

UNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 149 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 (*)

342.4 (46, España)

por

Alvaro Navajas Laporte

Doctor en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. «IDEA DE DERECHO» Y CONSTITUCION.—III. LA «IDEA DE DERECHO» EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978, REFERIDA A LA DISTRIBUCION DEL PODER Y CONTENIDO DEL MISMO: 1. EL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA «IDEA DE DERECHO». 2. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN Y FUEROS.—IV. EL ARTICULO 149 DE LA CONSTITUCION, EN RELACION CON EL ESTATUTO DE AUTONOMIA PARA EL PAIS VASCO DE 1979.

I. INTRODUCCION

Por diversas circunstancias, ajenas a los organizadores de este Primer Congreso de Derecho Vasco y también ajenas a mí mismo, me ha sido imposible contar con el tiempo suficiente para preparar con cierto rigor una comunicación. Por ello, en el breve tiempo con que cuento, y abusando de la benevolencia de unos y otros, redacto

(*) Comunicación al Primer Congreso de Derecho Vasco.

apresuradamente estas líneas, que titulo «Unas reflexiones en torno a...», ya que por mi condición de vasco no quiero ni debo estar ausente en las tareas de este Congreso, organizado, entre otras cosas, para tratar de encontrar la idea que en nuestro pequeño entorno comunitario existe del Estado y del Derecho, dado el título de la primera Ponencia, encargada a uno de los más prestigiosos constitucionalistas hispanos del momento.

Dos son los títulos que legitiman mi corta, pero sincera, intervención en este Congreso. Mi condición de jurista y mi condición de hombre comprometido en la tarea de buscar el camino que aporte alguna clarificación a la situación en la que nos encontramos sumidos, en este momento concreto, en esta pequeña parcela que forma parte de la Nación. Mi audaz incursión es posible que sólo quede en mera pretensión, pero modestamente quiero contribuir, en la medida de mis posibilidades, a la clarificación de unos puntos concretos, dando una visión de lo que desde este rincón de la periferia española se está entendiendo e interpretando sobre el concepto que la Constitución de 1978 establece del «Estado» y de la «idea de Derecho» que debe presidir la actuación de los poderes públicos, así como si dicha «idea de Derecho» es compatible con el concepto vasco del Fuero.

Estas reflexiones, como ya he dicho, están relacionadas, fundamentalmente, con la primera Ponencia, la del Profesor LUCAS VERDÚ, y es, tal y como su título indica, una digresión sobre un punto fundamental, que está íntimamente vinculado a la interpretación del artículo 149 de la Constitución Española de 1978, en cuanto que debe estar presidida, en su desarrollo, por la «idea de Derecho» que el Texto Fundamental establece en la materia del reparto territorial del poder.

El punto principal de estas reflexiones está en mi convicción de que no se puede interpretar el artículo 149 de la Constitución Española de 1978 partiendo del contenido exclusivo del Título VIII de la Carta Magna. Entiendo, modestamente, que el Título VIII, fundamentalmente, salvo algún artículo concreto, el 137, lo que establece es simplemente un desarrollo de un principio más elevado y preciso. En suma, el Título VIII, en primer lugar, desarrolla el modelo estructurado por el artículo 2 de la Constitución, del que hay que partir a la hora de su interpretación en general. Pero hay

algo más. Me parece que tampoco el punto de partida interpretativo acaba ahí, sino que además, y con carácter previo, hay que remitirse a la «idea de Derecho» que la Constitución Española de 1978 recoge para alcanzar una acabada interpretación del tan mencionado Título VIII. El movimiento natural del espíritu es descender de las ideas a los hechos, dirá ALAIN (1). Esta afirmación, entiendo, es una de esas perogrulladas que por ser tan elementales, a veces no se tienen en cuenta o se pasa sobre ella como sobre ascuas. Decía UNAMUNO que «conviene repetir a diario lo que a diario por puro sabido se olvida», y es precisamente éste aspecto sustancial y elemental de la «idea de Derecho» en la Constitución, que entiendo que la doctrina más en boga en la actualidad, representada por extraordinarios juristas, de extracción principalmente administrativa, están olvidando. Me parece que la labor de interpretación de la Carta fundamental se está dejando en las exclusivas manos de los administrativistas, y creo que sobre la Constitución tienen mucho que decir, además de éstos, los constitucionalistas y los filósofos del Derecho y del Estado. En otras palabras, se está dando una interpretación estrictamente positivista, utilitarista y funcional, si se me permite emplear estos términos, a la Constitución, quizá llevados de la mano de la idea de que el Estado es el todo, el absoluto, es la fuente del poder, alejándolo del verdadero contenido del mismo los gobernantes y los gobernados, y de lo que LUCAS VERDÚ llama, con singular precisión y acierto, la «Constitución sustancial», según lo que he creído entender.

Fue DUGUIT el que afirmó, hace muchos años, que el Estado es un simple hecho (2), y que con la palabra Estado lo que se trata de designar no es una pretensa persona colectiva y soberana, que es un fantasma, sino los hombres reales, que, de hecho, detentan la fuerza (3). Me parece, sin embargo, que en esta definición, que equipara Estado a Administración y que entiende que la posición de los ciudadanos individuales es realizar su libertad con la sola emisión del voto, teniendo una mínima parcela de autonomía frente al poder —idea expresada por JOUVENEL (4)—, falta la adscripción en el Estado de la sociedad, de la comunidad de hombres libres

(1) *Eléments de Philosophie*, París, Gallimard, 1941, pág. 107.

(2) DUGUIT, Léon: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926, pág. 32.

(3) DUGUIT, L.: *Ob. cit.*, pág. 33.

(4) BERTRAN DE JOUVENEL: *El Poder*, Ed. Nacional, 1974.

que la integran. Esta simbiosis entre gobernantes y gobernados en el Estado tiene, a mi juicio, una profunda significación, en cuanto que con ella los ciudadanos, la comunidad de hombres libres que lo componen, están comprometidos en su contenido esencial con los gobernantes. Idea que, típicamente hispana, se ha manifestado con mayor rigor y permanencia en el área anglosajona (5).

