Las normas constitucionales poseen una naturaleza especial. Suelen ser esquemáticas, abstractas, elásticas e indeterminadas y normalmente dejan abiertas varias posibilidades sin prejuzgar ni predeterminar un determinado acto de aplicación en exclusiva. La abundancia de ambigüedades y de conceptos jurídicos indeterminados, así como la frecuente referencia a valores, obliga al Tribunal Constitucional a una labor de concreción que da lugar a la creación de auténticas normas subconstitucionales que revisten carácter normativo-constitucional concreto y, por tanto, sirven para su aplicación a sucesivos casos idénticos[1410]. El Tribunal Constitucional realiza en estos casos, más que una función de aplicación de la norma al caso concreto, una labor de auténtica creación de subnormas constitucionales, o la concreción de normas generales en otras más precisas, extrayendo de los principios, valores y preceptos catárquicos auténticas normas aplicables a una pluralidad de supuestos idénticos, sin olvidar que las normas

[1408] ALONSO GARCÍA, E.: *ob. cit.*, págs. 80 y 81.

[1409] ALONSO GARCÍA, E.: *ob. cit.*, pág. 81 y nota nº18.

[1410] ALONSO GARCÍA, E.: *ob. cit.*, pág. 16.

constitucionales al versar sobre materias políticas obligan a la modulación del método interpretativo[141].

Se comprenden ahora las dudas suscitadas sobre la aplicabilidad o no del art. 3.1 del Código Civil que está pensado más para la aplicación del Derecho a un caso concreto, como función típica de la Jurisdicción Ordinaria, que para la concreción normativa de principios y valores generales por parte de la Jurisdicción Constitucional. Bajo este punto de vista, resultaría legítimo dudar de la conveniencia de aplicar los métodos interpretativos habituales para concretar, por ejemplo, qué se entiende por autonomía, unidad, justicia o integración.

Simultáneamente, debe recordarse, como afirma GARCÍA-PELAYO[142], que toda decisión del Tribunal Constitucional, aunque verse sobre materias políticas, debe ser elaborada y fundamentada con estrictos criterios jurídicos. Por tanto, la labor de concreción normativa, o de creación de subnormas constitucionales, debe nutrirse de fuentes jurídicas. No obstante, a pesar de las singularidades interpretativas que parecen derivarse de la naturaleza específica de estas normas, la amplitud y flexibilidad de los términos en que está redactado el artículo 3.1 del Código Civil permite, sin necesidad de forzar el texto, aplicar, a su amparo, la mayor parte de los métodos interpretativos ensayados en el Derecho comparado.

2. El artículo 3.1. del Código Civil y los métodos de interpretación constitucional

ALONSO GARCÍA sintetiza las diversas posiciones que en materia de justicia constitucional se han dado en el ámbito del Derecho comparado, y que, de una forma

[141] GARCÍA-PELAYO, M.: *Discurso de Constitución del Tribunal Constitucional*. Presidencia del Gobierno. Madrid, 1980, pág. 19.

[142] GARCÍA PELAYO, M.: *Discurso cit.*, pág. 20.

u otra, pueden mantener paralelismos con los criterios recogidos en el art. 3.1 del Código Civil.

F. TOMAS Y VALIENTE al recoger en su obra "*El reparto competencial en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*", su experiencia como Presidente del Alto Tribunal, manifiesta que los criterios interpretativos utilizados para la resolución de las cuestiones relativas a la distribución de competencias, han sido fundamentalmente dos: la forma compuesta de Estado y la primacía de la Constitución[1413]. El primero de ellos, como veremos más adelante, se conecta con la teoría estructuralista, método usado por el Tribunal Supremo americano, pero, a pesar de su aparente carácter "*importado*", no puede afirmarse que no esté conectado con los criterios de contexto y finalismo recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil.

2.1. El Texto de la norma

Como variantes de la interpretación "*según el sentido propio de las palabras*" recogida en el art. 3.1, tenemos el "*literalismo*", la "*teoría de los conceptos jurídicos indeterminados*" y la "*teoría de las dos cláusulas*".

- El literalismo se basa en el significado propio de las palabras que puede ser gramatical, semántico, usual o social y técnico-jurídico. "*Los argumentos literales* -anota ALONSO GARCÍA- *son especialmente relevantes para supuestos de hecho "aproblemáticos", para las interpretaciones contextuales y para los contenidos convencionales de términos constitucionales*"[1414], pero no sirven, al menos exclusivamente, para la interpretación de "*conceptos jurídicos indeterminados*".

En los conceptos jurídicos indeterminados puede distinguirse el "*core*" o zona

[1413] TOMAS Y VALIENTE, F.: *El reparto... ob. cit.*, págs. 85 a 87.

[1414] ALONSO GARCÍA, E.: *ob. cit.*, pág. 115.

de certeza, y la zona de penumbras. Para lo primero puede servir la literalidad, para lo segundo, no. DWORKING distingue *"conceptos estrictos"*, para los que el texto constitucional puede ser fuente de interpretación o de concreción, y conceptos amplios o indeterminados, para los que hay que recurrir a otros métodos o fuentes[1413]. En un sentido parecido, la teoría de las *"dos cláusulas"* distingue conceptos estrictos y amplios, para los primeros propone una interpretación original, para los segundos interpretaciones diversas (textuales, históricas, etc...).

2.2. Los debates parlamentarios y la historia

En conexión con el criterio de los *"antecedentes legislativos e históricos"* del art. 3.1, tenemos la corriente interpretativa del *"originalismo"* y *"la historia"*.

- El originalismo se basa en la intención de los constituyentes o del Pueblo expresada a través del Referéndum. La antigua *"voluntas legislatoris"*, expresada hoy a través de la voluntad colectiva de las Cámaras como representación de la Sociedad. Esta tendencia, en sentido amplio, abarca tanto la intención de los autores de la ley, o de los padres de la Constitución, como los debates parlamentarios o la voluntad popular.

  El originalismo a ultranza lleva a la patrificación del Derecho, en cambio el originalismo moderado puede resultar útil. El Tribunal Constitucional en Sentencias de 30-1-81, 8-4-81 y 20-7-81 se ha servido de este método aunque no como fundamento exclusivo de sus resoluciones, sino supeditado a otras fuentes. En el sistema jurídico europeo priman, no obstante, los criterios objetivos de la *"ratio legis"* y el principio, no siempre acertado, de que *"la ley es más sabia que*

[1413] ALONSO GARCÍA, E.: *ob. cit.*, pág. 100.

el legislador"[1416].

- La Historia y los antecedentes históricos, constituyen igualmente una fuente complementaria de decisiones y de normas subconstitucionales. Si bien, hoy en día, la historia, más que como dato, tiende a concebirse como historia del Derecho, o historia política, social y cultural, en cuanto expresión de valores y de tradiciones de una determinada sociedad cuya acreditación, transmisión y continuidad se manifiestan a través de ella.

  En algunos casos, la referencia a la Historia viene recogida expresamente por el texto constitucional, con las consecuencias jurídicas que ya hemos analizado con motivo de la explicación e interpretación de la Disposición Adicional Primera de la Constitución. En todo caso, el recurso a la Historia y al historicismo, no es un método principal, sino complementario, en el contexto del art. 3.1 del Código Civil.

- El sistema del precedente, o "*stare decissis*", reproduce el originalismo jurisprudencial, y aunque garantiza la seguridad jurídica, atenta contra el principio evolutivo y la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse la ley.

2.3. La lógica jurídica y la razón

• La lógica jurídica, más que una fuente de decisiones jurisprudenciales, es un método de construcción de conceptos y de estructuras jurídicas. Abarca los silogismos, la dogmática jurídica, la doctrina y el principio de unidad y de coherencia del ordenamiento.

• El silogismo, en el que se basaron la teoría de la subsunción, la jurisprudencia

[1416] ALONSO GARCÍA, E.: *ob. cit.*, págs. 137-147.

mecánica y el deductivismo, no es fuente de decisiones sino una técnica jurídica hoy superada. En todo caso, para ser fundamento de una resolución debe atenderse al valor de la premisas, no al silogismo como construcción[1417].

• La dogmática jurídica y los principios de unidad del ordenamiento, de coherencia y de valor formal o "*ut valeat*", más que fuentes o fundamentos, son garantías de contraste que nos advierten si una determinada decisión es correcta en relación con el contexto del Ordenamiento entendido como unidad coherente. El art. 3.1 del Código Civil, no considera "*el contexto*" como criterio autónomo de interpretación, sino que va referido al "*significado de las palabras en relación con su contexto*", esto es, como garantía de contraste. En todo caso el contexto del Ordenamiento no se reduce sólo al contenido normativo de éste, sino a todo el ordenamiento en el sentido que le dio S. ROMANO: normas, poderes, estructuras e instituciones.

• La razón o la racionalidad, más que un sistema, es un presupuesto metodológico necesario para cualquier actividad interpretativa. No obstante en determinadas ocasiones ha adoptado fisonomía propia como parámetro de constitucionalidad -STC 18-12-81-, y, bajo la denominación de "*test de racionalidad*", ha servido para justificar determinadas excepciones o limitaciones de principios y de derechos fundamentales, exigiéndose que para que una norma excepcione determinados derechos como la igualdad, la tutela efectiva, la libertad de expresión, etc., el valor sacrificado debe constituir un medio necesario para la obtención de un fin o valor superior[1418].

En materia de atribución de competencias se ha utilizado el "*test de racionalidad*" para la justificación de "*poderes implícitos*" o necesidad de asumir determinadas competencias no previstas y como apoyo o complemento para la realización de otras

[1417] ALONSO GARCÍA, E.: *ob. cit.*, págs. 185 y ss.

[1418] ALONSO GARCÍA, E.: *ob. cit* , págs. 200 a 252.

expresamente atribuidas. Podía ensayarse una posible aplicación de este principio a la Disposición Adicional Primera que consagra el llamado "*hecho diferencial*", ya que si por una parte parece que atenta contra el principio de igualdad, analizado, desde el "*test de racionalidad*", puede constituir un medio necesario para la obtención del fin o valor superior de integración estatal. No obstante, la técnica de la racionalidad lo que realmente encubre es el problema de los valores jerarquizados.

2.4. La Jurisprudencia de valores

El art. 3.1 hace, también, referencia "*al espíritu y finalidad de las normas*", cuestión íntimamente relacionada con los valores. Partiendo de que los valores orientan e informan con pretensión normativa a todo el ordenamiento, puede decirse que los valores expresan y objetivan la finalidad de las normas. Los valores, por otra parte, se explicitan en principios y éstos se concretan en normas.

2.5. La Estructura del Poder

Antes nos hemos referido al estructuralismo y, ciertamente, si aceptamos el principio de interpretación de las normas de acuerdo con el ordenamiento jurídico, en el sentido de S. ROMANO, es decir, como organización y estructura, el estructuralismo encaja en los criterios del art. 3.1 en cuanto "*contexto*" y "*estructura*". De hecho, el Tribunal Constitucional ha reconocido valor de fundamento jurídico a la estructura constitucional del Estado reflejada en el título VIII para esclarecer, entre otras cuestiones, la delimitación de lo "*básico*" en el ámbito del artículo 149.1 de la Constitución. En las Sentencias del Tribunal Constitucional: 1/1982 de 28 de enero, y 54/1982 de 26 de julio, el "*Alto Tribunal ha fijado una presunción de constitucionalidad material y formal de las bases con fundamento en la estructura de poder dibujada en la Constitución*"[1419].

[1419] ALONSO GARCÍA, E.: *ob. cit.*, pág. 466.

La mayor parte de los métodos de interpretación constitucional que hemos mencionado son aplicables a los Estatutos, ya que pertenecen al bloque de constitucionalidad, poseen naturaleza política y en ellos, al igual que en la Constitución, son frecuentes las ambigüedades, los conceptos jurídicos indeterminados y los preceptos valorativos o catárquicos, cayendo, además, bajo la competencia y jurisdicción del Tribunal Constitucional.

El Estatuto, como instrumento que materializa junto con la Constitución la distribución territorial del poder político del Estado, tiene naturaleza política y así lo reconoce GARCÍA PELAYO: "*Las controversias políticas en torno al ejercicio, a la distribución y el uso del poder constituyen el núcleo de la política. En este sentido nuestra jurisdicción es política porque política es la materia que ha de conocer sin, por ello, sustituir la razón del Derecho por la razón política*"[1420]. Por tanto, al tener asignadas los Estatutos, junto con la Constitución, las funciones de distribución del poder político, los criterios interpretativos de ambos están íntimamente relacionados por el sistema de vasos comunicantes. A este respecto TOMAS Y VALIENTE, afirma que el proceso de adquisición de competencias vendrá siempre determinado por una relación dialéctica entre el binomio Estado-Comunidades Autónomas, puesto que éstas se nutren de la reestructuración estatal substrayendo a las instituciones centrales parte de sus competencias para atribuirlas a los entes territoriales[1421].

[1420] GARCÍA PELAYO, M.: *Discurso cit.*, pág. 19.

[1421] TOMAS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, págs 85 y 86.

III. INTERPRETACIÓN NORMATIVO-INSTITUCIONAL DEL ESTATUTO

Como conclusión de este capítulo, podemos afirmar que en la interpretación y desarrollo del Estatuto deben conjugarse los requerimientos institucionales y los normativos, propios de su naturaleza jurídica compleja, salvando de forma equilibrada y flexible ambos aspectos. Si el modelo institucional reflejado en la Constitución y el Estatuto es abierto y flexible, su praxis debe ser igualmente equilibrada, como garantía de la institucionalización.

A ello no obsta, en absoluto, la necesidad de aplicar métodos de interpretación técnico-jurídicos, pues como ha podido apreciarse en la exposición precedente, las normas contenidas en el artículo 3.1 del Código Civil permiten, según los casos y la naturaleza, cobijar técnicas y sistemas diferentes, tanto de carácter objetivo como subjetivo, estricto como amplio, literales como finalistas. Ni del texto de las normas objeto de interpretación, ni del contenido del art. 3.1, se desprende que la única interpretación posible sea la lógica-jurídica, sistemática, dogmática, ni la formal-normativista.

Por el contrario, la interpretación abierta, generosa y flexible, de carácter integrador, que también encuentra apoyo en los criterios legales del art. 3.1, viene impuesta, como ya explicamos en su momento, por la Disposición Derogatoria Segunda, al proscribir una praxis estatutaria desinstitucionalizante. Si la finalidad última de esta Disposición es la integración institucional definitiva del autogobierno en el marco constitucional, cualquier interpretación normativa que obstaculice este resultado queda prohibida. A la misma conclusión se llega ex artículo 1º del EAPV en el que el equilibrio de los elementos institucionales y normativos, exige una praxis coherente.

Por tanto una interpretación normativo-institucional no sólo no viene prohibida por el art. 3.1 del Código Civil, sino que está expresamente recomendada por la naturaleza de la norma estatutaria, por el finalismo evidente de la Disposición Derogatoria 2ª

de la Constitución, y por la coherencia impuesta desde el modelo equilibrado que se desprende del artículo 1º del EAPV. Omitimos, en este momento, enumerar las abundantes concepciones doctrinales que amparan esta fórmula por haberlas expuesto con anterioridad. Por todas, y como síntesis, reproducimos la posición doctrinal de CROSA:

"*Es perfectamente posible, y así ocurre a menudo en el campo del Derecho Público, que se pueden dar dos o más construcciones dogmáticas, incluso antitéticas, que, sin embargo, se fundan en el Derecho positivo y son perfectamente correctas. La elección entre estas construcciones antitéticas no es posible sin recurrir a las finalidades políticas o a los principios políticos que están en la base de la institución*"[1422].

Una vez aclarada y garantizada la finalidad institucional, deberá volverse al método técnico-jurídico para no lesionar la positividad y la objetividad del Derecho. Este contraste entre fines institucionales y criterios técnico-jurídicos, resulta en todo caso conveniente para evitar que con criterios dogmáticos y/o jurídicos puros, como los de "*coherencia*", "*unidad formal del ordenamiento*", "*validez formal*", etc., se obtengan resultados formalmente impecables y coherentes, pero opuestos a la finalidad institucional y al contenido material de las normas.

Aplicando estas ideas al Estatuto de Autonomía, nos aventuramos a proponer algunas conclusiones prácticas. Para ello es conveniente distinguir entre asentamiento y vida institucional o entre fijación de la estructura institucional y su vida cotidiana.

En el modelo autonómico, por asentamiento institucional entendemos el nacimiento y creación de las instituciones y la fijación de ámbitos competenciales de poder que comprende tanto la asunción como el traspaso de competencias. Hasta que este desarrollo no se efectúe no cabe propiamente hablar de vida institucional normal ya que

[1422] CROSA, E.: *Diritto Constituzionale... ob. cit.*, pág. 25.

falta por delimitar el campo de actuación respectivo de las Comunidades Autónomas y del Estado.

Establecidas las Instituciones, clarificados los ámbitos de distribución del poder y efectuados los traspasos de medios materiales y personales, se inicia la fase de la cotidianeidad y de normalidad institucional. En esta fase, aún no puede hablarse de institucionalización definitiva, ya que ésta sólo vendrá dada por la aceptación social conforme a la idea o finalidad que la soporta, pero sí puede hablarse de institucionalización jurídica.

En la fase de asentamiento institucional que comprende fundamentalmente la fijación de ámbitos competenciales y materialización de las transferencias, es donde, a nuestro juicio, deben estar presentes los criterios amplios y flexibles que se derivan de la concepción institucional del Estatuto, ya que en este momento cualquier interpretación restrictiva del autogobierno o extensiva de la unidad estatal, resulta definitiva para reiterar el fracaso institucional histórico o para abrir las posibilidades de integración y de solución del dilema histórico entre unidad y autonomía o entre integración y autogobierno. En esta fase en la que se materializa el modelo teórico de Estado, es en la que deben prevalecer los principios y valores que orientan al sistema, garantizando la no desafección y evitando el desencanto social como consecuencia de lo que K. LÖEWENSTEIN definió como "*tecnicismos post-referéndum*". En este momento debe recordarse la advertencia formulada por SMEND[143] en relación con los factores de integración estatal: "*Así* -dice- *la determinación de las competencias del Estado Federal en principio posee eficacia unitaria e integradora pero a veces por causa de una hipertensión provocan todo lo contrario*".

Por otra parte es en esta fase de asentamiento donde cabe mayor aplicación de los criterios de interpretación abierta del artículo 3.1 del Código Civil, ya que es en

[143] SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional... ob. cit.*, pág. 169.

torno a la fijación de la estructura y del modelo autonómicos y en la delimitación de competencias, donde destaca más la naturaleza política de estas normas y donde proliferan las consideraciones valorativas, las ambigüedades intencionadas, los "*sin perjuicios*", los conceptos jurídicos indeterminados, el reconocimiento del "*hecho diferencial*", los preceptos testimoniales y catárquicos o el reconocimiento de derechos y de realidades históricas y preconstitucionales.

En cambio, en la fase de normalidad o de vida cotidiana de las instituciones, aun cuando no se debe perder, como apunta CROSA, el norte de la finalidad institucional, la vida de la institución debe discurrir de acuerdo con los parámetros habituales de interpretación técnico-jurídica de las normas, sin necesidad de recurrir permanentemente a los fines y valores institucionales. Dicho de otra forma, si en el momento inicial del despegue institucional cobran preeminencia los principios de interpretación subjetiva finalistas e integradores, en la fase de normalidad recobran protagonismos los principios dirigidos a garantizar la objetividad del Derecho y la seguridad jurídica. En el bien entendido de que, en ambas fases, deben conjugarse los elementos institucionales y los normativos con diferente intensidad. Preeminencia no significa exclusividad.

En última instancia, y recordando una vez más a R. SMEND, si la interpretación de las normas y su aplicación práctica depende de su pertenencia al Derecho Público o Privado, y dentro de aquél, al Político o Administrativo, siendo el primero esencialmente integrador y el segundo eminentemente técnico, el Régimen Autonómico, en razón de su pertenencia al Derecho Político y al Administrativo, deberá compaginar los elementos finalistas e integradores con los criterios técnico-jurídicos a través de un método normativo-institucional.

CAPITULO IV: MODELO Y PRAXIS INSTITUCIONAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA VASCO

INTRODUCCIÓN

Transcurridos dieciséis años desde la aprobación del Estatuto de Autonomía existe experiencia suficiente como para poder afirmar que la praxis institucional y el desarrollo estatutario, no se han correspondido con las expectativas que cabía esperar de un modelo legal teóricamente basado en el equilibrio y la flexibilidad. La praxis institucional se ha caracterizado por un desequilibrio oscilante, inicialmente político-jurídico y posteriormente jurídico-formal, que nos invita a intentar la reposición del equilibrio y la superación del enfrentamiento entre fines (integración y autogobierno), principios (unidad y autonomía) y medios (Constitución y Estatuto). Entre institucionismo y normativismo

I. LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA COMO MODELOS LEGALES ABIERTOS, FLEXIBLES Y EQUILIBRADOS

1. El modelo constitucional

Así como la Constitución no ha eludido definir al Estado como social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la CE) o declarar que su forma política es la Monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE), en cambio al referirse a la organización territorial del poder ha eludido todo compromiso conceptual[1424]. Esta omisión no fue involuntaria, sino debida a la dificultad intrínseca de calificar un modelo articulado sobre principios tan dispares como la unidad y la autonomía, así como al deseo de obtener un consenso político generalizado a costa de la ambigüedad terminológica sin despertar fantasmas históricos ni resucitar debates sobre federalismo o Estado unitario.

Esta indefinición originó diversos posicionamientos doctrinales y dio lugar a múltiples calificaciones: Estado autonómico, unitario-regionalizable, federo-regional, compuesto, regional, complejo, de Comunidades Autónomas, flexible, abierto e incluso desconstitucionalizado, como llegó a denominarle CRUZ VILLALON en un artículo de título sugerente: "*La estructura del Estado o la curiosidad de un jurista persa*"[1425]. De estas configuraciones teóricas, las que más se aproximaban a la realidad podían haber sido las de Estado federal o Regional, pero la Constitución quiso eludir su calificación porque ninguna de las dos hubiese resultado exacta, y ambas, por motivos opuestos, no hubiesen obtenido un respaldo político satisfactorio. De ahí que concluya TOMAS Y VALIENTE, basándose en LOGENDIO Y GARCÍA DE ENTERRIA, que nos encontremos ante un modelo constitucional abierto y ante un modelo estructural flexible[1426].

[1424] TOMAS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, pág. 18.

[1425] TOMAS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, pág. 18.

[1426] TOMAS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, pág. 21.

Para este autor no obstante, la apertura, la flexibilidad y el equilibrio parecen ser características *"provisionales"* del modelo, motivadas más por la indefinición que por corresponder a un propósito constitucional intrínseco y duradero. En efecto, la apertura para TOMAS Y VALIENTE descansa sobre cuatro notas: el principio dispositivo, la indefinición del mapa autonómico, la asunción de competencia por los Estatutos y la posibilidad de delegación de competencias estatales a través del artículo 150 de la CE Esto le permitirá afirmar que, en 1988, despejadas ya las tres primeras incógnitas, el modelo estatal puede considerarse virtualmente cerrado.

A nuestro modo de ver, en cambio, el aperturismo del modelo es consecuencia de un equilibrio buscado entre tendencias centrípetas y centrífugas históricamente enfrentadas que aspiran de manera positiva a una integración definitiva. No es por tanto una nota coyuntural o provisional, sino una característica permanente derivada de la finalidad integradora de la Constitución que se prolonga desde el modelo teórico a la praxis institucional y a la interpretación competencial, para evitar la repetición de fracasos históricos. La apertura y el equilibrio constitucionales no son resultados de la indefinición ni defectos a subsanar, sino consecuencias de la integración y virtudes o notas positivas a mantener, al menos por lo que concierne a la problemática integradora específica del País Vasco.

La novedad del modelo de Estado no estriba tanto en la articulación de los principios de unidad y de autonomía, ya ensayada en el siglo XIX, como en la nueva forma de organizar su convivencia mediante la sumisión de ambos al valor superior de integración auspiciado por la Disposición Derogatoria 2ª. En el siglo XIX, la unidad se entendió como principio y como valor absoluto y, precisamente por los resultados negativos a que dio lugar esta fórmula, en la primera oportunidad política aperturista, la Constitución de la II República, se optó por el modelo integrador y se repuso el valor integración declarándose el *"Estado integral"*.

TOMÁS y VALIENTE comentando la obra de E. LLORENS sobre *"la autonomía en la integración política"* referida a la Constitución de 1931, entiende que la idea de integración está igualmente presente en la Constitución de 1978, afirmando que *"entre autonomía y unidad no debe de haber antagonismo sino integración, ya que ambas son momentos de la integración"*[1427].

A pesar de la aparente coincidencia de estas afirmaciones, debemos, de nuevo, discrepar del Profesor TOMÁS y VALIENTE, ya que él concibe la autonomía y la unidad como momentos históricos sucesivos de la integración, y nosotros opinamos que son momentos dialécticos constantes, en continuo equilibrio. Para SMEND el proceso de integración estatal es un proceso constante y nunca terminado. Para TOMÁS y VALIENTE, en cambio, el análisis de la Historia de la formación del Estado español pasa por la fase de *"la pluralidad en la integración"*, hallándonos hoy en el momento de la *"pluralidad en la integridad"*. La *"integración"* como proyecto, ha dado lugar a la *"integridad"* como realización consumada[1428].

A pesar de esta diferencia importante, debe valorarse positivamente, esta referencia a la integración que resulta poco común en el resto de la doctrina. La mayor parte de ésta continúa con el planteamiento decimonónico de oponer unidad y autonomía, esforzándose por demostrar cómo la autonomía no resulta explicable fuera de la unidad y cómo aquél es un principio subordinado y limitado a éste[1429]. En cambio existe una absoluta carencia de estudios que analicen cuáles son los límites que el valor integración impone al principio de unidad. Para no ser reiterativos, nos remitimos en este punto a lo expuesto en el Título I de la Tesis, respecto a la concepción restrictiva del principio de unidad interpretado desde la Disposición Adicional Primera y Derogatoria 2º de la

[1427] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, pág. 29.

[1428] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, págs. 32 a 53.

[1429] Así, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, MUÑOZ MACHADO, T.R. FERNÁNDEZ, VANDELLI, etc.

Constitución, como principio de unidad de mínimos referido a los contenidos de la Constitución sustancial a fin de procurar la efectiva realización de los valores de autogobierno e integración.

En resumen, podemos afirmar que el modelo de Estado es:

- abierto, flexible y equilibrado como características intrínsecas y constantes, no sólo provisionales o coyunturales.

- La apertura y equilibrio no sólo son elementos informadores del modelo teórico, sino que deben prolongarse en la praxis y en la distribución competencial.

- Modelo articulado sobre unidad y autonomía limitadas y equilibradas por el valor superior de integración.

- La unidad de mínimos se concreta en el alcance y contenido de la Constitución sustancial.

- La articulación entre ambos principios, se basa, además, en el historicismo jurídico, la homogeneidad mínima y el respeto de la diversidad en la pluralidad[1490].

- Sobre estas bases se establece el reparto del poder político en los artículos 148 y 149.1 de la Constitución, operando el 149.3 como cláusula de cierre competencial y clausura del modelo.

[1490] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, págs. 54 a 65.

2. La visualización del equilibrio del modelo estatutario, a través del artículo 1º del Estatuto

El artículo 1º del EAPV contiene en germen y de forma condensada todo el desarrollo normativo del Estatuto, y en él se aprecia de forma clara el equilibrio sopesado de todos sus elementos. La interpretación que se dé a este artículo, condiciona al resto del Estatuto, ya que en él se dan las claves y pautas del modelo estatutario.

El equilibrio entre realidades socio-políticas y jurídicas (Pueblo vasco o Nacionalidad y Comunidad Autónoma o Euskadi), entre valores (autogobierno e integración), entre principios (unidad y autonomía) entre medios o instrumentos legales (Constitución y Estatuto) y entre niveles institucionales (Institución y norma institucional), se desprende espontáneamente de su propio texto y permite la formación de dos columnas que, a su vez, reproducen externamente la estética de su equilibrio:

Columna 1		Columna 2
• Pueblo Vasco o Nacionalidad	< ——— >	Comunidad Autónoma-Euskadi
• Autogobierno	< ——— >	Integración
• Autonomía	< ——— >	Unidad
• Estatuto	< ——— >	Constitución
• Institución	< ——— >	Norma Institucional

Este equilibrio general, se basa, a su vez, en los equilibrios relativos de sus respectivos pares, de manera que cualquier ruptura parcial general el desequilibrio general.

La visualización de este equilibrio a través de las respectivas series y columnas, nos permitirá comprobar fácilmente cómo se ha desarrollado la praxis estatutaria posterior, hasta el punto de poder avanzar que en las dos distintas fases por las que ha atravesado el desarrollo estatutario, la llamada política o político-jurídica y la técnica o

formalista, el desequilibrio ha sido debido a la incidencia prácticamente exclusiva sobre una de las columnas, con olvido de la otra. Así la primera etapa puso énfasis en la Nacionalidad, el autogobierno, la autonomía, el Estatuto y la Institución. Y la segunda, en la Comunidad Autónoma, Título VIII, integridad, unidad, prevalencia, superioridad de la Constitución y consideración exclusivamente normativa del Estatuto. Comprobémoslo a través del estudio de la praxis constitucional y estatutaria.

II. LA PRAXIS CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA COMO DESEQUILIBRIO ALTERNATIVO DE LOS MODELOS LEGALES

Tanto en la **INTRODUCCIÓN** de la Tesis, como al tratar dentro del Capítulo IV Título I, del significado jurídico integral del Estatuto bajo el título "El Estatuto en la encrucijada", he destacado que la motivación última de este estudio aspira a ofrecer una mediación entre dos visiones históricamente contrapuestas del Estatuto, que para entendernos hemos llamado "etapa política" y "etapa jurídica".

La primera de ellas, fuertemente impregnada del espíritu inicial de la negociación política con la invocación a pactos y acuerdos, puso el énfasis en los objetivos políticos y consideró al Estatuto como una herramienta útil para la normalización política, sin prestar gran atención a las exigencias técnicas derivadas de la consideración normativa de la Constitución y del Estatuto.

La segunda etapa, auspiciada desde el Estado como consecuencia de la incierta e inquietante coyuntura política del momento, año 1981, pretendió la reconducción política del proceso autonómico, mediante una lectura exclusivamente técnico-jurídica de la Constitución y de los Estatutos.

Si en la primera fase se invocaron pactos, historia y finalismo, en la segunda se hizo abstracción de cuanto no fuese normatividad y formalismo. En definitiva, como ya expuse, ambas visiones son fragmentarias e incompletas, carentes de una visión jurídica integral que debe superarse a través de la concepción institucional del Estatuto y de la reposición del equilibrio normativo-institucional del modelo.

Aunque no es propósito de estas páginas historiar el proceso del desarrollo estatutario, puede ensayarse una apretada síntesis de su evolución.

1. Interpretación político-jurídica, finalista, voluntarista y pactista del Estatuto: 1979-1981

Esta etapa inicial, que realmente comienza en 1978, está marcada por las incidencias del proceso de elaboración y aprobación del Estatuto, por las negociaciones políticas que lo hicieron posible y por la voluntad popular expresada en el Referéndum.

La secuencia cronológica de los acontecimientos es la siguiente[141]:

- El 14 de noviembre de 1978, el Consejo General Vasco encomienda a la Asamblea de Parlamentarios Vascos la elaboración del Proyecto de Estatuto, y el 29 de diciembre del mismo año el texto queda aprobado por dicha Asamblea, con el nombre de Estatuto de Gernika.

- El 20 de marzo de 1979, los componentes de la nueva Asamblea de Parlamentarios Vascos procedente de las elecciones generales, ratifica el Texto del Proyecto ya presentado en el Congreso, y el 21 de julio de 1979 se produce su aprobación de común acuerdo y de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 151.2 de la Constitución.

  Es público y notorio que, junto a los debates en el seno de la Comisión del art. 151.2, se desarrollaron negociaciones políticas paralelas entre los Presidentes del Gobierno y del Consejo General Vasco, Sres. SUÁREZ y GARAIKOETXEA, y se alcanzaron acuerdos decisivos para la aprobación del texto, constituyendo claves interpretativas importantes para su desarrollo e interpretación posterior.

- El 25 de octubre de 1979 se celebra el referéndum estatutario, el 29 de noviem-

[141] TAMAYO SOLABARRIA, V.: *Fuentes Documentales... ob. cit.*, págs. 777 a 806.

bre y el 12 de diciembre la ratificación de Cortes y el 22 de diciembre se publica en el Boletín Oficial del Estado.

Por cierto, uno de los primeros problemas interpretativos del Estatuto se suscitó en torno a la interpretación del término "aprobación definitiva del Estatuto" contenido en la Disposición Transitoria Primera de su texto, a partir de cuya fecha, en un plazo de 60 días, debían convocarse elecciones al Parlamento Vasco. La cuestión debatida afectaba a los intereses políticos y a la preferencia de los partidos respecto a la fecha de las elecciones. Los que optaban por un retraso electoral defendían que la "aprobación definitiva" incluía el trámite de publicación oficial de la ley en el B.O.E. Los que defendían su urgente celebración alegaban que el trámite se ultimaba con la sanción del Rey. La solución fue política y salomónica: el presidente SUÁREZ, ante la presión vasca, ordenó la inmediata publicación del Estatuto en el B.O.E.

- El 9 de marzo de 1980 se celebraron las primeras elecciones autonómicas al Parlamento Vasco y el 29 de abril tomó posesión el nuevo Gobierno Vasco que en su primera sesión, celebrada el mismo día, adoptó como objetivos prioritarios el desarrollo del Estatuto para materializar la Autonomía política y la negociación del Concierto Económico para obtener la autonomía financiera.

Al año de la Constitución del Gobierno Vasco, en la Memoria de actividades publicada con motivo del aniversario[142], se destacan como grandes logros las transferencias y el Concierto Económico.

Respecto a las transferencias, conviene recordar que, desde una perspectiva teórica, la atribución competencial se realiza a través del Estatuto y que la función de la Comisión Mixta de Transferencias consiste en acordar los traspasos de los medios

[142] *"Memoria 1980-81. Gobierno Vasco"*. págs. 65 a 68.

personales y materiales necesarios para el ejercicio de las competencias[143]. Pero, no es menos cierto que, en la práctica, y lo puedo garantizar personalmente por haber pertenecido en el período 1981-1983 a dicho órgano, se utiliza esta instancia para perfilar e interpretar con carácter, muchas veces definitivo, el alcance y contenido de las competencias. De forma que los desacuerdos de la Comisión no tienen generalmente por objeto los propios medios, sino la calificación competencial como presupuesto del traspaso de los mismos.

El balance competencial-transferencial de este período fue considerado altamente positivo para la Comunidad Autónoma, ya que, si tenemos en cuenta que hasta el 26 de septiembre de 1980 no se aprueba el Real Decreto sobre normas de traspaso, desde esta fecha hasta abril de 1981, se materializaron a través de 16 Decretos de Transferencias los núcleos esenciales sobre las que se asienta actualmente la Autonomía Vasca[144].

La negociación del Concierto Económico fue otro de los exponentes claros del estilo de negociación político contractual característico de la primera fase del desarrollo estatutario. En ella confluyeron elementos tales, como:

- negociación y aprobación paritaria por mutuo acuerdo de la Comisión Mixta del Concierto.
- Reconocimiento de un derecho histórico.
- Invocación a la negociación estatutaria.
- Recurso a la movilización social y a la voluntad popular, con motivo de la visita institucional del Presidente SUÁREZ en diciembre de 1980. Esta fórmula que tuvo su antecedente en la legalización de la *"ikurriña"* y posteriormente en el

[143] Entre otros muchos, LASAGABASTER HERRARTE, I.: "El Sistema Competencial". En *El Estatuto de Autonomía*. IVAP. Oñati, 1989, págs. 95 a 97.

[144] Vid. Gobierno Vasco. *Memoria*. 1980-81, citada.

rechazo de la LOAPA, consiguió, en veinte días, alcanzar acuerdos que los negociadores llevaban discutiendo seis meses.

En definitiva, la memoria, todavía fresca, del clima de negociación política en que se fraguó el Estatuto, dentro y fuera de Euskadi, la proximidad del Referéndum como expresión de la decisión institucional, y la creencia de que los problemas jurídicos se solventan en base a la voluntad política, permite caracterizar el desarrollo estatutario de esta primera época con las siguientes notas:

a) Interpretación contractualista del Estatuto

El Estatuto se concibe como producto de un pacto o de una negociación:

- política, en la que prima la intención de los pactantes y especialmente de los *"frammers"* o padres del Estatuto, y de los *"negociadores"* políticos, como instancia paralela a la Comisión prevista en el artículo 151.2 de la Constitución.

- jurídica, como consecuencia del procedimiento de aprobación o de *"formulación de mutuo acuerdo"* de los contenidos materiales del Estatuto en el seno de la Comisión prevista en el artículo 151.2 de la Constitución. Como prolongación de esta fórmula, se diseñan con el mismo carácter paritario, que exige el *"mutuo acuerdo"*, la Comisión Mixta de Transferencias y la Comisión Mixta para la negociación del Concierto Económico.

- social, expresada en la voluntad popular del Referéndum de aprobación del Estatuto.

b) Criterios subjetivos de interpretación

En coherencia con el contractualismo derivado de la naturaleza pactada y negociada del Estatuto, priman, más que los criterios de interpretación objetiva del art. 3.1 del Código Civil, las normas de interpretación de los contratos del art. 1281 y ss. del Código Civil que, como es sabido, dan primacía a los términos, siempre que éstos sean claros y reflejen la intención de los contratantes. Por tanto en los casos en que los conceptos no fuesen claros, circunstancia frecuente dada la gran proliferación de conceptos indeterminados, ambiguos y elásticos, se recurre a la intención y al espíritu de los autores materiales del Estatuto.

En definitiva el Estatuto, en cuanto revestimiento formal de un pacto político previo, o como cobertura de un pacto, fue considerado como una ley formal en el sentido ya expuesto por G. JEZE.

c) Originalismo atenuado

Propiamente el originalismo hace referencia a la intención de los Constituyentes o de los legisladores, a los debates parlamentarios, etc. En este caso no puede hablarse de originalismo propiamente dicho, puesto que la técnica de ratificación por Cortes del Estatuto, no dio oportunidad a debates parlamentarios ni a la exteriorización de la intención de los constituyentes y estatuyentes formales. En cambio, el procedimiento de aprobación, sí permitió conocer, a través de las Actas de la Comisión Constitucional del art. 151.2, la intención de los estatuyentes materiales.

d) Invocación de la Disposición Adicional Primera y de los títulos históricos

En esta época se esgrimió frecuentemente el finalismo reparador de los Derechos históricos y la singularidad competencial derivada del *"hecho diferencial"*, tanto en la

defensa de la concepción general del Estatuto como en la negociación de transferencias en materias tan específicas como Educación y Concierto Económico.

Como resumen, esta primera fase se caracterizó por una interpretación estatutaria: contractual, subjetiva, originalista, institucional, finalista e histórica basada en títulos históricos, singularidad, y naturaleza pactada y negociada de los contenidos materiales del Estatuto. Estas notas, unidas a la convicción de que los problemas se resuelven cuando hay voluntad política y al entusiasmo social inicial, cuando no a las movilizaciones sociales en apoyo de los negociadores políticos, así como a la concepción instrumental-formal del Estatuto y al marco constitucional abierto y flexible, arrojaron un balance positivo, hoy añorado, para el desarrollo Estatutario.

Debe, por otra parte, señalarse que aun cuando la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se promulga el 3 de octubre de 1979, hasta el 14 de febrero de 1980 no se designan a los Magistrados, su Presidente será nombrado por Real Decreto 1322/1980 de 4 de julio, y hasta el 15 de julio de 1980 el Tribunal no comienza a ejercer sus funciones. Esta circunstancia justifica el que, durante gran parte de 1980, la única fórmula para la resolución de las diferencias interpretativas fuese el recurso a la voluntad política y al contractualismo subyacente.

Podemos, en consecuencia, afirmar que esta primera época, por razones y carencias explicables, produce un desarrollo interpretativo del Estatuto en el que las consideraciones técnico-positivas están en un segundo plano, y en cambio, priman las referencias y los apoyos sobre los elementos socio-políticos o jurídico-políticos recogidos en el artículo 1º del EAPV: Nacionalidad, Pueblo, decisión popular, autogobierno, títulos históricos, autonomía, Estatuto como pacto y finalismo institucional, con las

consiguientes apelaciones al contractualismo y a la voluntad política.

2. Intermedio: reconducción político-jurídica del desarrollo constitucional y estatutario. Congelación del proceso, informes jurídicos, crisis autonómica, LOAPA, Pactos Autonómicos y Sentencia del TC de 5-8-1983

El cambio de rumbo que va a experimentar el desarrollo constitucional y estatutario está motivado por una serie de circunstancias políticas y jurídicas que conviene mencionar:

- Preocupación y nerviosismo crecientes en el estamento militar, principalmente en los sectores más conservadores, por la dirección que iba tomando el proceso autonómico, especialmente el vasco, que podía poner en peligro la unidad del Estado. El golpe militar del 23-F contra el sistema democrático, supuso una llamada de atención al Gobierno, a la vez que una excusa importante, para materializar la reconducción del proceso cuya conveniencia ya habían anunciado con anterioridad algunos de sus representantes.

- Dimisión del Presidente SUÁREZ, debilidad del Gobierno como consecuencia de la crisis de UCD, y, por tanto, incapacidad para adoptar decisiones arriesgadas en materia autonómica. Con CALVO SOTELO, que le sucede, no hay posibilidad de invocar el espíritu de los pactos y de los acuerdos, ya que no participó directamente en la negociación.

- Críticas crecientes de ilustres juristas contra el monopolio político de la Constitución y de los Estatutos, van creando un ambiente doctrinal propenso a la *"juridificación"* del desarrollo constitucional versus *"politización"*, no exento de cierto *"revanchismo"* profesional y corporativo. A la *"racionalización"* y *"enfriamiento"* jurídico del proceso contribuye, también, la puesta en marcha y el funciona-

miento del Tribunal Constitucional.

La coincidencia de la voluntad política de imprimir un giro a la interpretación de la Constitución, con la crítica jurídica y doctrinal contra el monopolio de los políticos, convertirá a esta última en coartada científica al servicio de intereses políticos.

Esta nueva fase, pasa por tres momentos:

a) Congelación del desarrollo autonómico en materias de transferencias y leyes de bases, hasta formular jurídicamente la nueva estrategia (Informe de Expertos y LOAPA) y alcanzar acuerdos políticos para resolver los problemas que no podían solucionarse por ley. (Pactos Autonómicos).

b) Crisis y contestación autonómica: negociaciones políticas, debates doctrinales y políticos, Informes jurídicos, dictámenes y movilización social.

c) Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 sobre la LOAPA.

Algunos comentarios sobre este proceso.

2.1. Congelación del desarrollo estatutario, formulación de propuestas estatales, Informe de Expertos, LOAPA y Pactos Autonómicos

La lectura del B.O.E. permite comprobar que prácticamente durante el período 1981-1983 no se publica ningún Decreto de Transferencias. Igualmente se congelan todo tipo de Proyectos sobre legislación básica, bases, etc. El desarrollo estatutario en su conjunto queda subordinado a la nueva estrategia político-jurídica que, esbozada en el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías, se materializará en el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico-LOAPA y en los Pactos Autonómicos.

2.1.1. La Comisión de Expertos

Conocida de antemano por el Gobierno la posición de algunos juristas, fundamentalmente administrativistas, de reconocido prestigio e influjo doctrinal, contraria tanto al excesivo protagonismo político en el desarrollo constitucional, como a la orientación que se venía dando al mismo, designan una Comisión de Expertos para dar cobertura jurídica a la decisión política, previamente adoptada, de enfriar, ralentizar y racionalizar el proceso autonómico en base a una reinterpretación del texto y del modelo constitucional abierto y flexible.

Esta Comisión de expertos administrativistas, estuvo presidida por E. GARCÍA DE ENTERRIA e integrada por COSCULLUELA, MUÑOZ MACHADO, T.R. FERNÁNDEZ, T. QUADRA-SALCEDO, SÁNCHEZ-MORÓN y SOSA WAGNER. Sobre la cualificación y categoría intelectual de estas personas nada que objetar, pero por lo que concierne a sus posiciones respecto al hecho autonómico, al menos dos de ellos, GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNÁNDEZ, habían hecho pública su posición contraria a singularismos, nacionalidades, historicismos, hechos diferenciales y, sobre todo, a las consideraciones o vertientes políticas de los Estatutos que excediesen de una configuración estrictamente normativa. Algunos ejemplos:

- GARCÍA DE ENTERRIA, en su obra *"Estudios sobre Autonomías Territoriales"* publicada en 1985, en su Parte I, recoge una serie de trabajos anteriores a la Constitución y a los Estatutos, y otros publicados en 1979 y 1980 sobre el *"techo de las autonomías"*, así como un estudio jurídico sobre el Título VIII de la Constitución. Todos ellos, por tanto, son anteriores al encargo del Informe, y ya reflejan las ideas que hemos mencionado:

- Generalización autonómica, carencia de una doctrina jurídica sobre la autonomía,

necesidad de que los juristas desplacen a los políticos y pasen a primer plano[1435].

- Consideración del Concierto Económico como privilegio insolidario o régimen de *"apartheid"*; el principio dispositivo como error histórico y presente; generalización; necesidad de buscar un límite o un techo competencial a las autonomías; acabar con el patrimonio de los políticos convirtiendo a la autonomía en una cuestión jurídica; hacer a la *"ley más inteligente que el legislador"*, etc.[1436].

- Primacía del Título VIII de la Constitución; interpretación constitucional formal o *"uti valeat"*; sumisión de todos los Estatutos indeferenciadamente al Título VIII; raseamiento y nivelación igualitaria entre los diversos Estatutos, etc.[1437]

• Respecto a T.R. FERNÁNDEZ, también era conocida su postura crítica respecto al rumbo que estaba tomando el proceso autonómico a través de una serie de artículos y conferencias anteriores a su participación en la Comisión de Expertos. Algunas de estas publicaciones están recogidas y recopiladas en su obra *"Entre el Derecho y la Política"*, publicada en 1987.

La desconfianza y crítica del protagonismo político que margina la función de los juristas, queda reflejada en sus artículos sobre *"Juridicismo y Estado de Derecho"* (1979) *"Política versus Derecho"* (1980) y *"Reforma Política y Estado de Derecho"* (1980). De ellos son las siguientes afirmaciones:[1438].

[1435] GARCÍA ENTERRIA, E.: *Estudios sobre autonomías... ob. cit.*, Prólogo, págs. 23 y 24.

[1436] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 59 a 70.

[1437] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 85 a 115.

[1438] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Entre el Derecho y la Política... ob. cit.*, págs. 17 a 39.

- *"La clase política se lava las manos y llama al argumento constitucional: "juridicismo", palabra inédita en el panorama comparado".*
- *"Si el Derecho sólo sirve para dar forma "a posteriori" a los acuerdos políticos, la cosa no merece la pena".*
- *La concepción instrumental del Derecho, como mera vestidura de la voluntad de los detentadores del poder, la tendencia a situarse "legibus solutus"*, como el antiguo príncipe y moderno dictador, constituye la amenaza más grave para la democracia.
- *"El debate estatutario sirvió para "dar forma" a los acuerdos políticos, y a veces ni para eso, puesto que la forma que se dio al desacuerdo y a la confrontación frontal... fue tan simple, tan superficial y tan necia como añadir un "sin perjuicio" a lo dispuesto en el art. 149.1...".*
- *"En la negociación de los Estatutos, la "razón de Estado" se impuso a la Constitución. Los Estatutos de Gernika y Sau chocaban de forma flagrante con el texto constitucional, y salieron de las Cortes como habían entrado, sin más adición que el, tan cínico como necio, "sin perjuicio". El Derecho sigue siendo despreciado por nuestros gobernantes... Los juristas son un estorbo. Prevalece la razón de Estado, el consenso ambiguo, el posibilismo disolvente, la desvalorización social de la Ley, el contrabando democrático,...*

En relación con los principios de autonomía y unidad[1439], opina así este autor, en 1978:

- *"las "nacionalidades" son verbalismo demagógico, carentes de valor desde una perspectiva jurídica y expresión de una polémica mezquina".*

- *"la unidad se manifiesta en un sólo Estado, una sola nacionalidad, una sola*

[1439] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, págs. 43 a 46.

soberanía y una pluralidad de entidades regionales".

En torno al debate sobre singularidad-generalidad y al principio dispositivo, afirma[1440]:

- *"El singularismo es "arcaísmo nacionalista". La necesidad de generalización autonómica se fundamenta no en posibilitar el desenvolvimiento de determinadas comunidades, sino de articular una forma de Estado".*

- *"El principio dispositivo "dificulta la generalización" y entraña el riesgo del uso exagerado de una libertad organizativa, con una estructura exacerbada, que impida el funcionamiento del conjunto estatal".*

Por último en su artículo sobre "*Autonomías Regionales: un pacto oscuro y un fraude manifiesto*", publicado en 1978, se expresa así[1441]:

- *"La diferenciación entre nacionalidades y regiones desdobla el sistema en dos modelos cualitativamente distintos "uno de carácter administrativo, y otro decididamente político"".*

- *"La autonomía política sería sólo para las tres Regiones que constituyen "la primera división española"".*

- *"No es admisible la discriminación organizada... Esta solución procede de "pactos oscuros" logrados entre bastidores, y es sencillamente "un fraude"".*

El traer aquí esta proliferación de textos no es arbitrario ni desfasado, puesto que

[1440] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, págs. 49 a 64.

[1441] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *ob. cit.*, págs. 71 a 90.

recopilados y publicados entre 1985 y 1987, respectivamente, significa que sus autores los siguen considerando vigentes y expresión de su pensamiento en esas fechas.

Por otra parte, el conocimiento de la posición de los autores evidencia la utilización política de su prestigio y la colaboración sinérgica, política-Derecho, para "*someter*" y reconducir el texto Constitucional hacia posiciones que ya habían sido derrotadas por la voluntad constituyente.

2.1.2. El Informe de la Comisión

La mayor parte de las ideas del Informe de la Comisión son una reproducción de las tesis expuestas.

En la Introducción se anuncia la urgencia por cerrar cuanto antes el modelo de Estado para evitar que el uso inmoderado del principio dispositivo, o el no uso de este principio, prolongue el estado de indefinición, resultando, al final, un modelo no operativo.

Este cambio de estrategia implica un cambio en la concepción del modelo de Estado. Su aparente indefinición, apertura y flexibilidad, perseguía dar solución a problemas endémicos e históricos otorgando prioridad a la consolidación autonómica sobre bases constitucionales mínimas que no impidiesen la "*acomodación*" del autogobierno, para una vez instalado éste, proceder al cierre definitivo tal como se prevé en el art. 149.3 de la Constitución. A partir de ahora, la opción girará hacia la consolidación prioritaria de la unidad del Estado, para, posteriormente, establecidos sus límites, proceder a la fijación de los ámbitos de libertad autonómica. Se opta por un modelo de Estado defensivo ante la autonomía, y se prioriza como finalidad esencial el valor administrativo de la organización racional del Estado, a costa de la solución de los

problemas políticos y del principio dispositivo[1442].