Abundando en aquel presupuesto, el gran jurista francés nos dirá un poco más adelante: «En nuestra doctrina, la limitación jurídica del poder legislativo del Estado se concibe asimismo fácilmente, tanto más que con arreglo a la teoría individualista. Es cierto que esta limitación jurídica se aplica a los individuos que detentan el poder, y no al Estado considerado como persona» (6). A mi juicio, el Estado, conjunto de todos los ciudadanos o, en su caso, de las comunidades que éstos a lo largo de la Historia han articulado para su formación, está separado del poder. Estado y poder son dos conceptos distintos. El poder lo reciben los gobernantes de la comunidad a través de la institución estatal.

Esta concepción del Estado es seguida con gran lucidez por una parte de la doctrina constitucionalista francesa, y fundamentalmente por ese gran jurista que es BURDEAU (7).

Establecida esta introducción, quiero señalar cuál es el punto de partida de «mi reflexión» cuando hago referencia a la necesidad de entresacar la «idea de Derecho» establecida en la Constitución para llegar a una interpretación armónica del Texto Fundamental español de 1978.

Quiero advertir previamente, como ya lo hiciera en su día RIPERT (8), que «por encima de todo debemos censurar a los cultivadores de la ciencia jurídica en razón a que durante medio siglo debilitaron la concepción de los derechos individuales, sin darse cuenta de que entregaban tales derechos a la omnipotencia del poder público». En otras palabras, y recogiendo las conclusiones del Acta de Atenas, del Congreso de la Comisión Internacional de Juristas,

(5) Véase Friederich A. HAYEK: *Los fundamentos de la libertad*, 3.^a ed., Madrid, Unión Editorial, S. A., 1978.

(6) DUGUIT, L.: *Ob. cit.*, pág. 35.

(7) BURDEAU, Georges: *L'Etat*, París, Editions du Seuil, 1970; *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid, Editora Nacional. Cultura y Sociedad, 1981; *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1980.

(8) RIPERT, Georges: *Le déclin du Droit*, París, 1949.

de junio de 1958, debo decir que mi punto de partida en esta sugerencia está en mi convicción en *la trascendencia del imperio del Derecho*, cuyo origen primario está en la colectividad de individuos que forman la base de la Nación (9).

Quizá de una forma más condensada, la frase de DUGUIT expresa esta idea (10) cuando dice: «No decimos, como Ihering, que el Derecho es la política de la fuerza, sino más bien que el poder político es la fuerza puesta al servicio del Derecho», y sirve para expresar, de una manera general, el punto de partida de la sugerencia que pretende hacerse en esta intervención; pero siempre teniendo en cuenta que el poder lo reciben los encargados de ejercerlo, de la comunidad, a través de la delegación que han hecho en la institución estatal.

La cuestión esencial, establecida como principio de la libertad del individuo frente al poder, está centrada en la articulación de los instrumentos suficientes para el control efectivo del poder y dar una eficaz garantía a la libertad individual. El individuo, por sí solo, salvo que sea un héroe, tiene pocas posibilidades de salvaguardar de manera eficaz una real parcela de libertad frente al poder. Lo que GARCÍA SAN MIGUEL llama libertad-resistencia (11), ¿cómo se materializa? Esa materialización de la libertad-resistencia se realiza mediante las técnicas de garantía que las Constituciones suelen establecer desarrollando la «idea de Derecho» plasmada en las mismas. En la Historia de España, el Pueblo Vasco creó una «idea de Derecho» que sirvió durante varios siglos, entendiéndolo en su contexto histórico como barrera al ejercicio del poder absoluto y garantía de la libertad-resistencia, a través de la «idea de Derecho» que representaba el Fuero.

Hemos dicho que toda Constitución democrática debe expresar una «idea de Derecho» que al poder o a los poderes públicos no

(9) *Acta de Atenas*: 1.º El Estado queda sometido al Derecho. 2.º Los gobiernos deben respetar los derechos de los individuos bajo el imperio de la Ley y adoptar medidas eficaces para su protección. 3.º Los jueces se atendrán al principio del imperio de la ley, que defenderán y harán respetar, sin dejarse intimidar por el temor ni seducir por el halago, resistiendo cualquier intromisión proveniente del poder público o de los partidos políticos que atente a la independencia judicial. 4.º Los juristas de todo el mundo mantendrán la independencia de su profesión, defenderán los derechos de los individuos bajo el imperio de la ley y proclamarán siempre el derecho de todo acusado en un juicio imparcial. Véase el *Report of the International Congress of Jurists*, La Haya, 1956, pág. 9.

(10) DUGUIT, L.: *Ob. cit.*, pág. 27.

(11) Prólogo a la obra de JOUVENEL: *El Poder*.

sólo les debe de servir de límite, sino de guía. Habitualmente, y en función de esa desconfianza innata en los liberales, idea que comparto, en el poder, se dice siempre que el Derecho es un límite al poder. Sin abdicar de esa idea o principio axiomático que ha asumido como propio el liberalismo, me parece que hay algo más fecundo que debe tenerse en cuenta, y es que el Derecho y la Ley no sólo deben servir de limitación al ejercicio del poder, sino que también, y esto es lo importante, deben servir de guía, deben estar presentes en el ejercicio del poder, les debe marcar el camino para su ejercicio. Frente a una posición meramente defensiva, reduciendo a la Ley y al Derecho a un mero límite o barrera, entiendo que el mantener una posición dinámica es más fecundo, además de más realista, ya que el poder y la sociedad son dinámicos y la actuación del poder no sólo debe estar limitada por la Ley, como barrera, sino presidida por la Ley y el Derecho, como alma vivificadora y fuente inspiradora, así como marco de actuación y punto de partida para la actividad del poder. El poder encontrará, por tanto, en la «idea de Derecho» no sólo el límite a su actuación, sino también el punto de partida o de arranque para la tarea de la transformación progresiva de la sociedad a metas más perfectas, la libertad y la igualdad.