La conversión de un modelo abierto en cerrado y la limitación del principio dispositivo y de la iniciativa autonómica mediante la conversión del derecho a la autonomía en obligación generalizada, desde pautas ordenadoras establecidas por el Estado, pudo dar lugar a lo que VANDELLI califica de "*convención constitucional*"[1443]. No obstante, tanto las mutaciones como las convenciones constitucionales persiguen la alteración de la Constitución o su reforma por vía indirecta "*para adaptarse a las exigencias sociopolíticas*", dejando intacto el texto pero modificando su contenido y significado[1444]. En este caso, a falta de justificar la necesidad de acomodar la Constitución a la realidad, lo único que aflora es una reforma constitucional "*extra ordinem*", o encubierta, al servicio de una decisión política y con apariencia de rigor jurídico. En definitiva algo muy parecido a lo que T.R. FERNÁNDEZ achacaba a los políticos: "*sumisión de la ley a la razón de Estado*".

Las líneas generales del Informe no sólo pretenden la reforma del modelo de Estado mediante la potenciación del principio de unidad y la cláusula de prevalencia del art. 149.3, sino que paralelamente, en el ámbito autonómico y mediante el subterfugio de la generalización del sistema a todo el Estado, se pretende la homogeneización política y administrativa entre las Comunidades Autónomas mediante un indisimulado intento de reducción de los ámbitos competenciales. Así:

- La generalización del modelo autonómico se justifica en razones de operatividad administrativa: "*El mantenimiento por mucho tiempo de una doble faz, centrali-*

[1442] *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

[1443] VANDELLI, L.: *El ordenamiento español... ob. cit.*, págs. 406-408.

[1444] JELLINEK, G.: *Reforma y Mutación Constitucional... ob. cit.*, pág. 7 y LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución... ob. cit.*, pág. 165.

zación y descentralización, obligaría al Estado a ajustarse a un doble patrón, y en estas circunstancias sería muy difícil, si no imposible, que la máquina administrativa consiga asegurar un mínimo de operatividad real"[1445]. Esta respetable preocupación por la operatividad administrativa del sistema, anula, y hace pasar a segundo plano, las exigencias del proceso de integración política estatal, priorizando a la Administración frente al Estado como realidad política.

- La homogeneización política entre Comunidades, pretende llevar a la práctica las afirmaciones de T.R. FERNÁNDEZ sobre "*verbalismos demagógicos*", "*discriminación entre nacionalidades y Regiones*", "*Comunidades de primera y de segunda*", etc. Por ello: "*es preciso poner todo el énfasis en que la Constitución no impone dos clases de Comunidades Autónomas, sino gradualidad temporal en el acceso a techos competenciales idénticos*". Se recomienda la atribución de "*patrones o bloques competenciales únicos, mínimos y homogéneos*". La singularidad de las nacionalidades quede salvada en el plano de la autoorganización y "*en aquellas competencias que se derivan de características lingüísticas, culturales o geográficas*"[1446]. De esta forma queda reducida la nacionalidad a un concepto cultural sin efectos jurídicos.

Para justificar estas medidas se reiteran las razones de corte administrativo: "*Una nueva Administración no se improvisa de la noche a la mañana*". "*Los servicios de la Administración Central no se reciclan, desmontan o transfieren, por la gracia de un conjuro*". Y sobre todas: "*la diversidad competencial podría impedir la reforma de la Administración del Estado*"[1447].

[1445] Texto del Informe, pág. 15.

[1446] Texto del Informe, págs. 18 a 23.

[1447] Texto del Informe, págs. 20 a 22.

- La reducción administrativista del sistema se consigue mediante la restricción de la calidad política de las competencias exclusivas de las Comunidades, a cuyo objeto, se reconducen "*los excesos semánticos a que ha dado lugar el empleo impreciso de la expresión competencias exclusivas*"; se trata de aclarar "*la terminología de bases*", "*normas básicas*", "*desarrollo legislativo*" y "*se sientan los criterios interpretativos de la Constitución para determinar qué ordenamiento es de aplicación preferente en casos de colisión*"[1448].

- La homogeneización organizativa, pretende extenderse a ámbitos que chocan con la potestad de autoorganización reconocida a las Comunidades. En este sentido no sólo se recomienda una organización institucional uniforme en base a Parlamento, Gobierno y Tribunal Superior de Justicia, sino que se extienden al numero de componentes del Ejecutivo, al régimen de sesiones y de remuneración de los Parlamentos autonómicos, a la organización administrativa periférica, a convocatorias electorales, a la organización de la Función Pública, etc.[1449]

  A este respecto conviene recordar que el ensanchamiento de las exigencias del principio de unidad política de mínimos hacia ámbitos administrativos, no sólo significa una modificación constitucional, sino que va en contra de la Disposición Derogatoria 2ª en la medida en que incide en el error histórico del siglo XIX y dificulta la integración como solución definitiva.

- Otros aspectos, como la propuesta sobre "*comisiones mixtas de transferencias generales y no particulares*", "*traspasos por bloques materiales completos y simultáneos*", etc.[1450], vuelven a poner de relieve la obsesiva preocupación por

[1448] Texto del Informe, págs. 45 y 46.

[1449] Texto del Informe, págs. 24 a 29.

[1450] Texto del Informe, págs. 29 a 34.

la reforma administrativa en detrimento de la significación política de las competencias como medio para la integración por el autogobierno, y de la singularidad competencial de algunas Comunidades. El balance final de la propuesta de los Expertos se traduce en la potenciación del principio de unidad política del Estado y la progresiva "*administrativización*" del régimen autonómico generalizado y nivelado.

2.1.3. LOAPA y Pactos Autonómicos

Como instrumentos para la consecución de los objetivos expuestos, se arbitran la Ley los Pactos. Conscientes los autores de la propuesta de que sus contenidos afectaban a principios constitucionales claves del Título VIII: principio dispositivo, régimen de distribución y calificación competencial, y cláusula de prevalencia, pretenden eludir la inconstitucionalidad del Proyecto mediante su configuración como ley interpretativa. Para lograr el objetivo de la generalización, además de forzar las previsiones del art. 144 de la C.E., la caracterizan como armonizadora, y para evitar problemas de rango normativo y jerárquico con los Estatutos, la otorgan carácter orgánico.

Probablemente el único fracaso de la LOAPA consistió en su configuración técnica como ley orgánica, armonizadora e interpretativa, con la consiguiente deslegitimización de los contenidos relativos a la reinterpretación de la Constitución. Pero su gran triunfo fue la implantación de una "*cultura autonómica*" cuyos contenidos han prevalecido desde entonces.

Finalmente, el informe contenía un apartado final sobre acuerdos políticos no legalizables, que en número de veintidós, se referían a la fijación del mapa autonómico, fechas y calendarios electorales homogéneos, organización institucional idéntica, régimen parlamentario, composición del Ejecutivo, burocracia autonómica, programación de traspasos, etc... La mayor parte de estas propuestas fueron recogidas en los llamados

"*Pactos Autonómicos*" formalizados y firmados por el Gobierno de la U.C.D. y el P.S.O.E. como principal partido de la oposición, el 31 de julio de 1981.

2.2. La reacción Autonómica

Como era de prever, la publicación del Informe y la suscripción de los Pactos Autonómicos, suscitaron la inevitable reacción autonómica, que, en el caso vasco, se manifestó en diversos frentes: social, político, jurídico y doctrinal.

En el ámbito político se produjeron algunos intentos de negociación dirigidos más a salvar las formas que a modificar contenidos. Hubo también debates públicos y movilizaciones sociales, pero en el contexto de este estudio, interesa destacar los debates jurídicos y doctrinales que suscitó el proyecto LOAPA y la "*cultura*" de interpretación constitucional del modelo de Estado subyacente.

2.2.1. El debate doctrinal

Hubo numerosas controversias jurídicas, unas directamente contra la LOAPA y otras contra un estilo y un método "*administrativista*" de interpretar la Constitución que iba cuajando oficialmente. Entre estas últimas, destaca la que mantuvo el Prof. LUCAS VERDÚ en la Revista de Derecho Político en la primavera de 1982 bajo el título "*Como Derecho Administrativo" La "ideología constitucional" del Prof. GARCÍA ENTERRIA*".

En este artículo LUCAS VERDÚ denuncia la tendencia a considerar el Derecho Constitucional como Derecho Administrativo, lo que supone una invasión metodológica y práctica del primero[145]. El Derecho Constitucional posee su propia Dogmática, es decir, sus propios conceptos, postulados y categorías, y su propio método normativo-institucional.

[145] LUCAS VERDÚ, P.: "Como Derecho Administrativo". *R.E.P.* Madrid, 1982, pág. 8.

La Dogmática Constitucional está relacionada con una ideología, ya que toda organización de la convivencia política responde a proyectos, ideas y objetivos concretos, y posee su propia fórmula política[1452].

La Constitución jurídica, en cuanto plan normativo, y la Dogmática constitucional están al servicio de la Constitución real, y hacia este mismo fin ha de orientarse el método interpretativo. La dogmática y el método constitucional han de tener en cuenta los contenidos ideológico-valorativos, culturales, organizativos y la función transformadora-integradora de la Constitución. Por tanto, en el ámbito constitucional no encaja el método lógico-formal basado en meras conexiones formales[1453].

En contraste con estas apreciaciones, la posición de GARCÍA DE ENTERRIA presenta, según LUCAS VERDU:

- un dogmatismo absolutista, excluyente e "*ideologizado*" al servicio de intereses políticos por encargo gubernamental y por tanto "*ad usum gubernatoris*", contrastando sus postulados de rigidez técnico-jurídica con la obediencia a decisiones políticas soterradas[1454].

- una invasión de la técnica administrativista que culmina en la administrativización del Derecho Constitucional en contra de la distinción y diferenciación, ya establecida por SMEND, entre el Derecho Administrativo como técnico y el Derecho Político y Constitucional como integrador e informador[1455].

[1452] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, pág. 12.

[1453] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, págs. 14 a 17.

[1454] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, págs. 23 a 29.

[1455] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, pág. 15.

- un formalismo jurídico, preocupado más por la operatividad formal que por la eficacia real, caracterizado por una tajante separación entre el mundo de la normatividad y el de la realidad. En definitiva, acostumbrado a contemplar el mundo "*sub specie Administrationis*" sostiene una concepción normativa de la Constitución sin reparar en los conceptos de Constitución sustancial y material[1456].

GARCÍA DE ENTERRIA, en respuesta, publicó en el nº15 de la Revista de Derecho Público de otoño de 1982 un artículo en forma de Carta al Director, en el que eludiendo el debate se limita a:

- defender la unidad científica del Derecho Público englobante del Derecho Administrativo y Constitucional, diferenciando Ciencia y Disciplinas académicas.

- niega ser un jurista positivista-formalista, y sí defensor de una concepción substancial del Derecho, a la vez que de la positividad, objetividad y de la técnica jurídica que no sólo se nutre de lógica formal, sino de valores materiales.

- rechaza el calificativo que se le aplica de "*jurista oficial*", comparando su intervención en la Comisión de Expertos con la de autores de Informes históricos como GIANNINI, KILLBRANDON, TRÖGER, AUBERT-MACHERET o LA LUMIÈRE[1457].

Respetando todas las posiciones y destacando los elementos objetivos de esta controversia, hay dos aspectos que deseo subrayar. El primero, relativo al método, reproduce acertadamente las dos opciones metodológicas fundamentales derivadas de la

[1456] LUCAS VERDU, P.: *ob. cit.*, págs. 29 a 31.

[1457] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: "El Derecho Constitucional como Derecho". *R.E.P.* Madrid, 1982.

concepción estrictamente normativa del Derecho y de la normativa-institucional. En la medida en que en esta Tesis nos hemos mostrado partidarios de una concepción integral del Estatuto, y no sólo normativa, nuestra posición a favor de un método normativo-institucional de interpretación del Estatuto queda reforzada con las apreciaciones de LUCAS VERDU.

La segunda cuestión que evidencia este debate es la incidencia de la ideología sobre la técnica jurídica. Sin entrar en juicios de intenciones sobre cumplimiento o no de encargos oficiales al servicio de intereses políticos, externamente la LOAPA y los Pactos Autonómicos constituyen "*mutaciones y convenciones constitucionales*" que, en este caso, pretenden modificar el sentido de los preceptos constitucionales mediante una reforma indirecta de la Constitución. Cuando se utilizan estas técnicas sin justificar la necesidad de adaptar la Constitución a la realidad política que las exige, se instrumentaliza el Derecho y la técnica jurídica al servicio de intereses políticos, lo que contrasta fuertemente con el principio de escrupuloso respeto a la ley y al método jurídico que estos mismos autores pregonan.

2.2.2. El Dictamen sobre la Constitucionalidad de la LOAPA de los Profesores R. DE ÁNGEL y M. ZORRILLA de la Universidad de Deusto

La Universidad de Deusto, recuperando la tradición histórica de cooperar en la formación de un "*Derecho de Profesores*" y entendiendo que con ello prestaba un servicio a la sociedad, manifestó su criterio en torno a la LOAPA por medio de un Dictamen elaborado por los Profesores DE ÁNGEL y ZORRILLA. En este Dictamen se critican esencialmente las connotaciones de la ley como orgánica y armonizadora, y se concluye en su inadecuación constitucional tanto desde una perspectiva política como jurídica.

- Desde una perspectiva política, entienden los autores, que en la medida en que

el Proyecto reconoce que "*sólo algunos de sus preceptos son constitucionalmente armonizadores, se reconoce veladamente que el resto son fruto del arbitrismo corrector, contraviniendo la naturaleza de los Estatutos en fraude a la exclusividad que a éstos compete para la regulación del régimen jurídico comunitario*". "*La LOAPA* -concluyen- *es un cuerpo legal "extra formam" que obedece a una "decisión política" y que importa la inconfesada convicción de un disenso posterior sobre el acierto de un consenso anterior*".

• Jurídicamente, se le reprocha su carácter armonizador y determinadas trasposiciones semánticas. Como las de "*presuponer que los criterios armonizadores son preventivos, cuando siempre son consecuencia de colisiones concretas*" o la alteración de la literalidad del artículo 150.3 de la Constitución que habla de armonización de "*disposiciones normativas*" no de "*potestadas normativas*", con lo que más que incidir en el Derecho objetivo, se pretende incidir en las facultades o titularidades competenciales[1458]. Por otra parte se critica el carácter armonizador por inexistencia de la categoría formal de "*ley armonizadora*" entre los criterios constitucionales de clasificación de leyes. La armonización es una cuestión de contenido, no un "*nomen juris*".

El Dictamen se pronuncia, asimismo, contra el carácter orgánico de la ley por tres razones. Primera: las leyes orgánicas constituyen un "*numerus clausus*" en función de las materias del art. 81.1 de la Constitución. Segunda: las hipótesis armonizadoras del art. 150.3 de la Constitución contemplan leyes singulares ordinarias, dictadas"*ad hoc*" siempre que lo requiera el interés general como consecuencia de colisiones concretas y friccionales con dicho interés. Tercero: la ley orgánica es una fórmula políticamente costosa y poco apta y eficaz para reponer y regresar a la normalidad que se supone alterada[1459].

[1458] DE ÁNGEL, R. y ZORRILLA, M.: *Dictámen sobre la Constitucionalidad... ob. cit.*, pág. 11.

[1459] DE ÁNGEL, R. y ZORRILLA, M.: *ob. cit.*, págs. 14 a 16.

Una de las aportaciones, a mi juicio, más interesantes del Dictamen es la declaración de que la LOAPA no puede incidir en la revisión de las competencias estatutarias por poseer éstas un carácter "*natural*" e "*irrevocable*". Las competencias lo son "*por propia naturaleza*" y son "*indisociables de la fisonomía de las Comunidades Autónomas*". El Estado no las otorga, sino que las "*descubre o inventa en un acto de inteligencia como indisociables de un ser y no proceden de una decisión libre, ni de un acto de voluntad estatal*". Por tanto, en cuanto competencias que corresponden "*naturaliter*" a la Comunidad no cabe revocación a voluntad del Estado, sino, lo más que puede darse, es un "*error de diagnóstico*" en la comprensión o apreciación, un error de conocimiento, cuya reparación correspondería al Título VIII de la Constitución y no a la LOAPA[1460].

2.2.3. El Dictamen sobre "*LOAPA y Constitución*" del Prof. G. TRUJILLO

Por encargo del Gobierno Vasco, G. TRUJILLO y un grupo de Profesores de la Universidad de La Laguna, elaboraron en marzo de 1982 un Dictamen sobre la constitucionalidad de la LOAPA.

Con la advertencia de que, bajo la aparente neutralidad de reconducción y racionalización del proceso autonómico, pueden ocultarse motivaciones políticas, se destaca que el objetivo del Informe no es entrar en ellos, sino efectuar un análisis técnico-jurídico del Proyecto que, a su parecer, supone una reforma constitucional encubierta y una interpretación restrictiva y modificativa de la Constitución[1461].

Seguidamente se critica: la terminología de la ley en cuanto al uso del término "*proceso autonómico*" ya que "*los únicos sujetos legitimados son las Nacionalidades y*

[1460] DE ÁNGEL, R. y ZORRILLA, M.: *ob. cit.*, págs. 17 a 20.

[1461] TRUJILLO, G.: *LOAPA y Constitución*. Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria, 1982, págs. 11 a 13.

Regiones"; lo mismo respecto del término "*armonizadora*", referido en la Constitución a las "*disposiciones normativas*" y "*no a potestades normativas*" como hace el proyecto, así como su calificación de orgánica y la pretensión de interpretar la Constitución[1462].

De forma coincidente con los puntos de vista expuestos en la primera parte de la Tesis, califica el derecho de autonomía del art. 2º CE como derecho "*no otorgado ni concedido, sino como devolución del derecho y como derecho público subjetivo*", dotado de especial protección por estar alojado en el Título Preliminar de la Constitución, y por tanto excluido del procedimiento ordinario de Reforma, según el artículo 168 de la CE[1463].

Para neutralizar los posibles efectos que de su aprobación como Ley Orgánica pudieran derivarse sobre los Estatutos por aplicación del principio jerárquico-cronológico de "*lex posterior*", ensaya la aplicación a los Estatutos de la categoría jurídica del "*acto complejo*". De forma que aunque la ley fuese "*orgánica*", la necesaria concurrencia de las voluntades estatal y autonómica para su aprobación y reforma, hacen de los Estatutos "*leyes orgánicas reforzadas dotadas de una fuerza formal pasiva superior a las restantes*", y por tanto inmunes frente a leyes orgánicas posteriores del Estado[1464].

Entre los vicios de inconstitucionalidad formal se destacan[1465]:

- la configuración como ley orgánica, ya que esta categoría es material en razón de los supuestos previstos en el art. 81.1 de la CE, no formal ni facultativa.

[1462] TRUJILLO, G.: *ob. cit.*, págs. 14 a 18.

[1463] TRUJILLO, G.: *ob. cit.*, págs. 24 a 30.

[1464] TRUJILLO, G.: *ob. cit.*, págs. 37 a 50.

[1465] TRUJILLO, G.: *ob. cit.*, págs. 61 a 69.

- el carácter armonizador, puesto que, aún admitiéndose la hipótesis de una armonización preventiva, su ejercicio general y no restrictivo conduciría a la destrucción del sistema de distribución de competencias y entrañaría abuso y desviación de poder.

Entre los aspectos de inconstitucionalidad material, se citan[1466]

- el intento de convertir en compartidas muchas competencias exclusivas, la atribución al Estado de potestad reglamentaria en materias de competencia autonómica, la ampliación de las facultades de inspección estatal, etc.

- la estrategia de reducción del nivel competencial de exclusivas, para así poder formular con carácter absoluto el "*principio de prevalencia del Estado*". A este respecto, matiza que el concepto de exclusiva no es ningún "*exceso semántico*", puesto que no se trata de un concepto unívoco, sino plurívoco o relativo que puede referirse tanto a competencias sobre toda la materia, como sobre todas las potestades. Por tanto, siempre que la Constitución o los Estatutos califiquen una competencia como exclusiva, en cualquiera de sus sentidos, no podrá aplicarse el principio de prevalencia del ordenamiento estatal frente al autonómico.

2.3. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983[1467]

Aprobada la LOAPA, los órganos autonómicos catalanes y vascos, más 50 Diputados, promovieron sendos recursos previos de inconstitucionalidad que suspendieron la aplicación de la ley, hasta su resolución por Sentencia de 5 de agosto de 1983.

[1466] TRUJILLO, G.: *ob. cit.*, págs. 71 y ss.

[1467] STC de 5 de agosto de 1983.

La sentencia formuló a la ley tres críticas fundamentales:

a) no puede considerarse orgánica por no estar dentro de las previsiones del art. 81.1 de la CE.

b) no puede ser armonizadora, porque el Estado no precisa utilizar esta facultad excepcional cuando dispone de competencias propias y directas para la regulación legal de que se trata.

c) no puede ser interpretativa, porque la competencia para dictar normas interpretativas de carácter general sobre la Constitución, no corresponde al legislador ordinario, sino al Tribunal Constitucional, y entre el Estatuto y la Constitución no caben normas interpuestas.

En consecuencia se declaran inconstitucionales los preceptos que inciden en el alcance y contenido funcional de las Autonomías, las normas interpretativas, el reforzamiento del principio de prevalencia estatal, la sumisión de las competencias ejecutivas autonómicas a la potestad reglamentaria estatal, y el condicionamiento de las competencias a los intereses generales del Estado[1468].

En cambio, se admite como constitucional "*lo sustancial del articulado*"[1469], como: la supervisión estatal en los supuestos de ejecución autonómica de la legislación estatal, el deber de recíproca información, las conferencias sectoriales, la inserción de las Diputaciones Provinciales en el sistema autonómico, el control del Tribunal de Cuentas, y el régimen general de Corporaciones de Derecho Público y el régimen de la Función Pública autonómica y su permeabilidad con la estatal.

[1468] Vid. CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Foral y Autonómico Vasco... ob. cit.*, pág. 168.

[1469] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *Estudios sobre Autonomías Territoriales... ob. cit.*, pág. 466.

Esta sentencia -dice GARCÍA DE ENTERRIA[470]- fue valorada como un triunfo por los Partidos Nacionalistas, ya que la declaración de inconstitucionalidad de su Título I en bloque, referido al ámbito de los principios, aportó tranquilidad sobre la intangibilidad de sus Estatutos en los puntos que se consideraban neurálgicos: carácter orgánico, armonizador e interpretativo y en lo relativo a la distribución competencial y al principio de prevalencia. Pero lo fundamental, el contenido material de la ley, ha prevalecido. Y la reordenación autonómica ha sido ejecutada por el propio Tribunal Constitucional en la línea propuesta por la ley. En este sentido, resta importancia práctica a los preceptos declarados inconstitucionales. Así,

- el que no fuese ley orgánica, poco importa, puesto que entre ésta y la ley ordinaria la única diferencia es el "*quorum*", no la eficacia normativa que es idéntica.

- El que, por cuestiones de principio, no haya sido armonizadora, no ha impedido la práctica armonizadora, con lo cual el Tribunal se mostró "*más estatalista que el Proyecto, al admitir que se puede obtener el resultado armonizador por otros procedimientos*".

- El que, también por razón de principios, se le privase del carácter interpretativo, ha resultado intrascendente en la práctica puesto que el Tribunal Constitucional ha ido llenando el vacío existente en 1981 con una jurisprudencia "*mucho más favorable a los criterios ordenadores generales*" que hacen inútil la ley: "*cessante ratione legis, cessat lex ipsa*".

Efectivamente, tiene razón GARCÍA DE ENTERRIA, el Tribunal Constitucional se ha hecho eco y ha asumido la mayor parte de los contenidos de la antigua LOAPA, aunque en su momento algunos de ellos fueran rechazados por motivos formales o de

[470] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 464 y 465.

principio. De ahí, que se felicite por haber remitido la cuestión autonómica a una "*construcción jurídica*", por "*haber convertido un desnudo problema político en un problema técnico-jurídico*" y "*lograr la objetivación de un enfrentamiento pasional de las partes, canalizándolo hacia argumentos técnico-jurídicos*". De esta forma "*la reclamación de la autonomía ya no se planteará en el campo de las pretensiones emotivas, potencialmente irracionales y destructivas*", y se superará "*el historicismo convencional y el aventurerismo*"[1471].

Probablemente no cabe mejor descripción del giro que en la interpretación y desarrollo del Estatuto se produce a partir de este momento. Como veremos, las leyes básicas y la jurisprudencia constitucional imbuida del "*síndrome LOAPA*", se encargarán de llevar hasta sus últimas consecuencias esta concepción normativista del Estatuto, convirtiendo un problema político en exclusivamente técnico, con independencia de la eficacia social, de la institucionalización real y de la solución o "*arreglo definitivo*" que pretendió la Disposición Derogatoria 2ª de la Constitución.

En definitiva, y a partir de este momento, se producirá un nuevo desequilibrio en la interpretación estatutaria, mediante una lectura parcial de su artículo 1º del que únicamente se subrayan los aspectos contenidos en la segunda columna:

- Comunidad Autónoma
- Integración
- Unidad
- Primacía Constitucional, y
- Estatuto como norma

[1471] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 467, 378 y 379.

3. La Ley del Proceso Autonómico -L.P.A.- como *"mutación constitucional"*

K. LOEWENSTEIN, justifica las Mutaciones y Convenciones constitucionales en la necesidad de acomodar la Constitución a la realidad viva. La Constitución por perfecta que sea no puede anticipar, en cuanto ley, el futuro. La realidad, que jamás es idéntica consigo misma, obliga a la norma a acomodarse a la realidad constitucional. Por eso, "*toda mutación es una acomodación a la realidad sin reformar formalmente el texto constitucional*". No obstante –prosigue LOEWENSTEIN– debe tenerse en cuenta que existen disposiciones constitucionales intangibles, entre ellas figuran "*las instituciones, como intangibilidad articulada*", y los "*valores inherentes a la Constitución, como intangibilidad sin articular*"[1472].

Por su parte, JELLINEK ya había tratado el tema de las Mutaciones Constitucionales y establecido, que junto a la norma está la realidad, y junto al Derecho Constitucional el Derecho Político, único capaz de explicar la dinámica constitucional consistente en modificar el significado de la norma sin modificaciones o alteraciones externas de ésta. El "*deber ser*" nunca se convierte totalmente en "*ser*" por causa de los hechos sociales y políticos que se le imponen y modifican. La mutación constitucional "*consiste en dejar indemne el texto por hechos que no tienen porqué ser intencionados, ni conscientes de tal modificación*". A través de ella, se pretende una adecuación de la norma a la realidad constitucional[1473], colocando la técnica jurídica al servicio de la realidad política.

La L.P.A., desde este punto de vista, constituye:

- Una mutación constitucional, puesto que altera el significado, sin alterar la

[1472] LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución... ob. cit.*, págs. 164 y 189.

[1473] JELLINEK, G.: *Reforma y Mutación de la Constitución... ob. cit.*, págs. 6 y 7.

norma constitucional externa.

- Intencionada, puesto que persigue directamente ese objetivo.

- Gratuita e innecesaria, por cuanto no viene exigida por la realidad política constitucional, sino por una decisión política y al servicio de intereses políticos y administrativos.

- Extralimitada, en cuanto no respeta la "*intangibilidad articulada de las instituciones*", "*ni la intangibilidad sin articular de los valores*" y, en concreto, del valor integración.

Entre las clases de "*mutaciones constitucionales*" que enumera JELLINEK[1474], figuran todas las que se han intentado aplicar en la reordenación autonómica: "*las leyes interpretativas o concretadoras del significado constitucional (LOAPA), la práctica parlamentaria o gubernamental, las interpretaciones administrativas (Informe de Expertos), las interpretaciones judiciales progresistas o retrógradas (¿extensivas - restrictivas?), la necesidad (ex facto oritur jus), y las convenciones constitucionales (Pactos Autonómicos)*".

La existencia de las "*mutaciones constitucionales*" evidencia que la "*praxis legal*" no depende sólo del modelo y de la interpretación técnico-jurídica, sino de factores políticos y sociales, de necesidades, consensos, acuerdos de fuerzas políticas y de orientaciones jurisprudenciales. En el fondo viene a demostrarse que por mucho que se invoque el respeto a la ley, a la objetividad y seguridad jurídica, las técnicas interpretativas se utilizan, por unos y por otros, al servicio de intereses políticos.

El modelo constitucional podía haber tomado diversas direcciones (autonomista,

[1474] JELLINEK, G.: *ob. cit.*, págs. 16 a 52.

unitarista, equilibrada), pero en un momento determinado se elige la dirección unitarista, se plasma en ley y se complementa con la "*convención*" de las fuerzas políticas mayoritarias y con la colaboración de la Jurisprudencia Constitucional.

En principio, la utilidad y legitimidad de estas técnicas –mutaciones y convenciones–, es indiscutible por cuanto actualizan el Derecho y lo ponen al servicio de la realidad política. Lo que ya resulta más sorprendente, es que se utilicen en sentido unidireccional. Cuando se trata de esgrimirlas para reforzar al Estado, a veces innecesariamente, no hay reparo en dejar en segundo plano las exigencias de objetividad y de respeto a la ley y al método jurídico estricto. Por el contrario, cuando se han invocado desde la autonomía determinadas interpretaciones legales en conexión con las exigencias de la realidad y para favorecer la integración política como valor, que en el caso vasco sólo se puede lograr por el autogobierno, se oponen exigencias y principios jurídicos insoslayables y el respeto exquisito a las reglas técnico-jurídicas de interpretación legal.

4. La interpretación normológica y la praxis estatutaria a partir de la STC de 5 de agosto de 1983. Algunos ejemplos

Como afirma CELAYA, citando a LEGUINA VILLA, la Sentencia del T.C. sobre la LOAPA, puso fin a una disputa dialéctica, tal vez la más enconada y áspera de cuantas han tenido lugar en la renacida democracia acerca de cómo ha de construirse y funcionar el Estado de las Autonomías[1475]. Tras la congelación del desarrollo estatutario, período 1981-1983, y una vez asentada la nueva estrategia, se inicia una nueva fase, sobre las bases de la LOAPA, en la que por vía de legislación básica y de jurisprudencia constitucional, se asienta una concepción técnica de los Estatutos predominantemente normativa y lógica, antes que normativo-institucional, en la que nos hallamos actualmente instalados.

[1475] CELAYA IBARRA, A.: *Derecho autonómico... ob. cit.*, pág. 168.

Esta nueva fase ha ido, poco a poco, incidiendo en los niveles competenciales de autogobierno, reduciendo su intensidad y calidad. Unas veces, mediante la revisión doctrinal y jurisprudencial de la tipología competencial. Otras, a través de la extensión de la legislación básica previa revisión del concepto de "*bases*", o de la deformación de la finalidad de las leyes estatales delimitadoras de competencias. Cuando no a través de sentencias que neutralizan algunas previsiones estatutarias. Veamos algunos ejemplos.

4.1. Revisión doctrinal y jurisprudencial de la tipología competencial autonómica

Una de las correcciones más importantes, doctrinal y jurisprudencialmente hablando, ha recaído sobre las llamadas "*competencias exclusivas*". La importancia de esta calificación afecta a la intensidad del autogobierno, y de su mantenimiento depende el que el sistema autonómico revista connotación política o simplemente administrativa, en la medida en que de la existencia de competencias exclusivas depende el que los Parlamentos autonómicos actúen con independencia o supeditados a la legislación estatal. En el caso vasco, reviste además importancia económica, ya que, en los casos en que una competencia no sea exclusiva, se incrementa la contribución económica, vía cupo.

En el Estatuto se calificaron como exclusivas todas aquellas competencias que implicaban el ejercicio de todas las potestades sobre una determinada materia. Así se deduce del contexto de los artículos 10º, 11º y 12º del Estatuto: si las del artículo 11º se denominan "*de desarrollo legislativo y ejecución*", y las del art. 12º "*de ejecución*", es porque las exclusivas del art. 10º comportan "*legislación, desarrollo y ejecución*".

En coherencia con el criterio estatutario, cuando el Parlamento Vasco aprobó la Ley de Territorios Históricos, en 1983, aplicó el mismo criterio a la calificación de las competencias forales. Así el art. 8.º de la Ley dirá expresamente: "*En las materias de competencia exclusiva de los Territorios Históricos, corresponderá a éstos el ejercicio*

de las siguientes potestades: a) normativa, b) reglamentaria, c) administrativa, etc."[1476].

LASAGABASTER coincide con esta apreciación, al afirmar que el EAPV ha configurado sus competencias exclusivas de tal forma que se ven enumeradas como tales aquellas integrantes de una materia, o que actúan sobre materias sobre las que el Estado tiene competencia para dictar la legislación básica, por lo que el concepto (de exclusiva) *"creado doctrinalmente"* no se acomoda a la literalidad de los preceptos estatutarios[1477].

Un sector doctrinal importante, encabezado por GARCÍA DE ENTERRIA, partiendo de la evidente irregularidad técnica de la Constitución y de los Estatutos, que entremezclan dentro de la exclusividad funciones y materias, ha intentado la reconstrucción doctrinal del concepto sobre la base de diferenciar la distinta condición de la exclusividad según se refiera a competencias del Estado o de las Comunidades, con las siguientes razones:

a) La atribución de las competencias estatales la efectúa directamente la Constitución, por lo que su alcance sólo puede ser interpretado por la Constitución, no por ésta y los Estatutos. En cambio las de las Comunidades Autónomas deben ser interpretadas de acuerdo con la Constitución, los Estatutos y las Leyes delimitadoras, que en su caso, dicte el Estado. Como apoyo se cita la STC de 4-5-1982[1478]

[1476] Ley 27/1983, de 25 de noviembre de *"Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos"*.

[1477] LASAGABASTER, I.: *El Sistema Competencial... ob. cit.*, pág. 57.

[1478] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *Estudios... ob. cit.*, pág. 124.

b) Las competencias exclusivas del Estado recogidas en el art. 149.1 de la CE, representan un núcleo irreductible, inderogable e infranqueable para las Comunidades Autónomas, y expresan los elementos estructurales básicos que sostienen la construcción entera del Estado. Son expresión de la soberanía estatal y por tanto son competencias superiores. Unas, como las recogidas en los números 2º, 3º y 4º, expresan la soberanía directa, otras, números 6º, 7º, 8º, 9º, etc., la soberanía funcional, y el artículo 149.1 en su conjunto está dirigido a construir, preservar y reforzar de manera permanente "*el principio de unidad nacional*"[1479]. Cita en apoyo de esta tesis las Sentencias del T.C. de 2-2-1981 y 22-1-1982. Por otra parte, recuerda como apoyo último de esta diferenciación, que las competencias estatales responden al interés general, frente a las autonómicas que lo son para sus respectivos intereses.

c) Como consecuencia de lo anterior, y mediante la distinción técnica entre exclusividad sobre materia y sobre funciones, distingue entre las competencias exclusivas del Estado:

- exclusivas absolutas, que excluyen toda participación de las Comunidades Autónomas.

- Exclusivas con facultades delegables, por vía del art. 150.2, y por tanto revocables.

- Exclusivas con participación de las Comunidades Autónomas, que serán todas aquellas sometidas a *"bases"*, *"normas básicas, etc."* y darán lugar a competencias compartidas, nunca a exclusivas de las Comunidades Autónomas[1480].

[1479] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 137 a 144.

[1480] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *ob. cit.*, págs. 153 a 166.

Resulta claro que, como consecuencia de esta nueva clasificación, una gran parte de las competencias exclusivas del Estatuto, desde luego todas aquellas sometidas a *"bases"*, legislación básica y precedidas del *"sin perjuicio"*, se convierten en compartidas, y aquellas otras cuya exclusividad se refiere a potestades o funciones y no a toda la materia, pasarán a denominarse *"exclusivas relativas"* con evidente reducción de la intensidad y cualidad del autogobierno.

Algunas observaciones a esta clasificación doctrinal:

a) El hecho de que la Constitución sólo haya atribuido directamente competencias al Estado, y no a las Comunidades Autónomas, se debe a que el Constituyente ha optado por el principio dispositivo al entender la autonomía como derecho y no como obligación. Resulta, por tanto, excesivamente formalista extraer de las expresiones del artículo 149.1: *"El Estado tiene competencias..."*, y del artículo 148.1: *"Las Comunidades podrán asumir..."*, las consecuencias expuestas por GARCÍA ENTERRIA, olvidando, por otra parte, que los Estatutos prolongan por apoderamiento constitucional la función de la propia Constitución en esta materia, integrando el bloque de constitucionalidad.

b) Debe suponerse que, en la fase de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, tal operación se efectuó de acuerdo con las exigencias de los principios de unidad, soberanía e interés general, así como de los correspondientes de autonomía e intereses respectivos. Por lo que, una vez ultimado el reparto, no cabe revisión de ningún orden, exceptuada la reforma constitucional, y el único principio a tener en cuenta es el de competencia.

En este sentido la STC de 5-8-1983 fue contundente al declarar inconstitucional el art. 10º de la LOAPA que pretendía efectuar una revisión competencial, supeditando el ejercicio de las competencias autonómicas a los intereses genera-

les, o si se prefiere, revisando su alcance para acomodarlo a los intereses respectivos.

De otra forma quedaría desnaturalizada la garantía constitucional de los conflictos de competencia y prejuzgada su resolución, ya que si en lugar de analizar la competencia respectiva, se resuelve por el principio inspirador correspondiente, siendo la unidad un principio superior respecto a la autonomía, todos los conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades, debieran resolverse a favor del primero.

De ahí que, cualesquiera que hayan sido los criterios tenidos en cuenta para la atribución competencial, a la hora de su ejercicio sólo debe contar el de titularidad competencial, sin que proceda revisión de su calificación y/o contenido.

Por otra parte, y a los efectos de la aplicación de la cláusula de prevalencia estatal en caso de conflicto entre normas estatales y comunitarias –art. 149.3. de la CE–, debe resultar irrelevante la clasificación doctrinal de competencias compartidas, exclusivas relativas, etc., ya que, como estableció G. TRUJILLO, el concepto de exclusiva que emplea la Constitución no es unívoco, sino plurívoco[481]. Es decir, toda competencia que en la Constitución o los Estatutos recibe la calificación de exclusiva, lo sea o no según criterios técnicos y doctrinales, mantendrá tal condición a los efectos de inaplicabilidad de la cláusula de prevalencia estatal.

c) Por lo que concierne al País Vasco, debe recordarse, además, que toda exageración del principio de unidad más allá de lo estrictamente necesario, dificulta la finalidad integradora, conculca la finalidad de las Disposiciones Adicional Primera y Derogatoria 2ª, y desvirtúa la naturaleza de los *"sin perjuicio"*, como

[481] TRUJILLO, G.: *Dictamen sobre Constitucionalidad de la LOAPA... ob. cit.*, págs. 76 y 105.

técnica jurídica flexible al servicio de la integración mediante el autogobierno, con riesgo de incidir en el error histórico de convertir la unidad de mínimos en unidad de máximos.

El Tribunal Constitucional en esta materia, según TOMÁS Y VALIENTE, se ha limitado, por una parte, a constatar el marcado carácter equívoco de la calificación de exclusivas desde una perspectiva técnico-jurídica al mezclarse materias y funciones, pero, por otra, ha evitado establecer nuevas categorías estereotipadas indagando en cada caso el alcance real de cada competencia. Aunque el Tribunal emplee a veces los términos de *"compartidas"* y *"concurrentes"*, ha operado desentendiéndose de calificaciones e indagando, caso por caso, sobre el régimen de reparto concreto para resolver su titularidad, y es que es ésta su finalidad y no la profesoral o la de elaboración de categorías doctrinales discutibles[1482].

En resumen, el Tribunal Constitucional, asumiendo la existencia de deficiencias técnicas en la calificación legal, procede también a una revisión particular, al margen de calificaciones doctrinales nuevas pero con parecidos resultados reductores respecto a la inicial concepción estatutaria, por efecto de la inevitable influencia de la corriente doctrinal a pesar de las protestas formales en contrario.

4.2. El concepto de *"bases"*

Otra de las cuestiones que ha levantado más críticas desde los sectores autonómicos ha sido la expansión que ha recibido la interpretación del contenido de las *"bases"* y *"normas básicas"*, que en muchos casos ha vaciado los contenidos competenciales de las Comunidades Autónomas.

[1482] TOMÁS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, págs. 101-102.

En el Estatuto de Autonomía vasco, en coherencia con su concepción de la exclusividad, se introdujeron como competencias exclusivas todas aquellas que correspondiendo al Estado dictar las bases, normas básicas, etc., el resto de las potestades o funciones correspondía a la Comunidad Vasca. Uno de los ejemplos es el artículo 10º,4. del Estatuto que otorga competencia exclusiva sobre *"Régimen Local y Estatuto de los Funcionarios del País Vasco y de su Administración Local, sin perjuicio de lo establecido en el art. 149.1.18 de la Constitución"*.

La razón de calificar a esta competencia como exclusiva reside en que la noción de *"bases"* que se manejó, atribuía al Estado un sector mínimo, básico o elemental, de regulación legislativa, dejando el resto de la legislación, desarrollo y ejecución en manos de la Comunidad Autónoma. Con lo cual, al poseer ésta el bloque general de las potestades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, salvo la regulación de los principios mínimos e indispensables, permitía cualitativa y cuantitativamente otorgar dicha calificación. De otra forma, si se llega a interpretar, como hoy en día, que la competencia comunitaria era de *"desarrollo legislativo"*, no hubiese figurado en el art. 10º, sino en el 11º del Estatuto.

4.2.1. Las *"bases"* como competencias compartidas

Señala LASAGABASTER que como la Constitución sólo utiliza el concepto de exclusiva, y algo similar sucede en los Estatutos de Autonomía, la doctrina ha ido configurando otros conceptos, como el de *"compartidas"* y *"concurrentes"*, para denominar a aquellas competencias legislativas que no son exclusivas[143]. Por lo que concierne al Estatuto Vasco, al menos, debe recordarse que utiliza separadamente los conceptos de exclusiva, de desarrollo legislativo, ejecución, y de ejecución (Arts. 10º, 11º y 12º).

[143] LASAGABASTER, I.: *El Sistema competencial en el... ob. cit.*, pág. 57.

Lo que resulta claro es que tanto la doctrina, como el Tribunal Constitucional, han asumido y aceptado que "*siempre que sobre una materia exista una competencia legislativa estatal para normar lo básico y una competencia autonómica de desarrollo, el tipo competencial resultante recibirá la denominación de competencia compartida*"[1484]. Aunque el Tribunal Constitucional, según TOMAS Y VALIENTE, no está condicionado por las clasificaciones doctrinales, al menos en un caso (STC, 26/1982, de 24 de mayo, FJ2) adopta el término de compartida referido a las competencias de radiodifusión[1485].

Por lo pronto, y aunque pueda resultar lógico y justificado jurídicamente, la nueva calificación de "*compartidas*", que afecta tanto a las competencias estatales como a las comunitarias, supone una revisión formal de la tipología legal que reduce, al menos externamente, la intensidad del autogobierno y ensancha el campo de aplicación de la cláusula de prevalencia estatal del artículo 149.3. Desde el punto de vista autonómico resultaría más conveniente mantener el concepto de exclusivas no absolutas, o de exclusivas relativas, habida cuenta del carácter plurívoco que el concepto de exclusiva recibe en la Constitución.

4.2.2. Contenido y concepto material de "*bases*"

Por una parte el Tribunal Constitucional se ha pronunciado por un contenido "*mínimo*" de las "*bases*", al identificarlas con "*principios, bases, directrices, criterios generales*", "*común denominador normativo*", "*regulación normativa mínima y uniforme*", etc. Pero por otra, al admitir que el concepto de bases es material y no formal, ha ampliado considerablemente su extensión. En este sentido, LASAGABASTER ha apuntado que "*las consecuencias de esta noción material, son que lo básico no sólo se*

[1484] LASAGABASTER, I.: *ob. cit.*, pág. 58.

[1485] TOMAS Y VALIENTE, F.: *ob., cit.*, pág. 102.

extiende a lo desarrollado por normas de desarrollo legislativo, sino que es también admisible que se dicten normas de rango reglamentario y decisiones ejecutivas". Citando a TORNOS manifiesta que "*es obvia la transcendencia de tal extensión. Se permite de este modo reducir e incluso negar la función normativa a la C.A., de manera que bases y desarrollo normativo, así como actos de ejecución, se convierten en un continuo atribuido al Estado*"[1486].

Independientemente del origen de esta concepción material de las bases, que fue pensada a partir de la Disposición Transitoria 7ª del Estatuto Vasco para evitar que las Comunidades Autónomas tuviesen indefinidamente congeladas las competencias hasta que el legislador constitucional dictase las normas básicas, lo cierto es que sus resultados prácticos han influido en una nueva reducción de las competencias autonómicas por ampliación de las estatales.

Ya no se trata solamente de que las competencias "*exclusivas*" se conviertan en "*compartidas*", sino que la configuración de éstas como "*competencias legislativas de desarrollo, con potestad reglamentaria y función ejecutiva*", según la Sentencia del T.C. 26/1982, de 24 de mayo, FJ2, queda anulada por la posibilidad que se otorga al Estado para actuar en los tres niveles: legislativo, de desarrollo y de ejecución. Es decir, se produce una doble devaluación competencial: en la calificación y en los contenidos.

En honor a la verdad debe decirse que, en determinados sectores doctrinales y en algunas sentencias, se ha manifestado que esta concepción material es provisional para permitir extraer las "*bases*" de la legislación preconstitucional, y que lo lógico es que sea el legislador ordinario y no el Gobierno quien determine las "*bases*", con lo que se volvería a un concepto formal de éstas.

LASAGABASTER, al final de su estudio, apunta nuevas direcciones para

[1486] LASAGABASTER, I.: *ob. cit.*, págs. 62-63.

recuperar el "*concepto formal*" de bases, y entre ellas cita, la de IGNACIO DE OTTO que ha realizado una conceptuación doctrinal de las bases totalmente innovadora y acorde con el principio autonomista. Destaca también, la STC 69/1988, de 19 de abril, en la que se manifiesta una evolución del Alto Tribunal en la materia, al optar por una concepción "*dual*", material y formal, de bases. Por una parte se destaca que la concepción material permite al Tribunal Constitucional "*revisar la calificación hecha por el legislador*", y por otra, la exigencia de "*ley formal*" evita el mantenimiento de una "*ambigüedad permanente*" en la determinación de lo básico[1487]. No obstante estas aperturas, sigue primando en el T.C. el carácter material, como núcleo sustancial de esta doctrina (STC 69/1988 FJ6).

La recuperación de un concepto formal constituirá un "*mal menor*", que al menos garantizaría el respeto formal a los contenidos materiales de la competencia.

Según LASAGABASTER[1488], "*la única forma de realizar un control del alcance de lo que se estima por básico es siguiendo una concepción formal, es decir, básico será lo que el legislador determine*". Luego quedará por resolver otro problema, cuáles son los límites y quién controla la actividad del legislador.

4.3. Las Normas delimitadoras de competencias y el caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)

Existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial a la hora de fijar la función de las normas delimitadoras de competencias como normas no atributivas sino complementarias, que tienen por objeto fijar el alcance y contenido de las competencias atribuidas por el Estatuto. En el ámbito doctrinal, S. MUÑOZ MACHADO ha tratado este tema en

[1487] LASAGABASTER, I.: *ob. cit.*, págs. 71 a 80.

[1488] LASAGABASTER, I.: *ob. cit.*, pág. 82-83.

varios artículos y obras[489].

Además de los Estatutos, como leyes atributivas ordinarias, determinadas leyes estatales pueden cumplir una función complementaria, cuando la Constitución o los Estatutos se remiten a una Ley del Estado para precisar el alcance de las competencias o la delimitación positiva del contenido de éstas. Esta concreción podrá ser amplia o restrictiva, pero en ningún caso podrá vaciar de contenido a la competencia, ya que la única norma atributiva es el Estatuto.

El Tribunal Constitucional ha establecido que para saber si una competencia corresponde a una Comunidad "*resulta en principio decisorio el texto del Estatuto a través del cual se produce la asunción de competencias (STC 18/1982 FJ1)*". *Una vez promulgado el Estatuto, la Comunidad adquiere "ipso jure" las competencias en él contenidas pudiendo ejercer de inmediato todas aquellas que para su ejercicio no requieran especiales medios materiales o personales (STC 25/1983 FJ3)*". Pueden existir normas atributivas extraestatutarias como las previstas en los artículos 150.1 y 150.2 de la Constitución[490], o modificativas de la atribución inicial como las del 150.3[491], pero en ningún caso corresponde esta función a las leyes estatales delimitadoras de competencias.

4.3.1. Las Competencias de la Comunidad Autónoma Vasca sobre personal al servicio de la Administración de Justicia

El Título VI de la Constitución preserva la unidad del Poder Judicial, entendido

[489] MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las.. ob. cit.* Volumen I, págs. 347 y ss. y "La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, (1983), pág. 130.

[490] TOMAS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, págs. 74 y 75.

[491] LASAGABASTER: *ob. cit.*, pág. 32.

como potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3), e integrado por Jueces y Magistrados (art. 117.1 y 2). En consecuencia la Administración de Justicia pasa a configurarse como una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.5), y se confía a la Ley Orgánica del Poder Judicial determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados como cuerpo único, y el del personal al servicio de la Administración de Justicia (art. 122). Es decir, del personal restante (secretarios judiciales, oficiales, auxiliares, etc.) que auxilia la función de Jueces y Magistrados, pero que no forma parte del poder judicial, ni por tanto, depende del Consejo General del Poder Judicial.

Paralelamente, el Estatuto Vasco, en el art. 13, asume en materia de Administración de Justicia, las facultades que la futura Ley Orgánica del Poder Judicial, reconozca, reserve o atribuya al Gobierno del Estado, con excepción del derecho de gracia y del Ministerio Fiscal. Esta técnica de asunción de competencias, conocida como "*cláusula subrogatoria en blanco*", declarada constitucional por la STC de 2 de abril de 1990, permitía, por tanto, a la Comunidad Vasca la subrogación automática en las facultades que la L.O.P.J. reconociese al Gobierno del Estado en todo aquello que en materia de Administración de Justicia no fuese estrictamente Poder Judicial.

Por su parte, esta cláusula en blanco de carácter formal, se complementa con la "*cláusula subrogatoria material*" prevista en los artículos 34 a 36 del Estatuto, que atribuye específicamente a la Comunidad vasca competencias materiales concretas en materia de Administración de Justicia y entre ellas "*la previsión del personal al servicio de la Administración de Justicia y de los medios materiales y económicos necesarios para su funcionamiento*" (art. 35/3), en los mismos términos en que se reserve tal facultad al Gobierno por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así como en el art. 13 del Estatuto no hay atribución material expresa alguna, en el art. 35.3 se asumen competencias materiales, pendiente su concreción de la

limitación que efectúe la futura Ley, que en este caso desarrolla una función claramente delimitadora del ámbito material.