Establecido esto, la cuestión queda centrada, para el jurista, en tratar de desentrañar cuál es la «idea de Derecho» que ha recogido nuestra Carta fundamental, y si la misma responde al contenido esencial del cuerpo social que se la ha dado y al que va dirigido, y si, por tanto, responde a los postulados de igualdad y libertad propios de una sociedad democrática moderna.

Aquí empieza la difícil tarea del jurista, que, por otra parte, al constituirse en intérprete, no puede, aunque lo pretenda, escapar de planteamientos subjetivos, es decir, de su propia ideología, si bien debe intentarlo, aunque ello sea extremadamente difícil. Pero debe clarificarse que diferenciamos claramente ideología de «idea de Derecho» (12).

(12) Véase BURDEAU, Georges: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, ob. cit., págs. 56-7. La «idea de Derecho», dice este autor, se muestra como la representación de un orden social deseable, inseparable de las reglas jurídicas que aseguran su establecimiento o su mantenimiento, y la ideología es una «idea de Derecho» de la que el poder hace una ortodoxia.

II. «IDEA DE DERECHO» Y CONSTITUCION

La cuestión relativa a lo que entiendo por «idea de Derecho» en la Constitución, no podría plantearse desde el punto de vista esencial de cierta doctrina —el positivismo jurídico—, ya que para ella no hay más Derecho que las normas regularmente dictadas por los órganos del Estado, doctrina que, por otra parte, confunde poder con Estado, identificándolos y olvidando que el poder se ejercita por la delegación que, a través del Estado, ha hecho la comunidad social. Pero si se acepta, como aceptamos, y mantenemos la existencia de un Derecho, a la vez anterior y superior al Estado (la pugna entre positivismo e iusnaturalismo no es nueva, sino tan vieja como nuestra civilización. Sófocles lo plantea ya en boca de Antígona frente a Creonte. No es de recibo que en el siglo XVIII el positivismo se encarne bajo la apariencia de progresismo en el Despotismo Ilustrado, y que tanto en España como en la América española, se prohibiera la difusión de la filosofía española del poder, representada por Suárez, etc., es decir, por los filósofos españoles del siglo XVII, antecesores de Rousseau, prohibición determinada por la apreciación de subversiva y avanzada como excusa, pero que realmente llevaba una enorme carga de crítica al siempre peligroso positivismo), lo importante entonces para saber y conocer cuál es no sólo la barrera, sino la guía y fuente vivificadora esencial de la actuación del poder político, es concretar lo que es esa «idea» que de Derecho tenemos y que entendemos que la comunidad se ha dado y ha plasmado en la Constitución, y cuyo desarrollo se ha delegado en los detentadores del poder, que la comunidad ha depositado en el Estado.

¿Qué entendemos por «idea de Derecho»? Creo que ha sido BURDEAU quien ha expresado de una forma clara qué es lo que se viene a considerar o qué se considera como «idea de Derecho» (13). Voy a reproducir, traduciéndolo directamente del francés al castellano, aunque un poco libremente, ya que no me atrevo a realizar una labor de síntesis, lo que este gran jurista francés nos dice al respecto. Veamos:

«Hemos visto que todo el esfuerzo del pensamiento político ha intentado disociar al poder de las personas que lo ejercitan. Como

(13) BURDEAU: *L'Etat*, ob. cit., págs. 57 y ss.

resultado de esta tentativa, el concepto del Estado purifica al poder, desligándolo de las voluntades de los jefes, colocándolos como tributarios de la idea que la colectividad se hace de su porvenir y de la organización política social que se impone, que se da a sí mismo.

Esta idea, que es el fundamento primero del poder, es también el fundamento del Derecho... No existe una sociedad sin una meta que selle, en una alianza espiritual, la coexistencia de los individuos que la componen. Sin una conciencia, más o menos clara, de esto hay muchedumbre o agrupamiento, pero no sociedad. Por tanto, esta percepción de un fin común determina el *consensus* que nace de la convergencia de representaciones individuales hacia una imagen del porvenir colectivo. En efecto, este *consensus*, en el que la sociología contemporánea coloca, con justo título, el criterio de la solidaridad, no procede de una unidad de hecho, sino que se forma de una unidad a realizar o, al menos, de consolidar. Se actúa por los miembros del grupo para vivir unidos o, al menos, para consolidar esa unión... De ahí la idea de un conjunto de reglas que imponiendo su disciplina orientaran los comportamientos individuales, de tal suerte que se cumpla el porvenir propuesto. Estas reglas son las reglas del Derecho. *Es la razón por la que califico de 'idea de Derecho' a la representación del orden deseable, que en una sociedad dada constituye la línea de fuerza de la mentalidad colectiva donde cristaliza el 'consensus' dominante...».*

En suma, a nuestro juicio, la «idea de Derecho» es el alma que anima a lo que HELLER (14) denomina, como elemento esencial y fundamento del Estado, «la unidad de acción colectiva». La «idea de Derecho» legítima, da un sentido preciso a esa unidad de acción colectiva, al Estado, que le hace superar la mera condición de hecho para convertirlo en un sentido más trascendente, la Nación, que BAUER define como «comunidad de destino» (15). y que ORTEGA entiende como «un proyecto sugestivo de vida en común» (16).

(14) HELLER, Herman: *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, pág. 239.

(15) BAUER, Otto, en *La cuestión de las nacionalidades y la socialdemocracia. La Nación, Siglo XXI*, editores, 1979, págs. 121 y ss. Véase, asimismo, GARCÍA PELAYO, Manuel: *El tema de las nacionalidades. La teoría de la Nación en Otto Bauer*, Madrid, Fundación Pablo Iglesias, 1979.

(16) ORTEGA Y GASSET, José: *España invertebrada*, Madrid, Revista de Occidente, 1967, pág. 45. Repudiemos toda interpretación estática de la convivencia nacional y dejemos entenderla dinámicamente.