4.3.2. La Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de julio

Esta ley, cuyos anteproyectos sirvieron como punto de referencia para la redacción de los Estatutos, se pospuso, como ocurrió con las leyes de Bases de Régimen Local y de Función Pública, hasta que quedó despejado el panorama autonómico con la STC de 5 de agosto de 1983, sobre la LOAPA. Existiendo la opinión generalizada de que los Estatutos habían ido demasiado lejos, se utilizan estas leyes para la reconducción de los excesos autonómicos.

Así, por una parte, los artículos 455 y 454 de la L.O.P.J. establecen que las competencias sobre todo el personal al servicio de la Administración de Justicia que según el art. 454.1 comprende desde los Secretarios Judiciales, hasta los Auxiliares y Agentes Judiciales, corresponderán al Ministerio de Justicia. Esta declaración legal suponía que en virtud de las cláusulas subrogatorias del art. 13 y específicamente del art. 35.3 del Estatuto, la competencia sobre dicho personal pasaba automáticamente a la Comunidad Vasca.

Pero, por medio del artículo 454.2 de la Ley, fundamentado en el art. 23 de la Ley de Proceso Autonómico que permite al Estado la creación de Cuerpos Nacionales de funcionarios, se declara que "*los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia tendrán el carácter de Cuerpos Nacionales*", con lo cual se imposibilita su provisión, traspaso y dependencia de la Comunidad Autónoma.

Respecto a los Cuerpos Nacionales, escribe MUÑOZ MACHADO, que la Ley del Proceso Autonómico -L.P.A.- establece una medida tendente a que determinadas funciones, semejantes a las tradicionales de Secretarios, Interventores y Depositarios de la Administración Local, sean desempeñadas en las CCAA por funcionarios estatales.

Pero es una medida -continúa- bien discutible en términos constitucionales, que, si se implanta, deberá hacerse de forma limitada y excepcional[492].

La adopción de esta decisión por la LOPJ, no solo resulta criticable por su "*generalización*" a todos los funcionarios de la Administración de Justicia, sino porque, además, desvirtúa la justificación de la institución únicamente pensada para determinadas profesiones cualificadas y de preparación especial de acuerdo en el modelo francés del que procede. Añadamos, por otra parte, que si uno de los principios interpretativos básicos utilizados, según TOMAS Y VALIENTE[493] por el T.C. es el de la estructura autonómica o compuesta del Estado, la adopción de una técnica inspirada en el modelo centralista francés la convierte, como afirma MUÑOZ MACHADO, en constitucionalmente inapropiada y discutible.

La decisión legal, claramente dirigida a obstruir y neutralizar la competencia estatutaria y, por tanto, con efectos derogatorios materiales de la misma, no solamente se extralimita en su función delimitadora, sino que vuelve a cuestionar la naturaleza jurídica de los Estatutos al permitir que una Ley Orgánica posterior derogue parcialmente a otra anterior, mediante una técnica, muy próxima al fraude de ley, consistente en utilizar una ley dada para otra finalidad para obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico en base a puras conexiones normativas formales entre la LOPJ y la Ley del Proceso Autonómico (LPA).

La STC de 2 de abril de 1990, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la LOPJ, aunque contiene aspectos positivos, sobre todo en orden a la clarificación del ámbito de la Administración de justicia y de la "*administración de la Administración de Justicia*", declaró, no obstante, constitucional la creación de estos Cuerpos

[492] MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público... ob. cit.*, Tomo II, pág. 112.

[493] TOMAS Y VALIENTE, F.: *ob. cit.*, págs. 85 y ss.

Nacionales, matizando que entre las opciones que tuvo el legislador, no era ésta la mejor, ni la más apropiada, aunque tampoco se la puede tachar de inconstitucional. En definitiva el T.C., alegando el principio de "*fidelidad al sistema*", permitió que una Ley Orgánica fronteriza con el fraude de Ley, vulnerara el Estatuto con efectos derogatorios materiales y con clara extralimitación de sus funciones constitucionales delimitadoras.

4.4. La neutralización de las previsiones estatutarias de integración territorial de la Comunidad Autónoma, por la Sentencia del T.C. de 11 de junio de 1986

El Territorio de las Comunidades Autónomas se configura como un elemento institucional de primera magnitud, derivado no sólo de la necesidad natural de contar con un soporte geofísico sobre el que se ejerce el poder y límite de la actuación de los órganos de éste, sino del mandato constitucional, ex artículo 147.2.b, que establece como contenido mínimo de los Estatutos la delimitación territorial. El propio Tribunal Constitucional, en coherencia, ha definido a las Comunidades Autónomas como "*Corporaciones Públicas de base territorial y naturaleza política*"[144].

La problemática territorial de la Comunidad Vasca no sólo posee una dimensión política, sino que el Estatuto se ha hecho eco de su especificidad jurídica, calificada por algunos autores como "*aperturismo territorial*" que se manifiesta de diversas formas.

Así el art. 2º del Estatuto, después de consagrar al derecho de integración territorial en la Comunidad Autónoma de sus Territorios Históricos, contempla idéntico derecho para Navarra, a través de la expresión "*así como*", dedicándose a esta cuestión la Disposición Transitoria 4ª de la Constitución.

El "*aperturismo territorial*" se manifiesta igualmente en el art. 8º del Estatuto, mediante la previsión de integración territorial voluntaria de los enclaves de Treviño,

[144] Vid. MARTÍN MATEO, R.: *ob. cit.*, pág. 107.

hoy perteneciente a Castilla y León, y de Villaverde de Trucios, en territorio de la Comunidad de Cantabria. A tal fin se establece en el mismo artículo un procedimiento completo de segregación-agregación que contempla la consulta, y en su caso autorización, de cada uno de los centros de decisión implicados o afectados por el proceso:

a) La segregación se garantiza por acuerdo de los Municipios afectados, referéndum de la población y trámite de audiencia a la Provincia, Ente Preautonómico o Comunidad Autónoma a la que pertenecen.

b) La agregación, mediante aprobación del Parlamento Vasco y por Ley Orgánica de Costes Generales.

Difícilmente puede calificarse a este procedimiento como parcial o de simple agregación, cuando permite el pronunciamiento de todos los niveles institucionales implicados, y menos, aún, cabe afirmar que el Estatuto Vasco no puede regular el procedimiento completo de segregación, olvidando que es una ley aprobada en Cortes y no de una ley autonómica, ni comunitaria.

4.4.1. El proceso de agregación de Treviño y la STC 99/1986, de 11 de julio

Los Ayuntamientos integrantes de Treviño, inician mediante acuerdo el procedimiento de agregación en 1980. Seguidamente, se somete dicho acuerdo al trámite de audiencia de la Diputación Provincial de Burgos, quedando paralizado en esta fase por alegaciones formales de la Diputación. Puesto que el trámite administrativo de audiencia se rige por la Ley de Procedimiento Administrativo vigente a la fecha de la consulta, y que, de acuerdo con ella, tanto si la respuesta es afirmativa como negativa el procedimiento no se paraliza, se solicita oficialmente al Gobierno la convocatoria del Referéndum popular.

Durante el período 1980-1983 se suceden negociaciones políticas infructuosas, sin que el Gobierno se pronuncie sobre la solicitud de referéndum, dando, así, tiempo a que el Estatuto de Castilla y León, aprobado en febrero de 1983, introduzca una Disposición Transitoria 7ª, que modifica el procedimiento establecido en el art. 8º del EAPV, al exigir un quorum reforzado para el acuerdo municipal y el informe favorable a la segregación por parte de la Comunidad Autónoma de origen.

Como consecuencia de ello se interpone recurso de inconstitucionalidad contra la Disposición Transitoria 7ª, apartado 3º del EACL, por entender que modifica el procedimiento del art. 8º del EAPV, dando lugar a la STC 99/1986 de 11 de julio que resuelve el recurso y declara constitucional la Disposición del Estatuto de Castilla y León, objeto de impugnación.

Esta sentencia contiene numerosos pronunciamientos discutibles, cuya crítica ya fue efectuada por el voto particular formulado por el Magistrado del propio tribunal, Sr. LEGUINA VILLA. Entre otros puntos, se destaca por este Magistrado, que la constitucionalidad de la Disposición Transitoria 7ª del EACL no debe enjuiciarse sólo desde la Constitución, sino desde el bloque de constitucionalidad integrado por los restantes Estatutos, y no sólo desde un precepto constitucional, art. 147.2.b, sino del conjunto de la Constitución, incluido el art. 152.2. que establece el procedimiento de reforma de los Estatutos. Contra el criterio del T.C., defiende también el carácter completo y no parcial del procedimiento del art. 8º EAPV, carácter que no implica invasión de la reserva normativa del EACL por el EAPV, ya que se trata no de una Ley de otra Comunidad sino de una Ley Orgánica estatal que no puede ser alterada por un procedimiento "*extra ordinem*", sino por el previsto para la Reforma de los Estatutos en el artículo 152.2 de la CE.

No obstante, por lo que interesa al objeto de nuestro estudio, lo verdaderamente destacable es la interpretación que otorga el T.C. al artículo 147.2.b de la Constitución, a nuestro juicio de un exagerado formalismo.

Según el razonamiento del T.C., el art. 147.2.b de la CE, reserva a los Estatutos la delimitación de su respectivo territorio, delimitación que puede ser "*administrativa*" o "*geográfica*" (FJ4). La definición "*geográfica*", esto es, la que se efectúa no sólo en relación al ámbito de aplicabilidad de las disposiciones y actos de los órganos autonómicos sino en función del territorio mismo como espacio natural, impide toda alteración del mismo que no se realice mediante el procedimiento establecido para la reforma del Estatuto. En cambio la definición "*administrativa*", constituye una descripción territorial débil, cuya alteración, en tanto no afecte a la identidad provincial, no supone una revisión formal de su Estatuto ni implica cambio de contenido de la norma estatutaria (FJ5).

Desde este punto de vista, y partiendo de que la definición territorial del Estatuto de Castilla y León es "*administrativa*", la alteración de su territorio como consecuencia de la agregación de Treviño a la Comunidad Vasca, no vulneraría la competencia ni alteraría el contenido normativo del EACL. Pero el artículo 147.2.b de la CE, a juicio del Tribunal, no sólo entraña, en cuanto reserva estatutaria, la definición del territorio, sino la posibilidad de establecer previsiones defensivas en relación con su posible alteración, y, por tanto, la posibilidad de introducir procedimientos para neutralizar la agregación a otra Comunidad (FJ4). En este sentido el EACL actúa dentro de sus competencias al definir el territorio y al establecer, además, normas para dificultar su alteración por vía de segregación.

Lo que interesa destacar de esta argumentación no es sólo la debilidad congénita a una construcción conceptual subjetiva e imprecisa -definición "*geográfica*" y "*administrativa*"-, ni tan siquiera la interpretación del doble contenido del art. 147.2.b de la CE -definición territorial y normas defensivas-, cuando bastaría con una definición rígida para evitar todos los problemas, sino lo forzado de la argumentación en su conjunto, construida al dictado del EACL, "*exprofeso*", para neutralizar las previsiones competenciales del EAPV. Es decir, la utilización de conceptos formales y de conexiones norma-

tivas e interpretativas pseudotécnicas al servicio de un interés concreto y con efectos derogatorios prácticos de contenidos materiales evidentes del EAPV.

4.4.2. El proceso de agregación de Trucios

Villaverde de Trucios, enclave situado en la Comunidad Cántabra, inició con posterioridad a esta Sentencia su proceso de agregación a la Comunidad Autónoma Vasca. Los trámites, en este momento, se hallan paralizados igualmente en la fase de solicitud de Referéndum a lo que el Gobierno no accedió alegando que la cuestión había quedado ya resuelta por la STC 99/1986 de 11 de julio.

Conviene, no obstante, precisar que al margen de lo que en su momento resuelva el Tribunal Supremo, ante el que se sustancia el recurso contencioso-administrativo contra la denegación del Referéndum, el precedente alegado de la STC, indica justamente lo contrario a lo manifestado por el Gobierno. Pues se da el caso, de que siguiendo escrupulosamente los razonamientos del Tribunal, lo que sirve para impedir la agregación de Treviño, permite la de Trucios. Ya que el Estatuto de Cantabria, según recoge el citado Tribunal en el antecedente nº4.b de la Sentencia, "*no contiene ninguna precisión sobre una posible segregación*", y por otra parte, la definición del territorio que efectúa su artículo 2.2 en relación "*a los municipios comprendidos dentro de los límites administrativos de la Provincia de Santander*", no es "*geográfica*", sino "*administrativa*".

Conclusiones

El análisis de las fases por las que ha atravesado la praxis y el desarrollo constitucional y estatutario, podría prolongarse con más ejemplos, pero como muestra de lo que hemos definido anteriormente como desequilibrio alternativo de los modelos legales, entiendo que es suficiente. Como conclusión puede decirse que la praxis interpretativa de ambas etapas presenta como rasgos contrapuestos y más sobresalientes, los siguientes:

a) Frente al énfasis en el contractualismo y la naturaleza pactada del Estatuto, se contrapone la naturaleza derivada de su consideración como Ley Orgánica.

b) A la interpretación subjetiva basada en el espíritu y la intención de los redactores, se opone el objetivismo, la dogmática jurídica y las construcciones técnicas.

c) A la consideración abierta, flexible y políticamente integradora de la Constitución, le sucede una visión cerrada, restrictiva y estrictamente normativa.

d) A la singularidad estatutaria, generalización y Título VIII.

e) Al finalismo integrador, la exclusiva preocupación por la operatividad administrativa del sistema.

f) A la preocupación por la solución del problema de la autonomía y del autogobierno, la primacía y la extensión político-administrativa del principio de unidad.

g) A la voluntad jurídico-política, la "*voluntas legis*".

h) A la prioridad de la consolidación autonómica, la urgencia por la preservación de la unidad.

i) Al principio "*in dubio pro autonomía*" le sucede "*in dubio pro unitate*".

j) A una interpretación institucional, otra de inspiración normativista.

En definitiva, una visión parcial y fragmentaria de los elementos del artículo 1º del EAPV, en lugar de una visión jurídica integral del mismo:

- Nacionalidad	*versus*	Comunidad Autónoma
- Autogobierno	*versus*	Integración
- Autonomía	*versus*	Unidad
- Estatuto	*versus*	Constitución
- Institución	*versus*	Norma institucional

Una vez concluido este análisis sobre los modelos legales, constitucional y estatutario, y expuestas las fases por las que ha atravesado su praxis posterior, he tenido acceso, por gentileza de su autor, el Profesor J.M. CASTELLS, a un trabajo publicado en la *Revista Vasca de Administración Pública*, septiembre-diciembre de 1994, en el que bajo el título "Balance y perspsectivas del Estado Autonómico", se tratan de forma sustancialmente coincidente, gran parte de los temas que acabo de exponer, y que me permito, brevemente, reproducir:

1. Respecto a las fases o etapas por las que ha atravesado la construcción del Estado autonómico, con referencia a CRUZ VILLALÓN, se mencionan: la construcción constitucional, el proceso autonómico y la construcción jurisprudencial, a las que añade CASTELLS, la aportación doctrinal. De forma que el proceso completo, ya sea en secuencia cronológica, ya en sedimentos yuxtapuestos, comprende: *"el ordenamiento jurídico"* (modelo legal, en nuestra terminología), la *"praxis aplicativa"*, la *"influencia doctrinal"* y la *"actuación del Tribunal Constitucional"*[1495]. Es decir, todos los aspectos que hemos desarrollado en páginas anteriores.

2. En cuanto a los *"modelos legales"*, o lo que denomina *"la base constitucional y estatutaria"*, se señala que la configuración del sistema autonómico pretendía un triple objetivo: *"El reconocimiento de los hechos nacionalitarios, la democra-*

[1495] CASTELLS ARTECHE, J.M.: "Balance y perspectivas del Estado Autonómico". *Revista Vasca de Administración Pública*. Septiembre-diciembre, 1994, núm. 40 (II), pág. 84.

tización de las estructuras y el funcionamiento eficaz del Estado"[1496]. Para el logro y la articulación de estos objetivos, no fácilmente conciliables, la Constitución optó por un marco *"flexible y abierto"*, en el que, mediante la alusión del artículo 2º a las nacionalidades y regiones, se esbozaba un cierto *"diferencialismo"*, combinado con la pretensión de hacer más operativo y funcional a nivel general un Estado *"lastrado por seculares inercias"*. De la fórmula constitucional, se derivaban, por tanto, dos vías: *"la histórico-reivindicativa"* y *"la estrictamente utilitarista"*[1497].

El diagnóstico final de *"modelo abierto y flexible"*, coincide, al menos materialmente, con nuestras apreciaciones, independientemente de que obedeciese a *"tacticismo político"*, o a oportunismo orientado a *"facilitar la aprobación del texto por los nacionalistas vascos y catalanes"*[1498].

3. Por lo que concierne a la *"praxis"* aplicativa de los modelos legales, subraya el protagonismo decisivo en la conducción del proceso por una vía *"utilitarista"*, con olvido de la *"histórico-reivindicativa"*, por parte de la Doctrina, la Jurisprudencia constitucional y la legislación estatal.

A la Doctrina, identificada con las Comisiones de Expertos, se encomienda la función de prestar apoyo científico a la decisión política de reorientar el proceso por la vía utilitarista y generalizante antes que por la *"reivindicativa"* del *"dife-*

[1496] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *Balance y perspectivas... ob. cit.*, pág. 85 y HERNÁNDEZ, A. y GONZÁLEZ, M.A.: "Los acuerdos autonómicos de 28 de febrero de 1992: negociación, contenido y desarrollo". Num. 232-233 de *Documentación Administrativa sobre el Estado Autonómico hoy*. Octubre-1992-marzo 1993.

[1497] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *ob. cit.*, págs. 85 y 86.

[1498] CORCUERA ATIENZA, J.: "La distinción constitucional entre nacionalidades y regiones en el décimoquinto aniversario de la Constitución". *Documentación Administrativa*, núm. 232-233. Octubre, 1992-marzo, 1993.

rencialismo", poniendo énfasis en la *"generalización autonómica"* y en la reforma y eficacia administrativas[1499].

Nuestra crítica al protagonismo doctrinal no incluye los aspectos positivos que indudablemente ha supuesto para la vigorización del nuevo modelo, desde una perspectiva administrativa. Por el contrario, la oposición a este *"revisionismo"* doctrinal, se centra en la opción exclusivista por un modelo de regionalización administrativa generalizada, que al sofocar y dejar en vía muerta el *"diferencialismo"* constitucional de las nacionalidades, ha neutralizado y desviado el aperturismo, la flexibilidad y el equilibrio del modelo mediante la supresión de uno de los objetivos constitucionales.

A la *"desbordante legislación estatal"*, que abusa de las leyes orgánicas y básicas, que invade ámbitos autonómicos y está dotada de una fuerte *"vis expansiva"*, se imputa la ruptura del consenso constitucional y de la cultura del pacto. Esta *"legislación de choque"*, unida al *"bloqueo transferencial"*, provocará la *"proliferación de conflictos"*, el descontento y las discrepancias que, a la vez que ponen en cuestión el *"edificio autonómico"*, obligarán a una actuación intensiva del Tribunal Constitucional que se ve obligado a representar un papel arbitral de primer orden, llegándose a plantear si nos encontramos en un Estado *"jurisdiccional"* autonómico[1500].

Estos comentarios coinciden sustancialmente con nuestras consideraciones, sobre la función que han desarrollado en el proceso determinadas leyes orgánicas, leyes delimitadoras de competencias y leyes básicas, ejemplificadas en los apartados referentes a la LOPJ, el concepto de bases, etc.

[1499] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *ob. cit.*, págs. 86 y 87.

[1500] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *ob. cit.*, págs. 87 y 88.

Los comentarios sobre la actividad del Tribunal Constitucional coinciden básicamente con nuestras apreciaciones, al calificar su orientación como *"procentralizadora"*. Diferencia dos etapas, la primera *"moderadamente centralista"*, en confesión de TOMAS Y VALIENTE, orientada a preservar el Estado, y la segunda dirigida a asentar el Estado autonómico, que antes que autonómico debía ser Estado. El balance final, no obstante, presenta un juicio valorativo en clave *"meramente centralista"* que se manifiesta en la interpretación extensiva de las competencias estatales sobre bases, coordinación, planificación económica, intereses generales y *"supraautonómicos"*, etc.[1501]. En cita expresiva de MUÑOZ MACHADO, se afirma que la *"ruptura del concepto de competencia exclusiva, produjo el efecto de que no existiera reducto alguno en el que el Estado no pudiera penetrar mediante leyes que redefinieran el contenido de los poderes"*[1502]. En definitiva a la *"prioridad estatal"*, el Tribunal Constitucional suma una doctrina interpretativa en la *"unívoca dirección de la consolidación de la superioridad de los poderes centrales"*[1503].

A estos comentarios generales, pueden añadirse los ejemplos significativos anteriormente expuestos sobre los pronunciamientos del Tribunal en relación con la LOPJ y la integración territorial de la Comunidad vasca.

[1501] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *ob. cit.*, págs. 89 y 90.

[1502] MUÑOZ MACHADO, S.: "La praxis autonómica en el Estado español". En *Praxis autonómica: modelos comparados y modelo estatal*. Oñati, 1987.

[1503] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *ob. cit.*, pág. 90.

III. RECUPERACIÓN DEL EQUILIBRIO NORMATIVO-INSTITUCIONAL

En los comienzos de la Autonomía, allá por el año 1981, se celebraron las "*Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*", organizadas por el Instituto Vasco de Administración Pública, adscrito a la Secretaría de Presidencia del Gobierno Vasco. En razón del cargo político que ocupaba en aquel momento, me correspondió realizar el Discurso de Apertura, y en él manifesté, quizás defensivamente, el temor de que el Estatuto, al caer en manos de la técnica jurídica y de la Ciencia académica, se convirtiese en un producto normativo más quedando, orillada su finalidad política última como consecuencia de la pugna y de la tensión competencial entre políticos y juristas, entre Política y Derecho.

Los juristas critican a los políticos por su despreocupación de los elementos técnicos de la norma a la que consideran un simple instrumento para la consecución de sus objetivos políticos. Los políticos, a su vez, desconfían de los juristas y de los científicos que parapetados en la cómoda retaguardia de la crítica académica y científica, analizan la norma como un producto independiente y desconectado de las exigencias y finalidades sociales.

Por ello sugería, en aquel momento, una reconciliación desde la complementariedad, considerando que el lugar de encuentro entre el político y el jurista, venía ya predeterminado por la función instrumental que el Derecho ejerce en la sociedad y que se manifiesta en la eficacia social de las normas. En definitiva, proponía la búsqueda de soluciones desde una consideración no exclusivamente normativa del Derecho y del Estatuto, sino desde una consideración equilibrada e integral del mismo que cobijase tanto las exigencias científicas y técnico-jurídicas, como el finalismo ínsito a la norma.

Probablemente, sin tener conciencia de ello, estaba apuntando a lo que hoy denomino significado jurídico integral del Estatuto, concepción institucional e interpretación normativo-institucional, como solución jurídica equilibrada de la encrucijada en que

hoy se halla el Estatuto.

El temor, entonces intuido, sobre las visiones contrapuestas del Estatuto, ha quedado confirmado por la praxis institucional expuesta en las páginas anteriores, y el riesgo, entonces apuntado, de frustración de la eficacia social del Estatuto puede convertirse en realidad. Por ello, hoy, volvemos a proponer la recuperación del equilibrio, no desde la óptica política como entonces, sino desde una posición jurídica y académica y desde una concepción *"mediadora"* del Derecho en cuya dirección he procurado orientar estas reflexiones, al objeto de aportar cobertura jurídica y científica a la exigencia última de institucionalización social del Estatuto.

1. Diagnóstico institucional

Tras dieciséis años de desarrollo estatutario, no puede objetivamente afirmarse que no exista una consolidación institucional fundamental. No obstante, parece igualmente claro que ésta convive con un déficit institucional evidente que se manifiesta a nivel estatal y autonómico, a través de una serie de datos.

A nivel estatal, anota CASTELLS, que ya a finales de la década de los 90 se percibe una evidente crisis en el proceso del Estado Autónomico, más agudizada en las Comunidades Autónomas nacionalitarias. Se reconoce que se ha logrado la conformación del Estado compuesto, pero la insatisfacción es general tanto en ámbitos autonómicos como en áreas del poder central. El *"informe sobre las autonomías"*, publicado en 1988, por un grupo de juristas catalanes, pone de relieve el agotamiento del Estado autonómico, tanto por la ausencia de reformas generales del Estado, como por la falta de perspectivas de futuro[1934].

[1934] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *ob. cit.*, pág. 90.

La tendencia doctrinal actual, reflejada, según CASTELLS, en las Jornadas celebradas en Pamplona, los días 30 de noviembre a 2 de diciembre de 1993, sobre *"El Estado Autonómico"* con intervenciones de PÉREZ CALVO, TRUJILLO, CORCUERA y LÓPEZ GUERRA, entre otros, revela una preocupación general por la provisionalidad, y la necesidad de poner el punto final al proceso mediante la superación de dos obstáculos: el *"impreciso federalismo"* y la *"voracidad"* de las reivindicaciones nacionalistas[1505].

Junto a este clima de insatisfacción general –doctrinal, estatal y autonómica–, aparecen, según CASTELLS, como principales déficits constatables:

- una cierta sequia transferencial, especialmente agravada en la Comunidad Vasca, producida por la pasividad de las instancias centrales, ante la que nada puede hacer el Tribunal Constitucional por la inexistencia de un órgano arbitral resolutivo que diera salida política, al estilo del Comité de Concertación belga, a esta situación de inercia y de "impasse"[1506].