La Constitución Española de 1978 contiene una concreta «idea de Derecho», y es ello precisamente una de las características más sobresalientes, desde mi punto de vista, de nuestra Norma Fundamental, que no se limita a organizar la estructura del Estado, ni solamente a recoger declaraciones de derechos fundamentales de la persona, sino que además expresa y responde a una «idea de Derecho» muy concreta y precisa, como luego veremos, y parte, como presupuesto básico, que es la Nación española la que organiza, da vida, funda el nuevo Estado (17), consagrando y partiendo de una precisa y concreta «idea de Derecho», tratando de establecer el punto de partida para el logro de un proyecto sugestivo de vida en común, en el que la libertad, la igualdad y la solidaridad se manifiestan como los objetivos a alcanzar.

Porque nuestra Constitución, además de contener la organización del ejercicio del poder, en cuanto que designa o establece cómo se eligen los jefes y fija el ejercicio de sus funciones, recoge la «idea de Derecho» animadora de la institución estatal, que fija unas metas (art. 1) y parte del presupuesto de que el poder es limitado (art. 9-1), asumiendo el contenido del acto voluntario constitutivo del Estado por la comunidad nacional, además de contener otros aspectos importantes, que no vamos a parar a examinarlos en este lugar, por salirse del ámbito de este estudio.

Pero aquí se plantea un problema de especial relieve, problema que se suele plantear en aquellos supuestos en los que una Constitución surge después de un largo proceso de ausencia de la misma, en un momento en el que la comunidad o las comunidades, que integradas forman la Nación, recuperan la soberanía, como es nuestro caso, y este problema está centrado en la legitimidad y en la eficacia.

Aunque pueda parecer un tópico, una vez más, al hablar de la legitimidad hay que acudir a la síntesis que de las diferentes clases de la misma hizo Max WEBER (18), síntesis que parece válida. En los tres casos de legitimidad enunciados por WEBER existe la expresión de una «cualificación». En palabras de BURDEAU (19), la autoridad aparece «cualificada» por el ejercicio de la función gubernamental. Hoy, en nuestro entorno occidental, el fundamento de la legitimidad del poder está en la convergencia de las aspiraciones

(17) Ver *Preámbulo* de la Constitución.

(18) *El político y el científico. La política como vocación*, Madrid, Alianza, 1981, página 85.

(19) *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, ob. cit., pág. 39.

del grupo y de las del poder. En toda sociedad política, suficientemente unificada para prestarse a la organización estatal, existe una representación dominante del orden social estable. BURDEAU (20) llama a esta representación «idea de Derecho», porque el tipo de sociedad al que se refiere parece como si debiera estar realizado o garantizado por la reglamentación jurídica, y es precisamente que el poder va a encontrar su «cualificación» en la asunción, respeto y desarrollo, dentro del ámbito que le ha señalado, de la «idea de Derecho». Pero la legitimidad, con ser un título necesario, no es suficiente para dotar de estabilidad a una democracia. Raymond ARON (21) nos dice que «una democracia puede decirse que es estable cuando es legítima y normalmente eficaz. Es legítimo un régimen que los gobernados, en su inmensa mayoría, tienen por tal. Aunque entonces una Constitución sea puesta en cuestión ella es legítima. Es la desaparición de los pequeños grupos de revolucionarios lo que consagra la legitimidad de un régimen democrático. En cuanto a la eficacia, aparecerá en la estabilidad de los gobernados por la consistencia de las mayorías... Entre legitimidad y eficacia, los lazos son manifiestos, múltiples. La legitimidad, es decir, la aceptación general de las reglas constitucionales por los partidos y por los ciudadanos, dan a los gobernantes la fuerza que les viene de la adhesión popular...; mas una democracia legítima puede no ser eficaz, los partidos y los hombres pueden estar todos a favor de la Constitución, pero pueden ser incapaces de organizarse y de establecer los acuerdos, de manera tal que un gobierno no pueda ser duradero ni sea capaz de aplicar una política».

Legitimidad y eficacia están, por tanto, íntimamente vinculadas para el desarrollo de la «idea de Derecho» que la Constitución ha recogido en el acto legitimador de su fundación. Ya ORTEGA (22) nos dice con gran lucidez: «Mandar no es simplemente convencer ni simplemente obligar, sino una exquisita mixtura de ambas cosas. La sugestión moral y la imposición material van íntimamente fundidas en todo acto de imperar».

La cuestión queda planteada, por tanto, en la distinción entre legitimidad formal y legitimidad material (mixtura entre convencimiento y obligación). La primera será incapaz de mantener por

(20) *Ob. cit.*, pág. 39.

(21) *Le Démocratie a l'épreuve du XX^e siècle*, Colloques du Berlin, París, Calman-Levy, 1960, págs. 13 y ss.

(22) *Ob. cit.*, pág. 43.

sí sola a la democracia de manera estable, no pudiendo evitar su caída, quedando reducida a una mera abstracción o fórmula retórica. La segunda, la material, será el vehículo de consolidación del sistema. Supone el verdadero *consensus*, en cuanto que asumiendo la constitución sustancial de la sociedad, sugestiona a ésta y la dota de los elementos necesarios para la realización del proyecto común, de tal forma que los gobernantes se encuentran asistidos en los momentos más difíciles para llevar adelante la «idea de Derecho» común, armados de los elementos precisos para hacerlo posible. Pero eficacia no quiere decir poder ilimitado. El poder eficaz se realizará por vía de ordenamiento. El Derecho no sólo limita al poder, sino que le da su verdadero sentido.

¿Cuál es la «idea de Derecho» que hace suya la Constitución Española de 1978? ¿Cuál es, en suma, esa representación dominante del orden social deseable consagrado por nuestra Carta fundamental? ¿Ha asumido la Constitución Española de 1978 una «idea de Derecho» fundamentada en la legitimación material? ¿Cómo la ha instrumentado? ¿Cómo ha distribuido el poder en función de la «idea de Derecho» que ha asumido la Nación?

En la respuesta que vamos a tratar de dar se encuentra la «idea de Derecho» que, a nuestro juicio, la Constitución expresa respecto de un determinado aspecto, referido al contenido de la Ponencia a la que va dirigida esta reflexión, y con ella trataremos de responder, desde nuestro particular punto de vista, a lo que entendemos qué debe ser el hilo conductor de la interpretación armónica que debe darse al Título VIII de la Constitución, y más concretamente al artículo 149 de la misma.

III. LA «IDEA DE DERECHO» EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978, REFERIDA A LA DISTRIBUCION DEL PODER Y CONTENIDO DEL MISMO

La Constitución Española de 1978 inicia su andadura y encuentra su legitimación formal en la manifestación expresa de la voluntad formulada por la Nación española en uso de su soberanía, fijando el proyecto de presente y de futuro a realizar (*art. 1*) y la legitimación material, en la articulación del principio del Estado unitario en el que se deposita el poder (*art. 2 in fine*), dotado de

los elementos que se han entendido necesarios para la realización del fin propuesto, poder que se reparte entre los entes que forman el Estado.

El preámbulo de la Constitución tiene en este caso ese variado significado de expresión de legitimación formal y material. Por una parte, constituye el acta en la que se contiene la expresión de voluntad de la Nación para constituirse en Estado. Cuando el preámbulo expresa: «La Nación española..., en uso de su soberanía, proclama su voluntad», se está reflejando el solemne momento en que la Nación constituye los fundamentos del Nuevo Estado. Por otro, realiza la afirmación del reconocimiento de que la Nación es plural, no ya sólo como conjunto de individuos, sino de pueblos. Por último, está afirmando cuál es la «idea de Derecho» que define al Nuevo Estado, marcando los objetivos y los límites que deben presidir la actuación de los poderes públicos, que recibirán el poder que la Nación española ha delegado, ha depositado, en la institución estatal, a la que, a través de variadas técnicas, se le dotan de elementos precisos para llevar adelante la tarea común.

Esta «idea de Derecho» apuntada en el preámbulo (garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las Leyes, conforme a un orden económico y social justo; consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones; promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida, establecer una sociedad democrática avanzada y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra) será inmediatamente concretada y expresada de manera más precisa, principalmente en los artículos 1 (España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político); en el 2 (la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, Patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las Nacionalidades y Regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas), y la Disposición Adicional primera (la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía).

En estos artículos, transcritos de la Constitución Española de 1978, creemos encontrar cuál es la definición de la «idea de Derecho» que la Nación española, en el uso de su soberanía, ha establecido como punto de arranque y de referencia, el ámbito o marco en el que deben operar los poderes públicos, los depositarios inmediatos del poder y la guía que los sirva de orientación para el ejercicio dinámico del mismo en la búsqueda de la realización de esa «idea».

El papel de los poderes públicos está, por tanto, determinado, condicionado, a la expresión de la «idea de Derecho» que la Nación española, en un determinado momento histórico, les ha marcado. Su «cualificación», su «legitimidad», está claramente establecida por la representación del orden deseable, que en la sociedad española de 1978 ha constituido la línea de fuerza de la mentalidad colectiva, y en donde ha cristalizado el *consensus* dominante, y en la dotación, a los poderes públicos, de los elementos que se han entendido necesarios para llevar adelante la tarea común, así como en los límites que se le han establecido para el desarrollo de esa misión.

En aras de la brevedad, y por no salirnos de los límites marcados, nos resistimos a entrar en el desarrollo de aquellas fundamentales partes de la «idea de Derecho» fijadas en la Constitución, definidas en el artículo 1 de la misma, porque el objeto de esta reflexión es más limitado y también afectante sólo a otra parte fundamental de esa «idea». Vamos, por tanto, a referirnos exclusivamente a aquella parte de la «idea de Derecho» que se refiere al objeto de la Ponencia y que, a mi juicio, está centrada en el artículo 2 de la Norma Fundamental, y que por lógica, por mi pertenencia a un territorio foral, entiendo se encuentra también en la Disposición Adicional primera de la misma, y que supone el paso de lo abstracto a lo concreto, el paso de la idea al concepto.

1. EL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA «IDEA DE DERECHO»

El artículo 2 de la Constitución Española expresa de una forma clara, y hasta podemos decir rotundamente, cuál es la interpretación de la representación del orden deseable que una mayoritaria

parte de nuestra sociedad entiende que está cristalizando el *consensus* de la mentalidad colectiva. El *consensus* dominante ha establecido, a través de dicho artículo, la representación del orden deseable en España. La «idea de Derecho», de la que debe partir cualquier interpretación y desarrollo del orden social, es la de la unidad en la indisolubilidad. La Comunidad de destino, que definiera BAUER, o la unidad de acción colectiva, que expresa HELLER, el proyecto sugestivo de vida en común, que señala ORTEGA, se plasma en el presupuesto de que la Nación española es una e indisoluble. El reconocimiento del derecho a la autonomía de las Nacionalidades y Regiones, se enmarca en la indivisible unidad de la Nación española, punto de partida axiomático, y en la solidaridad. Unidad, indisolubilidad de la Nación, reconocimiento de la existencia de Nacionalidades y Regiones solidarias entre ellas, es la «idea de Derecho» que constituye el *consensus* dominante en la Constitución Española de 1978, referido al punto de partida del orden establecido, y cuya primera tarea es consolidarlo.

Una reposada lectura de las actas, en las que se recogen las discusiones de los constituyentes respecto de la definitiva redacción de este artículo, nos muestra, en el momento de las discusiones parlamentarias, dos posiciones, claramente diferenciadas, a la hora de la fijación de la representación del orden deseable en la sociedad española, es decir, en la representación y concreción de la «idea de Derecho» que en dicho artículo se pretendía plasmar. Para la posición mayoritaria y, por tanto, dominante, la Nación está constituida por el conjunto de los ciudadanos, cuyo *consensus* es la constitución de la Nación española en una unidad indivisible. Para la posición minoritaria, la Nación se constituye por el *consensus* entre las diferentes Comunidades (23).