- insuficiencia del nivel participativo de las Comunidades Autónomas en el decisionismo político estatal, reconocida también por PÉREZ CALVO[1507]. Esta idea, expuesta por CASTELLS en 1981, con apoyo en la doctrina y experiencia italianas, significa que *"o las regiones devienen protagonistas de la vida política nacional o pueden ser fagocitadas, quedando como instrumentos de manipulación en las manos de los políticos nacionales"*[1508]. Los mecanismos participati-

[1505] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *ob. cit.*, págs. 92-93.

[1506] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *ob. cit.*, pág. 94.

[1507] PÉREZ CALVO, A.: "Participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la posición que el Estado ha de trasladar a las Instituciones Comunitarias". *Documentación Administrativa*, núms. 232-233. Octubre 1992-marzo 1993.

[1508] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *ob. cit.*, págs. 94 y 95.

vos, según este autor, serían, además de eventuales participaciones en el Gobierno central, la reforma y acomodación del Senado como cámara de representación territorial, la participación comunitaria en el Tribunal Constitucional, la utilización del Concejo de Estado o la conformación de órganos similares en el ámbito autonómico y la participación directa en la política e instituciones de la Comunidad Europea.

- La aún no acometida, reforma necesaria de la Administración Central, como presupuesto del correcto desenvolvimiento del Estado Autonómico y la revitalización de la Administración local.

- Saturación, cansancio o pérdida de sensibilidad por el tema autonómico, en la medida en que las preocupaciones principales se centran en la crisis económica, obteniéndose un muro de separación entre las preocupaciones de las instancias centrales y las pretensiones autonómicas. Esta situación de desidia estatal por el tema autonómico puede concluir en la peligrosa situación que en Italia vino a llamarse el *"sueño de las regiones"*[190], y que aquí, especialmente en las Comunidades nacionalitarias, como la Vasca, agudizarían peligrosamente las contradiciones.

Valorando positivamente las líneas generales del precedente balance, referido al Estado Autonómico y a las Comunidades Autónomas en su conjunto, nuestro particular diagnóstico institucional, referido al desarrollo del Estatuto Vasco en particular y desde la peculiar óptica institucional con la que lo estamos analizando, presenta las siguientes notas:

a) En el momento de escribir estas líneas, septiembre de 1995, la prensa recoge el

[190] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *ob. cit.*, pág. 97.

dato de 45 materias competenciales pendientes de transferencia. Entre ellas figuran: seguridad social, autopistas, crédito y banca, valores, INEM, investigación, etc... Este dato que viene a representar, según fuentes del Gobierno Vasco, una tercera parte de los contenidos del autogobierno, desde una perspectiva institucional afecta esencialmente a la idea de autogobierno.

b) El autogobierno no es sólo cuestión de contenidos sino de *"praxis"*. K. HESSE afirma que la fuerza normativa de la Constitución no depende sólo de los contenidos sino de la praxis constitucional[1510]. Aplicando esta idea al Estatuto, nos encontramos con que además de la reducción de contenidos que ha experimentado, la praxis estatutaria ha adoptado un corte o sesgo *"administrativista"* que impregna hoy las instituciones de autogobierno de una despolitización progresiva. El funcionamiento interno de Instituciones tan esenciales como el Gobierno o Ejecutivo vasco evidencia la digestión de una *"autoconciencia administrativista"*, habiéndose acomodado fácilmente a un rol de gestor eficaz más propio de una Administración que del Gobierno político de un país.

Expresado en clave institucional, significa que la organización institucional no cumple adecuadamente su función al servicio de la realización integral de la Idea de Autogobierno. Cumple su cometido administrativo de forma sustancialmente correcta, en cambio la dimensión política, consustancial al autogobierno presenta dejaciones y déficits importantes en cuanto a dirección política interna y profundización en el autogobierno.

c) El termómetro del "*sentimiento institucional*" y de la "*adhesión social*", arroja un saldo de "*indiferencia institucional*", o en todo caso una aceptación fría, carente de entusiasmo. La identificación estatutaria, capaz de movilizar en otro

[1510] HESSE, K.: *Die normative Kraft der Verfassung*. Tubingen, 1959. pág. 14, traducido en CEC. Madrid: *La fuerza normativa de la Constitución*.

tiempo a la sociedad en defensa de símbolos o de la integrad del Estatuto, hoy resulta impensable. Este fenómeno es, en parte, debido a la rutina de la convivencia o a la "*consuetudo*" institucional, pero también, a la progresiva desilusión provocada por la degeneración administrativa de la idea de autogobierno originaria, y por la gestión práctica de sus órganos que repercute negativamente en la estima social.

d) Desde una consideración institucional, la reducción de la idea de autogobierno, la despolitización de su organización institucional, y la indiferencia social, son factores que ponen en peligro la consolidación de la institucionalización interna. Si a ello se suman los obstáculos que ha encontrado el proceso autonómico por parte del Estado (reforzamiento del principio de unidad, recalificaciones competenciales, legislación de choque y expansión, etc.), nos encontramos con que el objetivo integrador y la recuperación de la "*forma de estar*", como adecuación institucional externa, dista mucho de lograrse.

La interpretación institucional de estos datos, permite elaborar el siguiente diagnóstico:

Sí, según HAURIOU[151], la duración y permanencia de una institución -especialmente de las instituciones-persona como la Comunidad Autónoma- depende de la continuidad de los elementos fundacionales que conforman la anatomía institucional -idea directriz, organización y apoyo social-, y la desaparición o muerte de las instituciones se debe a la pérdida de fuerza o "*vis atractiva*" de la Idea, o la incapacidad de sus órganos, a la pérdida de afecto social y a la acción de un poder externo, nos encontramos con que en el proceso descrito están seriamente afectados todos y cada uno de los elementos que deben garantizar la

[151] HAURIOU, M.: *Teoría de la Institución... ob. cit.*, passim.

institucionalización interna y externa.

En el mejor de los casos, el Estatuto va camino de convertirse en una institución-cosa o regla de Derecho, apoyado en una inercia social que permite una subsistencia institucional, formal, muy alejada de la recuperación y adecuación institucional interna y externa que se esperaba.

2. Recuperación del equilibrio y superación de la encrucijada institucional mediante la función mediadora del Derecho

La reposición del equilibrio entre modelo legal y praxis institucional exige, entre otras cosas, la recuperación de la voluntad política y un cambio ideológico que permita la inversión de la actual tendencia dominante. No debe olvidarse que el problema tiene una vertiente política y otra ideológica. Es de sobra conocido que, en momentos puntuales, el acercamiento de posturas en materia de transferencias ha sido consecuencia de decisiones políticas derivadas de la formación de coaliciones gubernamentales bipartitas o tripartitas, en el seno del Gobierno Vasco. Igualmente, no sólo los posicionamientos políticos sino los doctrinales, están influidos por ideologías: no hay intelectual, profesor universitario, cuya formación, doctrina y actuación escapen a la vertiente ideológica[1512].

Entre las medidas políticas para superar esta encrucijada autonómica pueden situarse las que CASTELLS denomina *"perspectivas de superación de contradicciones"*, y que comprenden[1513]:

- *"el encaje del hecho diferencial"*. asumido por la Constitución que permite tratamientos específicos en situaciones diferenciadas.

[1512] LUCAS VERDÚ, P., cita a RUDOLF LAUN en: *Como Derecho Administrativo... ob. cit.*, pág. 47.

[1513] CASTELLS ARTECHE, J.M.: *ob. cit.*, págs. 98 a 103.

- La superación del *"dualismo"* y del enfrentamiento entre poderes centrales y autonómicos, mediante la introducción de una tercera instancia, de naturaleza federal, representanda por el Estado global, a quien corresponde la defensa y representación de los intereses generales y supraautonómicos, hasta ahora identificados con el poder central.

- La *"no sacralización de las normas jurídicas"* y la admisión de una interpretación flexible y ajustada a la cambiante coyuntura política de la Constitución y los Estatutos como normas ordenadoras de la convivencia y organizadoras de la vida en sociedad. Pragmatismo, en suma, de la praxis autonómica.

- *"Necesidad de un nuevo pacto de Estado"* entre fuerzas políticas que permita diseñar un modelo definitivo, puesto que la actual inexistencia de mayorías parlamentarias absolutas convierten en insuficientes los acuerdos alcanzados en el ente legislativo estatal.

Estas y otras medidas, como la formación de un *"frente regional"* de Comunidades Autónomas para sortear el actual *"impasse"* autonómico, como ocurrió en Italia, constituyen requerimientos al decisionismo y a la voluntad política. Pero al margen, o junto a estos recursos, las soluciones deben, también, buscarse en el Derecho, apurando su función mediadora. En este sentido hemos intentado aportar algunas claves o elementos jurídicos que amparan una praxis institucional flexible de acuerdo con la flexibilidad del modelo legal constitucional y estatutario, y ello tanto desde la *"razón teórica"*, como *"desde la razón práctica"*, desde la *"concepción institucional* del Estatuto, como desde *"la interpretación normativo-institucional"* de éste.

Respecto a la interpretación *"normativo-institucional"* hemos distinguido dos momentos:

a) La fase del asentamiento institucional, en la que aún nos encontramos y en la que hay que apurar al máximo las fórmulas interpretativas que favorezcan desde una perspectiva institucional y finalista la consolidación del sistema.

b) la vida ordinaria de las instituciones o la cotidianeidad institucional, en la que deben predominar los principios de objetividad y seguridad jurídica del Derecho y los correspondientes criterios, de interpretación técnico-jurídica derivados de la realidad normativa del Estatuto.

La opción por una fórmula equilibrada de interpretación normativo-institucional, lejos de ser voluntarista, es la que mejor se acomoda a la realidad jurídica integral del Estatuto tal como la hemos expuesto, y es la que se deduce racionalmente de los propios textos legales, Constitución y Estatuto, contando con amparo y cobertura doctrinal suficientes.

Como apoyaturas legales, y resumiendo las ya expuestas, pueden citarse:

- La Constitución en su conjunto como modelo legal abierto y flexible.

- El bloque material formado por la Disposición Adicional Primera y la Derogatoria 2ª de la Constitución, que impone una interpretación abierta al servicio de la finalidad integradora mediante el equilibrio de los principios de unidad y autonomía, y veta una interpretación extensiva del principio de unidad por constituir un obstáculo para el "*arreglo definitivo*".

- El artículo 1º del EAPV como concepción jurídica integral y expresión del equilibrio entre institución y norma, que exige una interpretación normativo-institucional.

- El art. 3.1 del Código Civil, que interpretado en sentido amplio, permite la

aplicación de técnicas hermenéuticas abiertas, flexibles, finalistas y valorativas.

En el ámbito doctrinal, y sintetizando al máximo algunas de las posiciones y concepciones expuestas, puede igualmente afirmarse que la interpretación y desarrollo normativo-institucional equilibrado del Estatuto, constituye una exigencia:

- de la duración y continuidad institucional, según la formulación de HAURIOU, que implica una interpretación *"contextual"* del Estatuto en función de la posición que ocupa en el conjunto institucional.

- de la interpretación de las normas conforme al Ordenamiento Jurídico, entendido éste en su plenitud normativa e institucional, en el sentido propuesto por S. ROMANO.

- del proceso y finalidad integradora de la Constitución y del Estatuto, de acuerdo con R. SMEND, que invita a una interpretación constitucional y estatutaria, flexible y elástica.

- y de la normalización institucional como resultado del equilibrio dialéctico entre normalidad y normatividad, ser y deber ser, Constitución real y escrita, política y jurídica, formulados por HELLER y JELLINEK, cuyo paralelismo con lo que hemos calificado como institución, norma institucional e institucionalización resulta evidente.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I. El significado jurídico integral del Estatuto posee un contenido más amplio que el meramente normológico o técnico jurídico estricto. En cuanto norma se presta a un análisis de perfil objetivo sobre su concepto, naturaleza y contenido. Pero es, además, decisión, fundación y creación de un ente institucional, obra de un poder jurídico de acción reconocido al Pueblo Vasco como expresión de su nacionalidad. En cuanto culminación jurídica de un proceso institucional histórico, expresa un vínculo entre realidad social y jurídica, entre ser y deber ser. En cuanto norma institucional y básica, se convierte en fundamento de un ordenamiento jurídico, en cuyo contexto, integrado por realidades jurídicas normativas y no normativas, debe ser interpretado y desarrollado. En una perspectiva institucional más amplia, el Estatuto representa el elemento objetivo de la Institución, garantiza su duración y permanencia y desarrolla una función instrumental orientada al servicio de la realización de la Idea o Proyecto Institucional. Además de los contenidos normativos e institucionales, el Estatuto, por mandato constitucional expreso, actualiza los derechos históricos y persigue una finalidad integradora. El Estatuto no es una norma aislada ni flotante en el espacio jurídico. Su significado jurídico integral abarca a la norma en su "antes" y "después": historia, norma, finalismo y eficacia social.

II. La Constitución contiene tres tipos de remisiones históricas. La Disposición Adicional Primera remite al Régimen Foral como historia positiva de Autogobierno. La Derogatoria Segunda, para lograr el arreglo foral definitivo, deroga la historia negativa y las causas del fracaso de convivencia histórica entre Unidad y Fueros. La Disposición Transitoria Segunda conecta el Estatuto actual con el proceso histórico, reanudando el tracto jurídico sobre la base de una voluntad idéntica de autogobierno. Difícilmente se podrá concretar el

significado jurídico de estas Disposiciones, si se desconoce en qué consistió el Régimen Foral, cuáles fueron las causas de la abolición foral, las claves del proceso de recuperación institucional y el sentido de la voluntad de autogobierno expresada en el plebiscito de 1933. La escultura no contiene las mismas dimensiones del bloque de granito de que está hecha, pero su sustancia es la misma.

III. El Régimen Foral, o los derechos históricos, en cuanto realidad histórica y *"a priori"* material de la Constitución, se configura como un ordenamiento jurídico formado por un conjunto de elementos constantes y permanentes y otros evolutivos y cambiantes, que durante cierto tiempo gozó de aceptación social interna y de adecuación política externa. La Foralidad, en cuanto Régimen u Ordenamiento esencial, consistió en un SER (entidad histórico-política con autonomía originaria y potestad normativa), en un HABER (contenido competencial, institucional y organizativo de autogobierno que integra la llamada Foralidad material), y en un ESTAR (como fórmula de relación o articulación con organizaciones políticas más amplias en base a títulos jurídicos que integran la Teoría Foral o Foralidad formal). El concepto material y sustancial de derecho histórico, al margen de contenidos variables, se identifica y resume en un SER, HABER y ESTAR.

IV. En la crisis foral de los siglos XVIII y XIX, intervinieron diversos factores internos y externos, de corte europeo, peninsular y específicamente vasco. La Ley de 25 de octubre de 1839 supuso una salida provisional al conflicto en base a una fórmula transaccional entre Unidad constitucional y Fueros. La Unidad redujo sus pretensiones expansivas originarias a un concepto mínimo, político y esencial. La Foralidad, mediante el sacrificio del ESTAR, garantizó la subsistencia material del SER y del HABER. El equilibrio de este modelo legal de convivencia, de corte más reformista y actualizador que propiamente abolitorio, degeneró en una praxis interpretativa unitarista que provocó la

abolición foral en 1876. Puede afirmarse que la causa fundamental del fracaso histórico de convivencia entre Unidad y Fueros, reside en una concepción absoluta, política y administrativa, del principio de unidad que hizo inviable la subsistencia de la Foralidad material y formal, del SER, HABER y ESTAR. La derogación constitucional expresa de las leyes de 1839 y de 1876, significa fundamentalmente la derogación con efectos *"ex nunc"* y *"pro futuro"* de una interpretación expansiva del principio de unidad, supeditada, en el caso vasco, a los valores de integración y de autogobierno.

V. El proceso institucional abierto a partir de 1876, se bifurcó en dos direcciones opuestas. La transigencia foral, partidaria del Concierto Económico, optó por una vía posibilista y por un HABER competencial limitado de carácter concesional. La intransigencia foral, se definió por la reivindicación formal del SER y del ESTAR, despreciando el Régimen de Conciertos. La convergencia de ambos movimientos, en 1917, dio paso a la opción autonómica, caracterizada por un HABER competencial más amplio que el Régimen económico-administrativo, con reserva del SER y del ESTAR. El plebiscito estatutario de 1933, expresa una voluntad de autogobierno más amplio que la mera opción autonómica que, como resultado del proceso histórico, se concreta en la materialización del SER y del HABER, con aplazamiento y reserva de derechos históricos, fundamentalmente del ESTAR.

VI. La interpretación del bloque normativo integrado por las Disposiciones constitucionales citadas, los artículos 2º y 149º.1 de la Constitución y el artículo 1º y Disposición Adicional Única del Estatuto, presenta las siguientes notas:

- El párrafo 1º de la Disposición Adicional Primera, ampara y respeta, y por tanto constitucionaliza, el Régimen Foral como realidad material e histórica, integrado por el SER, HABER y ESTAR.

- El párrafo 2º, sólo dota de efectos jurídicos al contenido de los derechos históricos que resulte compatible con el *"marco"* constitucional, es decir a determinados contenidos del SER y del HABER, no del ESTAR. El límite constitucional, o constitución sustancial, que hace inviable la actualización del ESTAR foral, está representado fundamentalmente por el principio de unidad constitucional.

- El principio de Unidad, consagrado en el artículo 2º de la Constitución, no posee un carácter absoluto e independiente sino que, en el caso vasco, debe ser interpretado en el contexto de la Disposición Derogatoria Segunda como unidad esencial o mínima y supeditada al valor superior de integración. Los principios de unidad y autonomía, sirven a los valores de integración y de autogobierno.

- La interpretación de las competencias exclusivas del Estado recogidas en el art. 149.1 de la Constitución, especialmente aquellas que por ir precedidas de "sin perjuicios", "bases" y conceptos jurídicos indeterminados, no representan contenidos esenciales de la unidad, participa de las mismas restricciones interpretativas que el principio de unidad. De forma que el *"in dubio pro unitate"* debe sustituirse por el *"in dubio pro autonomia"*.

- El artículo 1º del Estatuto, analizado desde la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución, expresa la vinculación entre el proceso institucional histórico y su significado jurídico con la articulación normativo-institucional, entre el ser y el deber ser. Por tanto la interpretación normativa no debe desvincularse del significado social e histórico.

- Ante la imposibilidad de una actualización jurídica completa de la Foralidad, especialmente como forma de ESTAR, la Disposición Adicional

Única del Estatuto, mediante la reserva de Derechos históricos, expresa este déficit, a la vez que legaliza por primera vez en la Historia la reserva foral gracias a la constitucionalización previa del SER, HABER y ESTAR operada por el párrafo 1º de la Disposición Adicional de la Constitución.

VII. El Estatuto, desde una perspectiva normativa general y convencional, suele definirse como ley orgánica estatal de contenido organizativo y competencial producto de una atribución legislativa estatal, inspirada en un juicio de imputación de naturaleza lógica y concesional. En cambio, de un análisis específico y concreto del Estatuto vasco, se derivan las siguientes notas:

- El Estatuto considerado desde las Fuentes de producción del Derecho, como norma material, procede de un principio colegislativo compartido entre la voluntad estatal y la autonómica. Materialmente no es sólo norma estatal.

- Desde la perspectiva formal, en cuanto ley y considerado desde la Jerarquía de Fuentes de aplicación, presenta igualmente una doble dimensión. Es ley institucional y básica en el Ordenamiento Autonómico, y ley orgánica en el Ordenamiento Estatal.

- Su naturaleza jurídica dependerá de la perspectiva material, formal, institucional o foral con que se le analice. Desde la perspectiva de Fuentes de creación, el mandato jurídico interno posee naturaleza pactada material y el externo, carácter confirmatorio y complementario, por lo que, visto en su conjunto, se ajusta a la categoría de *"gesamtakt"* o acto complejo de TRIEPEL, y a la de *"ley formal"* o *"ley-contrato"* de JEZE. Desde la perspectiva de la Jerarquía de Fuentes, posee naturaleza mixta:

autonómica y estatal. En cuanto norma de raíz foral y actualizadora de derechos históricos derivada de la Disposición Adicional Primera, al igual que la LORARFNA, posee naturaleza pactada.

- El contenido competencial y organizativo del Estatuto no es fruto de una atribución estatal de naturaleza meramente concesional, ni obra de una imputación lógica y gratuita, sino consecuencia del doble *"status"* nacionalitario y foral que como resultado de un juicio de *"invención"* o de imputación natural, expresa la vinculación entre *"status"* y estatuto material y la conexión *"esse-habere"*.

VIII. El Estatuto, además de contenidos históricos, normativos e institucionales, contiene referencias explícitas al finalismo, los valores y la eficacia social, derivados directamente del texto constitucional. Toda norma, de manera más o menos directa, posee una razón de ser, una finalidad y un determinado contenido valorativo. Pero la singularidad del Estatuto reside en que estas referencias se desprenden, directamente, de las Disposiciones Adicional Primera y Derogatoria de la Constitución y apuntan a la consecución del "arreglo foral" definitivo y a la institucionalización social de la convivencia de los principios de unidad y de autonomía supeditados a los valores de integración y de autogobierno.

IX. El agrupamiento conceptual y sistemático de los elementos históricos, normativos, institucionales, finalistas y valorativos que componen el significado jurídico integral del Estatuto, puede expresarse a través de la *"Teoría Preposicional del Estatuto"*. Bajo el concepto *"de"*, se recogen las notas y caracteres generales propios de una definición general y aséptica. Tras la preposición *"en"*, se contienen elementos singulares, concretos y específicos, propios de su configuración normativa real y de la autodefinición legal y jurisprudencial. El concepto *"sobre"*, permite explicar las magnitudes jurídicas imprescindi-

bles para captar el sentido y finalidad del Estatuto, como son: la inspiración valorativa, la función social transformadora, la penetración de la historicidad, y las relaciones con el proceso social-histórico, orígenes y *"ambiance"*.

X. En determinados sectores doctrinales y científicos, toda concepción jurídica del Estatuto que exceda de una consideración normativa o técnico-jurídica estricta, puede resultar poco rigurosa y escasamente científica. Ello se debe a que en estos ámbitos, por razón de especialidad jurídica, se sostiene una concepción científica fuertemente influenciada por las premisas que alumbraron el nacimiento de la Ciencia del Derecho en el siglo XIX: el positivismo y la dogmática jurídica. El positivismo, como concepción del Derecho, identifica a éste con normas, o, como máximo, con conjuntos normativos mal llamados ordenamientos jurídicos. La dogmática jurídica, como método lógico-formal, contempla a las normas *"sub specie formae"*, como un deber ser de naturaleza formal, del que quedan excluidos componentes materiales, sociológicos o históricos pertenecientes al ámbito del ser. Esta concepción científica, genéricamente denominada normativismo, se caracteriza, además, porque el método condiciona el objeto de conocimiento.

El normativismo, en sus diferentes versiones, es una concepción válida para aquellas normas de contenido y naturaleza predominantemente técnico-jurídica, pero no resulta el más adecuado para la explicación jurídico-científica de normas de naturaleza política con fuerte contenido finalista, valorativo e integrador de la convivencia. De ahí, que la mayor parte de las corrientes jurídicas surgidas a partir del siglo XX persigan la superación del normativismo, bien por arriba (teleologia, finalismo, axiología, jusnaturalismo), o bien por abajo (realismo, sociologismo, etc.). Entre estos movimientos, destaca por su carácter ecléctico y equilibrado, el institucionismo de HAURIOU, que al combinar aspectos sociológicos, históricos, normativos y valorativos, permite

una explicación amplia y completa del fenómeno jurídico en su conjunto.

XI. La versión más genuina y depurada del normativismo corresponde a KELSEN, y del análisis de su obra podemos afirmar que el normativismo, desde los presupuestos del realismo metódico, no contiene una explicación integral y suficiente del Estatuto en ninguna de sus vertientes: histórica, normativa, finalista ni valorativa:

- Las referencias históricas, pertenecen al mundo del ser y no del deber ser. Todo derecho procede y es creado por las normas, no existen *"a-prioris"*, ni condicionantes materiales del Derecho. Los derechos históricos en un contexto normativista carecen de valor jurídico, o quedan reducidos a una categoría jurídico-formal cuyo alcance y contenido corresponde fijar libremente a la Ciencia Jurídica con criterios lógico-formales inmanentes y deducidos del sistema.

- La norma, para el normativismo, en cuanto objeto de la Ciencia Jurídica, se concreta en regla jurídica, esto es, en un juicio hipotético desmaterializado, de naturaleza formal, que expresa la atribución de consecuencias jurídicas a un determinado supuesto de hecho en base a una ley de imputación de naturaleza exclusivamente lógica. El formalismo normativo y la radical separación entre ser y deber ser *"sein - sollen"*, impiden reconocer valor jurídico a los componentes materiales e institucionales del Estatuto, así como explicar la atribución de contenidos competenciales en razón de una vinculación intrínseca y natural entre *"status"* y estatuto, o *"esse-habere"*. A su vez la concepción estatalista del Derecho, como única fuente productora de normas, y la concepción unitaria del Ordenamiento Jurídico, dificultan la explicación del concepto y naturaleza jurídica del Estatuto en función de las Fuentes creadoras, de la Jerarquía de Fuentes y de la pluralidad de ordenamientos.

- Toda referencia a fines, valores o eficacia social normativa, para el normativismo resulta una cuestión extrajurídica, ya sea por metapositiva, por pertenecer al ámbito del ser, o por resultar impropias de la neutralidad valorativa de la Ciencia Jurídica que sustituye el concepto de valor por el de validez y positividad.

XII. La concepción institucional de HAURIOU, expresada a través de su Teoría de la Institución y de la Fundación, acoge y explica cada uno de los tramos que conforman el significado jurídico integral del Estatuto.