Aquí se encuentra el punto esencial del diferente punto de arranque de la «idea de Derecho» mantenida por unos y otros. Puede decirse aquí, parodiando al filósofo francés ALAIN, que a la minoría vasca, al rechazarse su pretensión de reconocimiento de una personalidad colectiva dentro de la Nación, pero diferenciada del resto de las Comunidades que, según su pretensión, la integran, se le vino a decir que lo esencial no es el reconocimiento de la

(23) Véanse las *Actas del Congreso de los Diputados, Constitución Española. Trabajos Parlamentarios I*. Cortes Generales. Madrid, Servicio de Publicaciones, 1980. Sesión de 5 de mayo de 1978, págs. 2062 y ss. *El Partido Nacionalista Vasco ante la Constitución*, Zarauz, 1978.

personalidad propia del Pueblo Vasco dentro de España, sino el reconocimiento de la libertad de los individuos que forman esa Comunidad en la totalidad del País. La Nación será el conjunto de individuos que se conciertan en Comunidad de destino. Para la articulación de ese *consensus* se establece y perfila el entramado institucional, el Estado, que siendo esencialmente unitario, distribuye parte del poder que le ha delegado la Nación, en las Comunidades Autónomas, que también son poder, según declara el Tribunal Constitucional en sentencia de 4 de noviembre de 1982, como veremos.

Como es de todos sabido, la minoría vasca, después de algunas vacilaciones, se abstuvo de aprobar la Constitución, aunque manifestó su voluntad de respetarla. Al plantearse el referéndum constitucional, la Constitución fue objeto de una mayoritaria abstención en el País Vasco.

Esa abstención mayoritaria por parte de la Comunidad vasca no puede ignorarse que obedeció a diversas causas, pero fundamentalmente a la arraigada creencia que en esta Comunidad vasca existe de la «idea de Derecho», que representa lo que aquí conocemos como «Fueros», o lo que es lo mismo, Derecho de una Comunidad definida para regularse, sin perjuicio de su pertenencia a una unidad más trascendente.

De todas formas, la «idea de Derecho» que, en principio, establece el artículo 2 de la Constitución, se encontrará, en alguna medida, matizada por la Disposición Adicional primera de la Constitución, que ahora pasaremos a analizar brevemente.

Pero lo que nos parece esencial es que lo realmente sugestivo de esa «idea de Derecho», plasmada en el artículo 2, es que su interpretación permite entenderlo no estáticamente, sino de manera dinámica. Como toda idea, resultado del acuerdo derivado del pensamiento de muchos, está sometida al desarrollo mediante el cambio (24). Prueba de ese dinamismo ha sido el Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979. En este sentido, me parece relevante el dejar constancia de un principio básico. La Nación ha delegado el poder en la institución estatal, pero en la institución estatal toda entera. Aunque el Estado sea unitario y la Nación una e indivisible, la Constitución estructura el Estado y, por tanto, el ejercicio del

(24) ALAIN: *Ob. cit.*, pág. 106.

poder de manera plural. Las Comunidades Autónomas son también Estado. La sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 1982, recurso de inconstitucionalidad número 114/82, sentencia número 64/82 (BOE de 10 de diciembre de 1982), lo dice claramente: «Es evidente que entre esos poderes públicos (art. 53-3) se encuentran las Comunidades Autónomas...». La «idea de Derecho» en la Constitución Española de 1978 es, entre otras, que el Estado tiene distribuido el ejercicio del poder de manera plural, a través de los diferentes entes territoriales, en los que se estructura. La soberanía no está en el Estado, sino en la Nación. El poder está en el Estado, que lo ha recibido por delegación de la Nación, y esa delegación se ha hecho no a los poderes centralizados, sino a la pluralidad de poderes que se han constituido a lo ancho del territorio nacional, y que las Comunidades Autónomas asumen, en el desarrollo de lo ordenado por la Constitución, a través de los respectivos Estatutos, y en base al principio dispositivo en los supuestos normales, y en base a ese principio y al reconocimiento de su preexistencia en los territorios forales, por mor de la Disposición Adicional primera de la Constitución. La Constitución reconoce a los territorios forales ese derecho preexistente, que lo ampara y respeta, es decir, lo recoge y lo incluye dentro del ordenamiento jurídico.

2. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN Y FUEROS

La elaboración de esta Disposición se produjo en un ambiente dramático y tenso. La Nación entera vivía momentos angustiosos cuando se discutieron las numerosas redacciones que, tanto en el Congreso como en el Senado, se hicieron de la famosa Disposición Adicional. En un determinado momento, el 20 de julio de 1978, la Minoría Vasca aceptó una de las redacciones que le habían sido propuestas por UCD, con el visto bueno de los demás grupos parlamentarios. Al realizarse esta aceptación, UCD retiró la propuesta, lo que dio lugar a una sonada intervención del portavoz de la Minoría Vasca en la Cámara Baja, al día siguiente, 21 de julio, anunciando su aceptación, y la retirada de la propuesta por UCD, ante el estupor de los presentes (25). Resulta interesante constatar que los

(25) Véase *El Partido Nacionalista Vasco ante la Constitución*, págs. 46 y ss., y principalmente págs. 66 y ss., y sesión del 21 de julio de 1978, en *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, II*, Cortes Generales, págs. 4540 y ss.

grupos parlamentarios, excepto los que representaban a UCD, estaban conformes con esa redacción, que propuesta por el Gobierno, había sido aceptada por la Minoría Vasca. Su retirada por el Gobierno rompía el «consenso». El momento final, con palabras como «tú serás el responsable de lo que pueda ocurrir», pronunciadas por un Senador vasco de designación real, y dirigidas al Vicepresidente del Gobierno, refleja el clima de tensión del momento. El acuerdo no fue posible y al final se impuso, por el juego de la mayoría numérica, la actual redacción. *No fue una transacción, sino una imposición.* Desde la tribuna pública que representa la prensa, autorizadas voces se habían levantado contra la pretensión de la Minoría Vasca (26). El acuerdo no fue posible. Sin embargo, se recogía, se constitucionalizaba, por vía de Disposición Adicional, el «amparo y respeto a los derechos históricos de los territorios forales, actualización general que se deberá llevar a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía», es decir, dentro de la indisoluble unidad de la Nación. La Constitución es, sin duda, el parámetro para la actualización de los derechos históricos.

Sobre esta Disposición se ha dicho que no es más que una norma de carácter retórico, que no tiene contenido, pero se va abriendo paso a paso la idea de que se trata de una Disposición de enorme importancia y trascendencia, hasta tal punto que su aplicación está siendo reclamada por territorios ajenos al ámbito territorial vasco (27).