- La constatación sociológica de que a toda institución jurídica le precede un proceso de maduración social de la Idea o Proyecto institucional, permite explicar el Estatuto como la culminación jurídica de un proceso social previo, cuyos elementos básicos subsisten en la fase normativa sin necesidad de recurrir a creaciones legales *"ex novo"*.

- La explicación del nacimiento de las instituciones jurídicas como consecuencia de una operación de fundación formal y expresión de un poder subjetivo de acción, permite explicar el significado del Estatuto como decisión del poder estatuyente e instituyente del Pueblo Vasco.

- La exposición de la anatomía de las Instituciones integrada por la Idea o Proyecto, como elemento esencial, servida por elementos objetivos (organización y normas) y reforzada por el apoyo social, coloca en primer plano de importancia a los elementos finalistas y valorativos, sitúa a la norma en una posición auxiliar e instrumental al servicio de la realización de la Idea-valor y destaca la importancia de la eficacia social. La personificación jurídica de la Idea institucional como elemento propio de las Instituciones-persona o corporativas, ayuda a comprender el significa-

do institucional del Estatuto como creación de la institución Comunidad Autónoma.

- La justificación de la vida de las instituciones, de su duración y permanencia, en base a la subsistencia de los elementos que configuran su estructura y presiden su nacimiento –Idea, apoyo social y organización– contribuye a realzar la importancia de una interpretación y de una *"praxis"* estatutaria orientada a la realización de la Idea y a mantener el apoyo social inicial, a la vez que aporta una explicación jurídica al fenómeno de extinción de las Instituciones como consecuencia del deterioro de la Idea, la desafección social, la mala organización o la acción de un poder externo.

  En resumen, la concepción institucional acoge los elementos históricos, normativos y finalistas, sitúa a la norma estatutaria en una posición auxiliar dentro del contexto general de la Institución y, para garantizar su duración y continuidad, plantea la necesidad de una interpretación y desarrollo estatutario no autónomo ni independiente, sino conectado y al servicio del proyecto institucional.

XIII. La opción por una concepción institucional del Estatuto no se deriva solamente de consideraciones teóricas, sino que se desprende naturalmente del contenido de su artículo 1º. Este precepto refleja el nexo entre el proceso social y el jurídico. Expresa la operación de fundación jurídica formal de la Comunidad Autónoma. Identifica el sujeto del poder estatuyente e instituyente. El finalismo y la Idea-valor, como esencia de la Institución, queda recogida en la expresión *"para acceder al autogobierno"*. El elemento organizativo se desarrolla a través de su Título II. El apoyo y la aceptación social se desprenden de la propia decisión institucional y del referéndum estatutario. La personificación jurídica de la Idea, como sujeto de la Institución comunitaria, se

manifiesta en la creación de la Comunidad Autónoma como ente jurídico dotado de personalidad. El carácter instrumental del Estatuto como norma, viene recogido en la expresión: *"por medio del presente Estatuto, que es su norma institucional básica"*.

El Estatuto, analizado desde su artículo 1º, es decisión, creación, fundación, institución y norma institucional. Contiene, en terminología de HAURIOU, una institución-persona y una institución-cosa.

XIV. La concepción institucional aplicada al Régimen Foral histórico, permite igualmente una explicación jurídica satisfactoria de la estructura, nacimiento, crisis y abolición de la Foralidad:

- La Foralidad antes que institución jurídica fue institución social, que tras un período de maduración social y por obra de una operación de fundación consuetudinaria y de refundación legal, se transforma en régimen, ordenamiento e institución jurídica.

- Su estructura o anatomía institucional, se compone de una Idea o Proyecto de Autogobierno, materializado en un SER, HABER y ESTAR, de una organización institucional y de un apoyo o arraigo social, más perceptible en el núcleo rural que en el urbano.

- Su crisis y posterior abolición fue debida a un deterioro de la Idea como consecuencia de las nuevas corrientes ideológicas, a una pérdida de apoyo social provocada por sectores urbanos e intereses económicos y a la acción de un poder exterior de naturaleza estatal.

XV. Si la teoría institucional de HAURIOU aporta una explicación jurídica de los

contenidos del Estatuto, la concepción institucional y ordinamental de S. ROMANO, técnicamente más rigurosa, de forma complementaria, permite obtener una visión más amplia de sus contenidos normativos. Así:

- El reconocimiento del valor jurídico de las organizaciones sociales antes de su conformación normativa -*"ubi societas, ibi jus"*- permite valorar el significado jurídico del proceso institucional social.

- La identificación entre organización, ordenamiento e Institución, permite contemplar al Estatuto, en cuanto fija las claves organizativas y estructurales permanentes del Ordenamiento Autonómico, como Organización, Ordenamiento e Institución.

- La diferenciación entre el Ordenamiento y las normas y restantes realidades que lo integran, sitúa la interpretación de la norma estatutaria en un contexto más amplio que el estrictamente normativo.

- La constatación de la existencia de una pluralidad de Ordenamientos y el análisis de sus relaciones, soporta y fundamenta el estudio del concepto y naturaleza del Estatuto en función de las diversas Fuentes de creación normativa, y explica su posición en los diversos ordenamientos, estatal y autonómico, desde la perspectiva de las Fuentes de aplicación.

XVI. De la aplicación de la teoría ordinamental a la Foralidad histórica, se deduce que el Régimen Foral, en cuanto ordenamiento integrado por normas, instituciones, relaciones de poder y mecanismos organizativos, posee un contenido variable y evolutivo, a la vez que una estructura organizativa y una esencia institucional fija y permanente. El elemento institucional constante del Ordenamiento foral, como cuerpo diferenciado y entidad propia, estuvo representado por el SER, HABER y el ESTAR. La Foralidad, desde esta perspectiva,

fue Organización, Ordenamiento e Institución.

XVII. Junto al institucionismo combinado de HAURIOU y ROMANO, como explicación general del fenómeno estatutario, deben resaltarse las aportaciones puntuales de autores como C. SCHMITT, H. HELLER y R. SMEND, que sirven para reforzar determinados aspectos concretos del Estatuto.

- De C. SCHMITT corresponde destacar sus concepciones sobre la Constitución como decisión, la configuración de los derechos de libertad como *"aprioris"* constitucionales, la categoría de la garantía institucional y la teoría de los órdenes concretos. La aplicación de estas construcciones jurídicas al Estatuto permite fundamentar su significado como decisión, esclarecer la naturaleza parcialmente constituyente del poder instituyente y estatuyente del Pueblo Vasco, considerar a los derechos históricos como *"aprioris"* materiales de la Constitución, y por tal razón, excluir su configuración como garantía institucional.

- H. HELLER, al configurar el Derecho como parte de la realidad social, de naturaleza sico-física, material y formal, y establecer la relación dialéctica entre realidad y norma, favorece una interpretación del Estatuto como norma material y formal, como momento jurídico destacado de la realidad social y como vinculación entre normalidad (ser), normatividad (deber ser) y normalización (finalidad y eficacia social) en relación dialéctica constante.

- R. SMEND, destaca la función integradora de la Constitución como ordenación jurídica del proceso de integración política, personal y funcional, cuya interpretación, al servicio del proceso, más que técnico jurídica o administrativa, debe ser abierta, flexible y elástica. La aplicación de

estas aportaciones al Estatuto, permiten destacar la importancia de sus elementos valorativos, finalistas e integradores y defender una interpretación no exclusivamente normológica, sino abierta y flexible, al servicio de los valores de integración y de autogobierno, de acuerdo con el sentido de la Disposición Adicional Primera y Derogatoria Segunda de la Constitución.

XVIII. La Ciencia jurídica abarca tanto la comprensión como la aplicación del Derecho, posee una dimensión teórica y otra práctica. Si desde *"la razón teórica"* proponemos una concepción institucional del Estatuto, desde la *"razón práctica"* propugnamos una interpretación normativo-institucional mediante la equilibrada combinación de los requerimientos institucionales con las exigencias que se derivan de su configuración como norma. Ni normativismo absoluto, ni institucionismo a ultranza, sino justa proporción como garantía de la necesaria objetividad del Derecho y seguridad jurídicas.

La opción por una interpretación normativo-institucional equilibrada entre los criterios hermenéuticos del ordenamiento jurídico y las exigencias institucionales, viene, además, exigida por la coherencia entre modelo legal y praxis. De forma que a un modelo constitucional y estatutario, abierto, integrador y flexible, debe corresponder un desarrollo igualmente abierto, equilibrado y flexible.

XIX. Desde la perspectiva específicamente vasca la apertura y flexibilidad iniciales del modelo constitucional, más que a deficiencias o indefiniciones coyunturales, fue debida a exigencias derivadas del principio integrador consagrado en la Disposición Derogatoria 2ª de la Constitución que imponía determinados límites al concepto de unidad política, permitiendo un mayor juego y amplitud de la Autonomía en función de las exigencias sociales reales de las nacionalidades y regiones, según sus específicos problemas.

Este mismo equilibrio se traslada al Estatuto Vasco y queda reflejado externamente en su artículo 1º que presenta un modelo armonizador que se manifiesta:

- en el ámbito institucional: mediante el equilibrio entre norma institucional e institución,
- en el campo de los valores: entre integración y autogobierno,
- en el de los principios: entre unidad y autonomía,
- en el normativo: entre Estatuto y Constitución,
- en el sociológico-jurídico: entre Pueblo Vasco o Nacionalidad y Comunidad Autónoma o Euskadi.

La visualización del equilibrio del modelo legal es la siguiente:

• Pueblo Vasco o Nacionalidad	< >	Comunidad Autónoma-Euskadi
• Autogobierno	< >	Integración
• Autonomía	< >	Unidad
• Estatuto	< >	Constitución
• Institución	< >	Norma Institucional

XX. En coherencia con el modelo expuesto, su desarrollo y praxis posterior debiera haber equilibrado todos los ingredientes enunciados, sin embargo, la interpretación estatutaria se ha desarrollado en dos fases claramente diferenciadas y enfrentadas, basculando de un extremo a otro.

El período inicial, aproximadamente entre 1979 y 1981, se caracterizó por el énfasis político en el **Pueblo Vasco, Nacionalidad, Derechos históricos, autogobierno, autonomía y Estatuto**, dando lugar a interpretaciones contractualistas y subjetivas próximas al historicismo político-jurídico y al originalismo negociador.

A esta fase sucede un período de congelación calculado, cubierto por Infor-

mes técnicos de Expertos, LOAPA, Pactos Autonómicos, Convenciones y mutaciones constitucionales y reformas encubiertas de la Constitución, que culminan en la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983, a partir del cual se instaura una praxis técnico-jurídica de carácter exclusivamente normológico.

De 1983, en adelante, el desarrollo estatutario se centra exclusivamente en el análisis jurídico de los contenidos estatutarios referentes a **Comunidad Autónoma, integración estatal, unidad política, supremacía de la Constitución sobre el Estatuto y preponderancia del carácter normativo del Estatuto frente al institucional.**

XXI. El panorama final resultante de este enfrentamiento es el siguiente:

- Frente a la consideración contractualista y pactada del Estatuto, al énfasis en su naturaleza estatal como Ley Orgánica.
- A la interpretación subjetivo-finalista basada en la intención negociadora, se opone objetivismo y dogmática jurídica.
- A la consideración abierta, flexible y políticamente integradora de la Constitución, le sucede una visión cerrada, restrictiva y estrictamente normativa.
- A singularidad estatutaria, generalización autonómica.
- A Constitución sustancial, primacía del Título VIII.
- A finalismo integrador, operatividad y eficacia administrativa.
- A la prioridad por la consolidación de la autonomía, preservación de la unidad.
- A la voluntad jurídico-política, *"voluntas legis"*.
- Al *"in dubio pro autonomia"*, le sucede *"in dubio pro unitate"*.
- A una interpretación institucional, otra normativista.

XXII. La interpretación institucional de esta situación arroja un balance preocupante en la medida en que afecta a los elementos que, según la teoría de HAURIOU, garantizan la duración y permanencia de la institución y aseguran la institucionalización real. Si al deterioro de la Idea o Proyecto de autogobierno, que de político se va convirtiendo en administrativo, se suma la creciente *"administrativización"* de sus órganos de poder, y la correlativa indiferencia social, nos encontramos con que podrá subsistir el Estatuto como norma o regla de derecho, pero habrá perdido su potencialidad integradora e institucionalizante, quedando el autogobierno como una cuestión abierta y pendiente de solución definitiva.

XXIII. El diagnóstico final del desarrollo estatutario y del Estado autonómico, a juzgar por recientes documentos y reflexiones doctrinales, parece haber generado una insatisfacción generalizada. Desde posiciones estatales preocupa la permanente provisionalidad, el impreciso federalismo y la voracidad reivindicativa de los nacionalismos. Desde las nacionalidades se denuncia la sequía transferencial, la inacabada reforma de la Administración y la pérdida de sensibilidad autonómica por parte del Estado.

Para salir de esta encrucijada se apuntan diversas soluciones y se apela a la voluntad política, a la asunción del hecho diferencial, a la superación del dualismo poder central-autonomías o a la necesidad de un nuevo pacto político. Nosotros, además, desde el estricto ámbito jurídico, proponemos la utilización de la función mediadora del Derecho y la potenciación de los instrumentos y de las posibilidades que, para la institucionalización definitiva del Autogobierno vasco, se desprenden de una concepción institucional y de una interpretación normativo-institucional de su Estatuto de Autonomía.

BIBLIOGRAFÍA

"Los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1982" en Ministerio para las Administraciones Públicas. MAP. Madrid, 1992.

ABELARDO, P.: *Dialogum inter Philosph. Judeum et christian.* Petri Abelardi opp. pars III. Patrologiae. Tom. 178, pág. 1656. Garnier Edit. París, 1885.

AGUAYO CAMPO, T.: "El liberalismo político del siglo XIX y las nacionalidades: la cuestión vasca". En *Boletín de la Institución "Sancho el Sabio".* 1978.

AGUIAR y BLANCO. *Constitución Española 1978-1988.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988.

AJA, E.: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas.* Ed. Tecnos. Madrid, 1985.

ALBERONI, F.: *Movimento e instituzione.* Bologna, 1973. Traducc. española: *Movimiento e Institución.* Edit. Nacional. Madrid, 1984.

ALONSO GARCÍA, E.: *La Interpretación de la Constitución.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984.

ALVAREZ CONDE, E. *Las Comunidades Autónomas.* Ed. Nacional "Cultura y Sociedad". Madrid, 1980.

ALZAGA, O.: *Constitución Española de 1978.* Edic. del Foro, Madrid, 1978.

ANGEL YAGÜEZ, R. de: *Introducción al estudio del Derecho.* Universidad de Deusto. Bilbao, 1986.

ÁNGEL, R. de y ZORRILLA, M.: *Dictámen sobre la Constitucionalidad de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autónomico (LOAPA).* Universidad de Deusto. Bilbao, 1982.

ANGULO HORMAZA, J.M.: *La Abolición de los Fueros e Instituciones Vascongadas.* Ed. Auñamendi. San Sebastián, 1976, 2 tomos.

AQUINO, Sto. Tomás de: *Summa Theologica*, I. a. IIae, q, 90. Biblioteca de Autores cristianos. B.A.C. Madrid, 1957.

ARANA GOIRI, S.: *Bizcaia por su Independencia*. Ed. Verdes Achirica, Bilbao, 1932.

ARANZADI, E.: *La Nación Vasca*. Ed. Verdes, Bilbao, 1931.

ARISTÓTELES: *Etica a Nicómaco*. Ed. Gredos. Madrid, 1985.

ARTIÑANO, A. de: *El alzamiento del Señorío de Vizcaya en 1872, el Convenio de Amorevieta*. Ed. La Andalucía, Sevilla, 1872.

AYESTARÁN LECUONA, J.A.: "Aspectos socio-políticos de la crisis foral". En *Euskadi y el Estatuto de Autonomía*. Ed. Erein. San Sebastián. 1979.

AYESTARÁN LECUONA, J.A.: Prefacio a la obra de I. ESTORNES: *Carlismo y Abolición Foral*.

BARILE, P.: *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 6ª ed. CEDAM, Padova, 1991.

BARRAIL, H.: *L'Autonomie régionale en Espagne*. Bose Fréres. Lyon, 1932.

BATTAGLIA, F.: *Corso di Filosofia del Diritto*. Vol. II, Ed. Foro Italiano, Roma, 1943. Traducción española: *Curso de Filosofía del Derecho*. Reus. Madrid, 1951.

BEOBIDE EZPELETA: "Nacionalismo vasco: Nación y poder", en *Estudios Deusto*, vol. 41/1. Enero-junio 1993. Universidad de Deusto. Bilbao.

BETTI, E.: *Interpretazione della legge e dagli atti giuridici*. Giuffré, Milano, 1949.

BINDER, J.: *Philosophie des Rechts*. Scientia Verlag Aalen, 1967. Reedición de la obra. Berlín, 1925.

BINDING: *Strafrecht*, citado en F. de CASTRO: *Derecho Civil de España*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1949.

BISCARETTI di RUFFIA, P.: *Derecho Constitucional*. Prólogo de LUCAS VERDÚ. Ed. Tecnos, Madrid, 1965.

BLANCO DE TELLA y GONZALEZ NAVARRO: *Organización y procedimientos administrativos*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1975.

BLANQUEZ FRAILE: *Diccionario de Latín*. Ed. Sopena. Barcelona, 1960.

BLASCO OLAETXEA: *Los liberales fueristas guipuzcoanos*. Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982.

BOBBIO, N.: *El Positivismo Jurídico*, Ed. Debate, S.A. Madrid, 1993.

BOBBIO, N.: *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Ed. Giappichelli, Torino, 1960.

BONNECASE, J.: *"Traité theorique et practique de Droit Civil"*. Suplement par Julien Bonnecase. Tome 1er. Recueil Sirey. París, 1924.

BORRELL Y SOLER, A.M.: *Derecho Civil español*. Ed. Bosch. Barcelona, 1955.

BURGO, J.I. del: *Ciento veinticinco años del Pacto-Ley de 16 de agosto de 1841*. Ed. Del Burgo, Pamplona, 1966.

CAÑO MORENO, J.: "El Derecho de Vizcaya en su Historia". En *Cultura Vasca I*. Ed. Erein, San Sebastián, 1977.

CAÑO MORENO, J.: "El Estatuto y el proceso institucional". En *Euskalherria. Realidad y Proyecto*. Servicio de Estudios. Caja Laboral Popular. San Sebastián, 1985.

CAÑO MORENO, J.: "Derecho Autonómico Vasco". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13. núm. 38, mayo-agosto 1993. Centro Estudios Constitucionales. Madrid.

CAÑO MORENO, J.: "Introducción a las *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía Vasco*. IVAP, Oñati, 1983.

CARNELUTTI, F.: *Discorsi in torno al Diritto*, Editt. A. Milani, Pádova, 1961.

CARNELUTTI, F.: *Teoría General del Derecho*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1941.

CASTELLS ARTECHE, J.M.: "Los Derechos históricos en el desarrollo estatutario". En *Jornadas de Estudio sobre Actualización de los derechos históricos vascos*, San Sebastián, 1985.

CASTELLS ARTECHE, J.M.: "El Derecho Público Vasco desde 1876 hasta el Estatuto de Gernika". En *Euskal Herria*. Ed. Caja Laboral Popular, San Sebastián, 1985.

CASTELLS ARTECHE, J.M.: "La Transición en la Autonomía del País Vasco: de los Regímenes Especiales al Estatuto de Guernica". *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 2, enero-abril, 1982.

CASTELLS ARTECHE, J.M.: "Antecedentes estatutarios". En *Euskadi y el Estatuto de Autonomía*. Ed. Erein. San Sebastián, 1979.

CASTELLS ARTECHE, J.M.: "Balance y perspectivas del Estado Autonómico". *Revista Vasca de Administración Pública*. Septiembre-diciembre, 1994, núm. 40 (II).

CASTRO y BRAVO, F. de: *Derecho Civil de España*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1949.

CATHREIN, V.: *Filosofía del Derecho. El Derecho Natural y el Positivo*. Ed. Reus. Madrid, 1940.

CELAYA IBARRA, A.: *El Derecho Foral de Vizcaya en la actualidad*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1970.

CELAYA IBARRA, A.: "La decadencia del Régimen Foral y los Derechos Históricos". En *Jornadas de Estudio sobre Actualización de los derechos históricos vascos*, San Sebastián, 1985.

CELAYA IBARRA, A.: "El Poder Judicial y los Estatutos de Autonomía". En *Simposium sobre el Estatuto Vasco de 1936*. Oñati, 1988.

CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Civil Vasco*. Universidad de Deusto. Bilbao, 1993.

CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Autónomico Vasco*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1992.

CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Foral y Autónomico Vasco*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.

CIAURRIZ BELZUNEGUI: *La abolición de los fueros vascos a través de la prensa*. Ed. Auñamendi, San Sebastián, 1976. Dos tomos.

CICERON, *Philosoph.* 2,97, en GAFFIOT, F.

CLAVERO ARÉVALO, J.: *España desde el centralismo a las autonomías*. Ed. Planeta. Barcelona, 1983.

CLAVERO SALVADOR, B.: "El principio de salvedad constitucional del Derecho histórico vasco". *REP*, nº 37, 1984.

CLAVERO SALVADOR, B.: *Fueros Vascos: Historia en tiempo de Constitución*. Barcelona, 1985.

Code Civil Général Autrichien. Ed. Pedone, París, 1947.

COING, H.: *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona, 1961.

CORCUERA y ORIBE: *Historia del Nacionalismo Vasco en sus documentos*. Ed. Eguski. Bilbao, 1991.

CORCUERA ATIENZA, J.: "La distinción constitucional entre nacionalidades y regiones en el décimoquinto aniversario de la Constitución". *Documentación Administrativa*, núm. 232-233. Octubre, 1992-marzo, 1993.

CORCUERA ATIENZA, J.: "Alcance de la Constitucionalización de los Derechos históricos". En *Jornadas de Estudio sobre Actualización de los derechos históricos vascos*, San Sebastián, 1985.

CORCUERA ATIENZA, J.: *Orígenes, ideología y organización del Nacionalismo Vasco (1876-1904)*. Siglo XXI edit. Madrid, 1979.

CORTES GENERALES: *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*. Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980.

COSSIO, A.: *Instituciones de Derecho Civil*. Ed. Civitas, Madrid, 1988.

CRISAFULLI, V.: *Lezione di Diritto Constituzionale*. A. Milani, Padova, 1962.

CRISAFULLI: *La Constituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano, 1952.

CROSA, E.: *Diritto Constituzionale*. U.T. Editrice Torinese. Torino, 1937.

DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Ed. Taurus. Madrid, 1971.

DIEZ PICAZO, L.: *Lecciones de Derecho Civil*. Universidad de Valencia. Madrid, 1967.

DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Edit. Tecnos. Madrid, 1994.

DONDEYNE, A.: *Fe cristiana y Pensamiento Contemporáneo*. Ed. Guadarrama. Madrid, 1963.

DUGUIT, L.: *Manuel de Droit Constitucionnel*. Fontemoing Editeur. París, 1907.

DUGUIT, L.: *Traité de droit constitucionel*. Ed. Fontemoing, París, 1921.

DUVERGER, M.: *Sociología Política*. Ed. Ariel. Barcelona, 1972.

EGAÑA, J.: *Ensayo sobre la naturaleza y trascendencia de la legislación foral de las Provincias Vascongadas*. Ed. Mellado, Madrid, 1850.

EGAÑA P. de: *Breves apuntes en defensa de la libertad vascongada*. Imp. Delmas. Bilbao, 1870.

EHRLICH, E.: *Grundlegung Soziologie des Rechts*. Humblot. Berlin, 1967. 1. Auflage, 1913.

ELÍAS DE TEJADA, F.: *El Señorío de Vizcaya*. Bibliografía vasca. Ed. Minotauro. Madrid, 1963.

ELLACURÍA, I.: *Aproximación a la obra filosófica de X. ZUBIRI*. Gobierno Vasco, 1984.

Enciclopedia Jurídica Española. Ed. Seix, Barcelona, 1910.

ENTRENA CUESTA, R.: *Comentarios a la Constitución*. Obra colectiva dirigida por F. GARRIDO FALLA. Ed. Civitas, Madrid, 1980.

ESTORNES ZUBIZARRETA, I.: *Carlismo y abolición foral*. Ed. Auñamendi. San Sebastián, 1976.

ESTORNES ZUBIZARRETA, I.: "El autonomismo vasco antes de 1936". En *Simposium sobre Estatuto Vasco de 1936*. IVAP. Oñati, 1988.

FERNÁNDEZ ALBADALEJO, P.: "Manuel de Larramendi: la particular historia de Guipúzcoa". *Saroak, Revista de Estudios Vascos*, nº 1, 1977.

FERNÁNDEZ ALBADALEJO, P.: *La crisis del Antiguo Régimen en Guipúzcoa 1766-1833*. Ed. Akal. Madrid, 1975.

FERNÁNDEZ DE PINEDO: *Crecimiento económico y transformaciones sociales del País Vasco*. Ed. Siglo XXI. Madrid, 1974.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Los derechos históricos de los territorios forales*. Ed. Civitas, Madrid, 1985.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Entre el Derecho y la Política*, Public. Abella, Madrid, 1987.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: "Concepto de Foralidad en la Constitución de 1978". En *Los Derechos históricos vascos*, IVAP, Oñati, 1988.

FERRANDO BADIA, J.: "Poder Autonómico y Central", en la obra colectiva *Estado de las Autonomías*. CITEP. Madrid. 1980.

FIGUEROA, A.: "La dinámica de la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española de 1978. Los Procesos de actualización de los derechos históricos". En *Jornadas de Estudios sobre la actualización de los derechos históricos vascos*, San Sebastián, 1985.