A mi juicio, y al margen de la extensión territorial que quiera dársele, y circunscribiéndola al ámbito territorial de las Comunidades vascas, la Disposición Adicional primera constitucionaliza, a través de una regla jurídica, en la medida que el concepto de Fuero no haya sido recogido ya por la propia Constitución, y en cuanto que dicho concepto sea compatible con la misma, al menos, una parte importante de la «idea de Derecho» que para el vasco significan o contienen los Fueros Vascongados. No me extraña que se sorprendan, pero no olviden que esta comunicación, más que comunicación es una «reflexión», una «hipótesis de trabajo», y que sobre el Fuerismo hay ideas y conceptos equivocadamente preestablecidos, que no comparto. El Fuero es la concreción de la «idea

(26) GARCÍA PELAYO, Manuel: «El Proyecto constitucional y los derechos históricos», *El País*, 24 de septiembre de 1978, págs. 12 y 13.

(27) Véase Aragón.

de Derecho» que a lo largo de los siglos ha venido fijando, a través del consenso, la Comunidad vasca.

María Cruz MINA APAT, uniéndose al coro de los antifueristas (28), ha tratado de demostrar la estricta conexión entre Instituciones Forales y Antiguo Régimen, desde una perspectiva economicista e institucionalista, señalando que en el siglo XIX, los liberales fueristas vascongados, al adscribirse al régimen constitucional, dan entrada en éste al Fuerismo, estableciendo conclusiones que no compartimos, a la vez que tampoco compartimos el origen y el momento histórico en el que sitúa a la doctrina fuerista, como tampoco compartimos el criterio que mantiene de la incompatibilidad de Fuerismo y Constitucionalismo (29). La cuestión es mucho más compleja que lo que se plantea en el extraordinario libro de la profesora MINA. El historiador debe intentar hacer, como dice Pierre VILAR, «historia total» (30). Simplemente decir aquí que doscientos cincuenta años antes de escribirse este libro y, por tanto, cien años antes de aquellos en los que sitúa la profesora MINA el nacimiento del Fuerismo, éste había sido elaborado como doctrina política por Manuel de LARRAMENDI y no precisamente para defender privilegios económicos, sino como barrera frente al Absolutismo, apoyado éste, doctrinalmente, en el Despotismo Ilustrado. Precisamente el padre LARRAMENDI fundamenta su doctrina fuerista en la más hispana de las escuelas del Derecho y el Estado, en la escuela española del Derecho natural de los siglos XVI y XVII, con Francisco Suárez a la cabeza. Frente al Absolutismo real, propugnado por el Despotismo Ilustrado, LARRAMENDI recuerda el origen del poder político, basado en la Comunidad y en la naturaleza delegada de los cargos públicos. En su *Corografía de Guipúzcoa* (31), escrita el año 1754, nos dice cosas tan sustanciosas como éstas: «Este Fuero de Guipúzcoa, uno es primitivo, original y como radical, y de éste se habla en aquellos títulos, que declaran ser noble Guipúzcoa en todos sus hijos... Este Fuero de Guipúzcoa, no tiene

(28) *Fueros y revolución liberal en Navarra*, Madrid, Alianza Universidad, 1981.

(29) Véase AYESTARÁN, José Antonio: *Aspectos socio-políticos de la crisis foral. Euskadi y el Estatuto de Autonomía*. Obra colectiva Erein, San Sebastián, 1979.

(30) VILAR, Pierre: *Historia de España. Crítica*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1978, 6.ª ed., págs. 10-1.

(31) *Corografía o Descripción General de la Muy Noble y Muy Leal Provincia de Guipúzcoa*. Edición, introducción, notas e índices de José-Ignacio TELLECHEA IÑIGORAS, San Sebastián, Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones, S. A., 1969.

otro origen que el de su primera población. Antes que Castilla y Navarra tuvieran reyes, gozaba Guipúzcoa de este Fuero primitivo... El Fuero primitivo y original en todos sus capítulos siempre ha sido y es invariable, porque siempre ha sido y es útil y aun necesario a la Provincia. El Fuero derivado accidental y posterior en muchos capítulos es variable, porque no siempre están en el mismo estado de útiles, pues lo que en un siglo es útil, en otros es o puede ser inútil, y aun perjudicial» (32). En sus *Conferencias* (33), escritas pocos años después y que no fueron publicadas ante el temor de sus superiores de sufrir la persecución real, no en vano la Compañía de Jesús había tenido la experiencia de ver proscrita la doctrina de Suárez, nos dirá (Conferencia núm. 9): «El Derecho de Guipúzcoa viene de Dios, no del Rey». Este fundamento doctrinal está basado en la elaboración hecha por Francisco SUÁREZ, en *Principatus Politicus* (34). Más adelante (Conferencia núm. 10) hará referencia al «juramento de fidelidad» de guardar los Fueros que vincula ante Dios a los guipuzcoanos, a las Juntas, Procuradores y Corregidores. ¿No recuerda esta doctrina a la elaborada por SUÁREZ en *De iuramento Fidelitatis?* (35).

El Fuero originario es la «idea abstracta de Derecho» que la Comunidad vasca ha concertado, y las Instituciones son o han sido la concreción parcial de esa «idea».

El Fuerismo, como doctrina político-jurídica, no tiene su origen en el siglo XIX, sino en el XVIII, y la razón de su existencia no está en puras razones economicistas, sino en una razón política más profunda, el constituirse en baluarte de la soberanía popular frente al Absolutismo regio apoyado en el Despotismo Ilustrado. Fuerismo y liberalismo tienen la misma raíz (36). El Fuerismo no es, por

(32) Páginas 89-91.

(33) LARRAMENDI, Manuel de: *Conferencias político-jurídico-morales sobre los Fueros de Guipúzcoa*, en vías de publicación por parte del citado TELLECHEA IDÍGORAS cuando se escriben estas líneas.