FRAGA IRIBARNE, M.: "Sesión plenaria del Congreso de 21 de julio de 1978". En CORTES GENERALES: *Constitución española. Trabajos parlamentarios*. Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980.

Fuero de Vizcaya de 1452. Edic. de Astuy. Bilbao, 1909.

FUSI, J.P.: "Constitución y Fueros: análisis de un debate político secular". En *Jornadas de Estudio sobre Actualización de los derechos históricos vascos*, San Sebastián, 1985.

FUSI, J.P.: *País Vasco: pluralismo y nacionalidad*. Alianza Editorial. Madrid, 1984.

FUSI, J.P.: *El pueblo vasco en la II República*. Ed. Turner, Madrid, 1979.

GAFFIOT, F.: *Dictionnaire illustré Latin-Français*. Hachette. París, 1934.

GALINDEZ SUÁREZ, J.: *La legislación penal en Vizcaya*. Prólogo al Cuaderno de Juan Núñez de Lara, Bilbao, 1934.

GALLEGO ANABITARTE, A.: "Constitución y política". Estudio sobre la *Teoría de la Constitución*, de K. LOWENSTEIN. Ed. Ariel, Barcelona, 1976.

GARCIA DE ENTERRIA, E.: "Derecho Constitucional como Derecho". *Revista de Derecho Público*, nº 15, otoño, 1982.

GARCÍA DE ENTERRIA, E.: "La Constitución como norma jurídica". En *La Constitución española de 1978*. Ed. Cívitas. Madrid, 1980. Obra colectiva.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas. Madrid, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Estudios sobre Autonomías Territoriales*. Ed. Civitas, Madrid, 1985.

GARCÍA GALLO: *Curso de Historia del Derecho español*. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1950.

GARCÍA-PELAYO, M.: *Discurso de Constitución del Tribunal Constitucional*. Presidencia del Gobierno. Madrid, 1980.

GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*. Ed. Civitas, Madrid, 1980.

GAYO: *Instituta*. Comentario Primero, Título Primero, 1.Facsimil. Parlamento Vasco, Vitoria, 1992.

GENY, F.: *Science et Technique en Droit privé Positif*. Trois Tomes. Ed. Recueil. Sorey. París, 1927.

GERBER, C.F.: *Diritto Pubblico*. Traducción de Lucchini. Giuffré. Milano, 1971.

GIANNINI: *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*. En MARTIN RETORTILLO, S.

GILSON, E.: *El realismo metódico*, Ed. Rialp, S.A., Madrid, 1952.

GOBIERNO VASCO: *Memoria 1980-81*. Vitoria-Gasteiz. 1981.

GÓMEZ RIVERO, R.: *El pase foral en Guipúzcoa en el siglo XVIII*. Public. Diputación Foral de Gipuzkoa. San Sebastián, 1982.

GOROSABEL, P.: *Noticias de las cosas memorables de Gipuzkoa*. E. López-Tolosa. 1900.

GRANJA, J.L. de la: "El proceso histórico-político del Estatuto vasco de 1936". En *Simposium sobre Estatuto Vasco de 1936*. IVAP. Oñati, 1988.

GROCIO, H.: *De jure belli ac pacis*. Traducción española *Del Derecho de la guerra y de la paz*. Ed. Reus. Madrid, 1925.

GUIARD LARRAURI, T.: *Historia de la Noble Villa de Bilbao*. Ed. Gran Enciclopedia Vasca. Bilbao, 1971-1974.

GUIMÓN, J.: *"El Derecho de autodeterminación y su invocación en la política vasca"*. Tesis Doctoral.

GURRUTXAGA, I.: "La machinada del año 1766 en Azpeitia". En *Yakintza*, nº 1, 1933.

GURVITCH: *L'idée du Droit social. Notion et système du Droit Social*. Libraire du Recueil, Sirey, 1932.

HARIOU, M.: "La Théorie de l'institution et de la fondation (Essaie de vitalisme social)". Lib. Bloud et Gay. París, 1933. En *Aux sources du droit: le pouvoir, l'Ordre, et la Liberté*. Esta obra ha sido posteriormente traducida al italiano, bajo la dirección de W. Cesarini Sforza, bajo el título: *Teoría dell'istituzione e della fondazione*. Giuffré. Milano 1967, y al español, dentro de *Obra escogida de M. Hauriou*, por Santamaría Pastor y Muñoz Machado, con el título "Teoría de la Institución y de la Fundación. Ensayo de Vitalismo Social". Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1976.

HAURIOU, M.: "Teoría de la Institución y la Fundación". Publicado en el nº 4 de *Cahiers de la nouvelle journée*. Bloud & Gay. París, 1925.

HAURIOU, M.: *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Ed. Reus, S.A., Madrid, 1927.

HAURIOU, A.: *Droit Constitutionel et Institutions politiques*. Ed. Montchrestien. París, 1967.

HAURIOU, M.: *Précis de Droit Constitutionel*. Recueil Sirey, París, 1923.

HELLER, H.: *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1942.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. A. Hernández Gil. Madrid, 1971.

HERNÁNDEZ GIL, A.: "El sistema de valores en la Constitución". En *La Constitución de la Monarquía parlamentaria*. Fondo de Cultura Económica. México-Madrid-Buenos Aires, 1983.

HERNÁNDEZ, A. y GONZÁLEZ, M.A.: "Los acuerdos autonómicos de 28 de febre-

ro de 1992: negociación, contenido y desarrollo". Num. 232-233 de *Documentación Administrativa sobre el Estado Autonómico hoy*. Octubre-1992-marzo 1993.

HERR, R.: "El marco de las relaciones políticas de los regímenes forales: los Estados español y francés en la etapa moderna y contemporánea". En *Los Derechos históricos vascos*. IVAP, Oñati, 1988.

HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Idea de los Derechos Históricos*, Austral, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

HERRERO DE MIÑON, M.: "Territorios Históricos como Fragmentos de Estado". En *Los Derechos históricos vascos*. IVAP. Oñati, 1988.

HERRERO DE MIÑON, M.: *Introducción* a la obra de JELLINEK, G.: *Fragmentos de Estado*. Ed. Civitas. Madrid, 1978.

HESSE, K.: *Die normative Kraft der Verfassung*. Tubingen, 1959, traducido en CEC. Madrid: *La fuerza normativa de la Constitución.*

HIRSCHBERGER, J.: *Historia de la Filosofía*. Ed. Herder. Barcelona, 1982.

Historia de los Estatutos Vascos de Autonomía, Interprofesional de Estudios y Publicación, S.A. Zarauz, 1976.

HORACIO, en *Diccionario de latín* de BLANQUEZ FRAILE.

HUSSERL, G.: *Recht und Zeit*. (Derecho y Tiempo). Vittorio Klostermann. Frankfurt am Main, 1955.

HUSSON, L.: *Panorama del pensamiento jurídico en el s. XX* de RECASENS SICHES, L. Ed. Porrúa, México, 1963.

IHERING, R.: *La Dogmática Jurídica*, Edit. Losada. Buenos Aires, 1946.

IHERING, R.: *Jurisprudencia en broma y en serio*. Traducción española de R. Riaza. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1933.

IHERING, R.: *La Lucha por el Derecho*, traduce. Alfonso Posada. Ed. Vict. Suárez. Madrid, 1921.

IHERING, R.: *El Espíritu del Derecho Romano*, en *Abreviatura del Espíritu del Derecho Romano*. Revista de Occidente. Buenos Aires, 1947.

IHERING, R.: *El Fin en el Derecho*, Edit. Heliasta. Buenos Aires, 1978.

Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

JAUREGUI, G.: "La Expresión Jurídica de la Nacionalidad Vasca", en *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*. IVAP, Oñati, 1983.

JELLINEK, G.: *Fragmentos de Estado*. Ed. Civitas. Madrid, 1978.

JELLINEK, G.: *Reforma y mutación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado*. Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales. Madrid, 1915.

JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado*. Traducción de Fernando de los Ríos Urruti. Libr. Victoriano Baez. Madrid, 1915.

JEZE, G.: *Principes Generaux de Droit Administrative*. Paris, 1914.

JOLIVET, R.: *Tratado de Filosofía. I: Lógica y Cosmología*. Ed. C. Lohlé. Buenos Aires, 1960.

KANTOROWICZ, G.: "La lucha por la Ciencia del Derecho". En *La Ciencia del Derecho*. Ed. Losada, Buenos Aires. 1949.

KANTOROWICZ, H.: "Jurisprudencia y Sociología". Título original: *Rechtswissenschaft und Soziologie*. Verlug Müller Karlsruhe. Kulturminesteriums. Baden-Württemberg. 1962.

KELSEN, H.: *Teoría General del Estado*. Traducción de RECASENS SICHES y JUSTINO AZCARATE. Ed. Bosch. Barcelona, 1934.

KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universitaria Buenos Aires (EUDEBA). Buenos Aires, 1973.

KELSEN, H.: *Idea del Derecho Natural*. Traducción de Francisco Ayala. Ed. Losada, Buenos Aires, 1946.

KLUG, U.: *Lógica Jurídica*. Ed. Temis. Bogotá, Colombia, 1990.

LABAND, P.: *"Le Droit Public de l'Empire Allemand"*, Girard et Briére. París, 1900.

LABAYRU, E.: *Historia General del Señorío de Bizkaia*. La Gran Enciclopedia Vasca. Bilbao, 1972.

LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ed. Ariel, Barcelona, 1980.

LARENZ, K.: *La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1942.

LARRAMENDI, M.: *Sobre los Fueros de Guipúzcoa*. Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones, S.A. de la RSBAP. Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián. San Sebastián, 1983.

LARREA, Mª.A.: *"La Teoría Foral en el siglo XVIII"*. En Los Derechos Históricos Vascos. II. Congreso Mundial Vasco. Oñati, 1988.

LARRONDE, J.C.: *El Nacionalismo Vasco, su origen y su ideología en la obra de Sabino Arana-Goiri*. Ed. Txertoa. San Sebastián, 1977.

LASAGABASTER HERRARTE, I.: *El Sistema Competencial en el Estatuto de Autonomía*. IVAP. Oñati, 1989.

LASALLE, F.: *¿Qué es una Constitución?* Ed. Ariel, S.A. Barcelona, 1989.

LATORRE, A.: *Introducción al Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona, 1987.

LECLERQ, J.: *Leçons de Droit Naturel*. Tomo I: "Le fondement du Droit et de la Société". Louvain. Société d'Etudes Morales, Sociàles et Juridiques. 1947.

LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*. Ed. Bosch. Barcelona, 1972.

Legislación Foral de Vizcaya. Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1991.

LEGUINA VILLA, J.: "Las Comunidades Autónomas". En, La *Constitución española de 1978*, Ed. Civitas. Madrid, 1981.

LEVI, A.: *Teoría Generale del Diritto*. Padova, Cedam, 1967.

LOEVINGER, L.J.: *Una introducción a la lógica jurídica*. Ed. Bosch. Barcelona. 1954.

LOGENDIO IRURE, "El modelo autonómico de la Constitución de 1978". En *Prime-*

ras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía. IVAP, 1983.

LOPERENA, D.: *Aproximación al Régimen Foral de Navarra*. IVAP. Oñati, 1984.

LÖWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*. Ed. Ariel. Barcelona, 1976.

LUCAS VERDÚ, P.: *Los Derechos históricos como Constitución sustancial del Pueblo Vasco*. IVAP, Oñati, 1988.

LUCAS VERDÚ, P.: *La Constitución abierta y sus enemigos*. Universidad Complutense. Madrid, 1993.

LUCAS VERDÚ, P.: *Principios de Ciencia Política*, Ed. Tecnos. Madrid, 1979.

LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987.

LUCAS VERDÚ, P.: *El sentimiento constitucional*. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1985.

LUCAS VERDÚ, P.: "Historicismo y Positivismo ante la conceptualización de los derechos históricos vascos" en *Jornadas de estudios sobre la actualización de los derechos históricos vascos*. UPV. San Sebastián, 1985.

LUCAS VERDÚ, P.: *La Constitución en la encrucijada. (Palingenesia Juris Politici)*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1984.

LUCAS VERDÚ, P.: "La Corona, elemento de la Constitución sustancial española". En *La Corona y la Monarquía Parlamentaria en la Constitución de 1978*. Obra colectiva. Universidad Complutense. Madrid, 1983.

LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha contra el positivismo en la República de Weimar. (La Teoría Constitucional de R. Smend)*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987.

LUCAS VERDÚ, P.: en *"Estudio Preliminar"* a la *"Reforma y Mutación de la Constitución"* de JELLINEK. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

LUCAS VERDÚ, P.: *C. Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

LUCAS VERDÚ, P.: "Como Derecho Administrativo". *R.E.P.* Madrid, 1982.

LUCAS VERDÚ, P. *Curso de Derecho Político*. Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

LUCAS VERDÚ, P.: "Consideraciones Político-Constitucionales sobre el Parlamento Vasco y las Juntas Generales tras la Constitución", Edit. Eusko Ikaskuntza, S.A. En *Jornadas sobre Cortes. Juntas y Parlamentos del Pueblo Vasco*. San Sebastián, 1989.

LUCAS VERDÚ, P.: "Penetración de la historicidad en el Derecho Constitucional español. El artículo 149.1.8 y la Disposición Adicional 1ª de la Constitución". En, *Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil*. Oñati, 1983.

LUCAS VERDÚ, P.: *Estimativa y Política constitucionales*. Universidad Complutense. Madrid, 1984.

LUCIFREDI: *Novisimo Digesto Italiano*. Unione Tipográfico. Editrice Torinese, 1957. Vólum. Primo, Tomo II. Voz *atti complessi*.

LLORENTE, J.A.: *Noticias históricas de las tres provincias vascongadas en que se procura investigar el estado civil antiguo de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya y el origen de sus Fueros*. Madrid, 1806-1808.

MAC IVER, R.M. y PAGE, C.H.: *Sociología*. Ed. Tecnos. Madrid, 1958.

MALINOWSKI, B.: *Libertad y Civilización*. Edit. Claridad. Buenos Aires, 1948.

MAÑARIKUA NUERE, A.E.: *Alava, Guipúzcoa y Vizcaya a la luz de su Historia*. Ed. Leopoldo Zugaza, Bilbao, 1977.

MAÑARIKUA NUERE, A.: *Edad Media y Señoríos: El Señorío de Vizcaya*, Diputación Foral de Vizcaya. Bilbao, 1972.

MARICHALAR Y MANRIQUE: *Historia de la Legislación y recitaciones del derecho civil de España*. Ed. Gasset y Cía. Madrid, 1868.

MARITAIN, J.: *Les Droits de l'homme et la Loi Naturelle*. P. Hartmann Editeur. París, 1942. Reproduction, 1947.

MARTIN RETORTILLO, S.: "Estudio Preliminar" al *Ordenamiento Jurídico de S. ROMANO*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Autonómico*. Imp. Taravilla, Madrid, 1984.

MARTINEZ SOSPEDRA Y AGUILO: *Lecciones de Derecho Constitucional Español. II. Derecho Autonómico*. Torres Editor. Valencia, 1982.

MARTÍNEZ ESTERUELAS y otros: *Estudios Jurídicos sobre el Estatuto Vasco*. Publicado por DANUBIO. Madrid, 1980.

MENENDEZ REXAC, H.: *Convenios entre Comunidades Autónomas*". I.E.A.L., Madrid, 1982.

MESSNER, J.: *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*. Ed. Rialp. Madrid, 1967.

MONREAL CIA, G.: "Las Instituciones Vascas". En *Cultura Vasca I*. Ed. Erein, San Sebastián, 1977.

MONREAL CIA, G.: *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya*. Publicaciones Excma. Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1974.

MONREAL CIA, G.: "Entidad y problemas de la cuestión de los derechos históricos". En *Jornadas de Estudios sobre la actualización de los derechos históricos vascos*, San Sebastián, 1985.

MORAZA, M.: *Discursos en defensa de Fueros Vascogados*. Diputación Foral de Alava, Vitoria, 1976.

MORTATI, C.: *La Constituzione in senso materiale*. Ed. Giuffré, Milano, 1940.

MORTATI, C.: *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Tomo I. E.A. Milani. Padova, 1967.

MUGICA, J.: *Carlistas moderados y progresistas*. Ed. Biblioteca Vascongada de Amigos del País. San Sebastián, 1950.

MUÑOZ MACHADO, S.: "La praxis autonómica en el Estado español". En *Praxis autonómica: modelos comparados y modelo estatal*. Oñati, 1987.

MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Ed. Civitas. Madrid, 1982.

MUÑOZ MACHADO, S.: "La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, (1983).

Nueva Enciclopedia Jurídica. Ed. Seix, S.A. Barcelona, 1958.

OLGIATI, F.: *Il concetto di giuridicitá nella scienza moderna del diritto*. Vita e Pensiero. Milano, 1950.

ORLANDO, V.M.: *Santi Romano e la Scuola italiana di Diritto Pubblico*, en S. ROMANO: *Scritti Minori*. Milano, 1990, Ristampa dell'edizione del 1950.

ORTIZ DE ORRUÑO LEGARDA, J.M.: "Las limitaciones de la Revolución burguesa en España: El Estado liberal y los Fueros Vascos". *Rev. Trienio*, nº 13, Madrid, 1989.

ORUETA, J.: *Fueros y Autonomía*. Nueva Editorial, S.A. San Sebastián, 1934.

OTAZU, A.: *El igualitarismo vasco: mito y realidad*. Ed. Txertoa. San Sebastián, 1973.

Oxford Latin Dictionary. Oxford University, 1982.

PAYNE, S.G.: *Franco: El perfil de la Historia*. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1993.

PECES BARBA, G.: *Los valores superiores*. Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

PECES BARBA, G.: "Los valores superiores". En *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*. Public. Ministerio de Justicia. Madrid, 1988.

PECES BARBA, G.: *La Constitución Española de 1978*. Ed. Fernando Torres, Valencia, 1984.

PEDRIERI, A.: "Sistema de fuentes de Derecho en la Constitución Española". En *La Constitución española de 1978*. Ed. Civitas. Madrid, 1981.

PEÑARANDA RAMOS, J.L.: "Disposición Derogatoria. Constitución y Ordenamiento Preconstitucional". En *Comentarios a las Leyes Políticas*. Constitución Española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Edersa. Madrid, 1988.

PEREZ GONZÁLEZ y ALGUER, J.: *Anotaciones al tratado de ENNECERUS. Derecho de obligaciones*, Edit. Bosch. Barcelona, 1966.

PÉREZ CALVO, A.: "Participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la posición que el Estado ha de trasladar a las Instituciones Comunitarias". *Documentación Administrativa*, núms. 232-233. Octubre 1992-marzo 1993.

PLATÓN: *Las leyes*. Libro I, 624, a), traducción española de PABON y FDEZ. GALIANO. Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1960.

PORRES AZKONA, J.: *Política y Derecho. Los Derechos históricos vascos*. HAEE/I-VAP. Oñati, 1992.

PRÉLOT, M.: *Institutions politiques et Droit Constitutionel*. Dalloz. París, 1963.

PREUSS, H.: *Reich und Lander*. Verlag. Berlín, 1928.

QUADRA SALCEDO. "La ley en la Constitución: Leyes Orgánicas". Civitas. *Rev. Dº Administrativo*, nº 24. 1980.

RADBRUCH, G.: *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Traducción de RECASENS. Prólogo de F. de los Ríos, pág. XIV. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1930.

RECASENS SICHES, L.: "Estudio preliminar" sobre *La teoría pura del Derecho y del Estado*, de KELSEN, H. Edit. Bosch. Barcelona, 1934.

RECASENS SICHES, L.: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa, y lógica de lo razonable*. Fondo de Cultura. Universidad de México. Publicaciones Dianoia. México, 1971.

RECASENS SICHES, L.: *Panorama del pensamiento jurídico en el S. XX*. Ed. Porrúa, México, 1963.

RECASENS SICHES, L.: *Vida humana. Sociedad y Derecho*. Ed. Porrúa. México, 1945.

RENAN, E.: *¿Qué es una Nación?* Civitas. Madrid, 1987.

RENARD, G.: *Philosophie de l'institution*, Sirey, París, 1939.

RENARD, G.: *La Theorie de l'institution*. Sirey. París, 1930.

ROMANO, S.: *El Ordenamiento Jurídico*. Traducción de Lorenzo y Sebastián MARTÍN RETORTILLO. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

ROMANO, S.: *Scritti Minori*. Milano, 1990.

RUIZ JIMÉNEZ, J.: *La Concepción Institucional del Derecho*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944.

RUIZ JIMÉNEZ, J.: *Introducción a la Filosofía Jurídica*, Edic. y Publicaciones EPESA. Madrid, 1960.

RUIZ DEL CASTILLO. "Definición del Derecho Político". *Rev. Facultad de Derecho Madrid*, nº 8-11, 1942.

RUIZ DEL CASTILLO. "Estudio Preliminar". En *Principios de Derecho Público y Constitucional* de M. HAURIOU. Ed. Reus, Madrid, 1927.

SACRISTÁN, M. y LUZÓN, M.: *Introducción a la lógica y al análisis formal*. Ed. Ariel, Barcelona, 1973.

SAGARMINAGA, F. de: *El Gobierno y Régimen Foral del Señorío de Vizcaya*. Ed. Zalla. Zalla, 1972.

SAGARMINAGA, F. de: *El Gobierno y el Régimen Foral del Señorío de Vizcaya*. Diputación de Vizcaya. Bilbao, 1935.

SAGARMÍNAGA, F. de: *Memorias históricas de Vizcaya*. Ed. Amigos del Libro Vasco. Bilbao, 1983.

SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas. Madrid, 1976.

SALUSTIO, en *Diccionario de Latín*, de BLANQUEZ FRAILE. Ed. Sopena. Barcelona, 1960

SANCHEZ ROMAN. *Estudios de Derecho Civil*. Rivadeneyra, Madrid, 1898.

SAVIGNY, F.K.: "Los fundamentos de la Ciencia Jurídica". En *La ciencia del Derecho*. Ed. Losada. Buenos Aires, 1949.

SAVIGNY, F.K.: *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la Jurisprudencia*, en "La Codificación". Ed. Aguilar, Madrid, 1970.

SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial. Madrid, 1982. Título original: *Verfassungslehe*.

SEGURA, S.: *Latín 2º Curso*. Anaya, S.A. Madrid, 1989.

SFORZA, C. y PIOVANI, P.: *Dommatica, Teoria Generale e Filosofia del Diritto e Stato di Giustizia*. Congresso nazionale di Filosofia del Diritto. Milán, 1963.

SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*. Ed. Centros de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985.

SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J.: *El primer nacionalismo vasco. Industrialismo y Conciencia nacional*. Tucar Ediciones, S.A. Madrid, 1975.

STAMMLER, R.: *Tratado de Filosofía del Derecho*. Ed. Reus. Madrid, 1930.

SUÁREZ, F.: *Tratado de las Leyes y de Dios legislador*. Instituto de Estudios Constitucionales. Madrid, 1967.

TAMAYO SOLABARRÍA, V.: "El proceso estatutario vasco y la reserva de derechos históricos". En *Jornadas de Estudio sobre Actualización de los derechos históricos vascos*, San Sebastián, 1985.

TAMAYO SOLABARRÍA, V. y TAMAYO SOLABARRÍA, C.: *Fuentes documentales del Estatuto de Gernika*. Diputación Foral de Alava, 1981.

TIERNO GALVÁN, E.: *Introducción a la Sociología*. Tecnos. Madrid, 1960.

TOMÁS y VALIENTE, F.: *El reparto competencial en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Tecnos. Madrid, 1988.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español*. Ed. Tecnos, Madrid, 1981.

TRIEPEL, H.: *Derecho Público y Política*. Ed. Civitas. Madrid, 1974.

TRUJILLO, G.: "Juicio de legitimidad e interpretación Constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español". *R.E.P.*, nº 7. Madrid.

TRUJILLO, G.: *LOAPA y Constitución*. Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria, 1982.

TRUJILLO, G.: "Regionalización del Estado" en *Estudios sobre Proyecto de Constitución*. C.E.C. Madrid, 1978.

UGALDE, M.: *Historia de Euskadi*. Ed. Planeta. Barcelona, 1982.

URRUTIKOETXEA, J.: "Revueltas sociales en el País Vasco, siglos XVII-XVIII". En *Peñaflorida y la Ilustración*. Universidad de Deusto. San Sebastián, 1986.

VALLET de GOYTISOLO, J.: *Metodología de la Determinación del Derecho*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1994.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Metodología Jurídica*. Civitas. Madrid, 1988.

VANDELLI, L.: *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*. Instituto Estudios de Administración Local. Madrid, 1982.

VECCHIO, G. del: *Los supuestos filosóficos de la noción de Derecho*. Ed. Reus. Madrid, 1908.

VECCHIO, G. del: *El concepto de la Naturaleza y el principio de Derecho*. Ed. Reus. Madrid, 1916.

VILLARROYA, T.: *Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1980.

VILLARROYA, T.: *El Sistema Político del Estatuto Real 1834-1836*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1968.

VIRGILIO, *La Eneida*, l.v. 573, en GAFFIOT, F.

VON KIRCHMANN, J.G.: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Traducido por Goldschmidt como *El carácter acientífico de la Ciencia del Derecho*. Ed. Losada, Buenos Aires, 1949.

WELZEL, H.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, que completa con su obra: *Derecho Natural y Justicia material*. Ed. Aguilar, 1974.

ZABALA OTZAMIZ: *Revista Euskadi*. Año II, nº 1 Marzo 1905.

ZAVALA, F.: *De los Fueros a los Estatutos*. Ed. Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones, S.A. San Sebastián, 1976.

ZUBIRI, X.: *Naturaleza, Hombre, Dios*. Madrid, 1963.