(34) SUÁREZ, Francisco: *Principatus Politicus* o Soberanía Popular. Corpus Hispanorum de Pace. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Defensor Fidei III. Introducción y edición crítica bilingüe por E. ELORDUY y L. PEREÑA, Madrid, 1965.

(35) SUÁREZ, Francisco: *De iuramento Fidelitatis*. Corpus Hispanorum de Pace. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Edición crítica bilingüe por L. PEREÑA, V. ABRIL y C. BAUERO, y la colaboración de A. GARCÍA y C. VILLANUEVA, Madrid, 1978. Ver, asimismo, la interesante obra de SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *El concepto del Estado en el pensamiento español del siglo XVI*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959.

(36) Sobre el origen del liberalismo europeo, véase RUGGIERO, Guido de: *Historia del liberalismo europeo*, Madrid, Ediciones Pegaso, 1944, y BURDEAU, Georges: *Le Liberalisme*, París, Editions du Seuil, Collection Points, núm. 96, 1979, pág. 8, y en cuanto

último, una manifestación historicista. El Foralismo, al igual que el liberalismo, parte de unos presupuestos éticos, parte del hombre. El Estado no es más que un medio para el desarrollo de la personalidad individual. El Foralismo, al igual que el Federalismo, propugna la limitación del poder por vía de ordenamiento. El Fuero es la idea de Derecho, y las Instituciones son el concepto. Aquél es lo abstracto, éstas son lo concreto.

Ahora bien, lo que sí resulta cierto es que al colapsarse las posibilidades de desarrollo del propio sistema foral, al depender, en el Antiguo Régimen, de la sanción real las decisiones que adoptarían las Juntas Generales, en pleno Absolutismo, se termina, en la práctica, por confundir Fueros con Instituciones Jurídicas. Creo que de ahí puede partir el error. Pero para el jurista vasco, Fueros e Instituciones Jurídicas son diferentes. La «idea de Derecho» en la doctrina fuerista, y referida al concepto del poder, es que la soberanía reside en el pueblo y que los cargos públicos ejercen el poder por delegación popular. Frente a Hobbes supo el liberalismo levantar, a través de los teóricos del Derecho político, la doctrina de Rousseau. Pero antes que Rousseau, fue Suárez quien estableció las bases doctrinales de la moderna teoría del poder político frente al Absolutismo. Suárez recoge el pensamiento que en la Comunidad española existía sobre el poder político y le da forma doctrinal. El concepto de Fuero no es más que una expresión de esa doctrina, concretada en las Comunidades vascas. Creo que estamos obligados a recuperar para la historia de nuestro Derecho constitucional, la obra de nuestros maestros, que en los siglos XVI y XVII prepararon el camino a la doctrina de *El contrato social* y del poder limitado.

Esa recuperación nos ayudará a una mejor comprensión de la «idea de Derecho» que subyace en nuestra pequeña Comunidad vasca, y evitará afirmaciones tan desafortunadas como la de que Larrañendi fue el primer nacionalista (37), o a equiparar Fuerismo con Carlismo y Nacionalismo.

Es posible que una desviación del Fuerismo haya sido el nacionalismo historicista determinado como reacción ante la turbulen-

al fuerismo liberal guipuzcoano, véase BLASCO OLAETA, Carlos: *Los liberales fueristas guipuzcoanos, 1833-1876*, San Sebastián, Ediciones de la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, 1982.

(37) FERNÁNDEZ ALBADALEJO, Pablo: «Manuel de Larrañendi, la particular historia de Guipúzcoa», en *Saioak*, Revista de Estudios Vascos, año I, núm. 1, San Sebastián, 1977, págs. 148 y ss.

cia del siglo XIX. Ya CAMPIÓN decía en 1904: «El separatismo no es un principio, sino una consecuencia» (38), y más adelante, en 1906, renunciaba a su calificativo de fuerista para pasar a llamarse nacionalista (39).

Como un apunte en esta exposición, en relación con la «idea de Derecho», en el contenido del Fuerismo, hay que señalar que, salvando las distancias, precisamente en la Comunidad Vasca y reflejado en sus normas escritas, se encuentra ya, desde el siglo XV, recogido el principio de igualdad ante la ley. Todos los vascos habían alcanzado, tras un largo proceso que dura un siglo, el XIV, la categoría de hidalgos, con lo que ello tenía de significado en cuanto al tratamiento legal. La hidalguía no fue, como se ha pretendido, una aspiración dirigida a la obtención de exenciones fiscales, sino la aspiración a la obtención del *status* de ciudadano, todo ello salvando las lógicas distancias.

Por tanto, y en cuanto a los derechos individuales que el liberalismo representa, desde un punto de vista doctrinal y teórico, no hay una oposición entre Constitución Liberal y Fuero. Aunque sí hay oposición de la doctrina fuerista con cualquier forma de Absolutismo, bien sea del Rey o del Parlamento. El Fuerismo es incompatible con cualquier manifestación de Absolutismo. Su creencia está en que la soberanía reside en el pueblo que la delega, para ser ejercitada de manera justa. Frente al principio positivista de que toda ley obliga y que la ley es la ley, para el Fuerismo, la ley, para obligar al ciudadano, ha de ser justa. La ley es la ley en cuanto sea justa. Responde, desde ese punto de vista, a una concreta «idea de Derecho».

La diferencia entre Fuerismo y Constitucionalismo Liberal surge desde el momento en que la Constitución liberal parte del concepto de que la soberanía se encuentra en la Nación, entendiéndolo por ésta al conjunto general, individualmente agrupados, de los ciudadanos, mientras que para la doctrina fuerista, la Nación es un conjunto de Comunidades o pueblos diferenciados, que agrupando a los individuos que lo integran, los une a través de los poderes depositados en la Comunidad para la realización presente y futura del proyecto común, y que el Parlamento, para el liberalismo doc-

(38) CAMPIÓN, Arturo: Conferencia dada en el Círculo Vasco de San Sebastián el 29 de mayo de 1904, recogida en *Discursos políticos y literarios de Arturo Campión*, Bilbao, Ed. La Gran Enciclopedia Vasca, 1976, pág. 218.

(39) CAMPIÓN, Arturo: Conferencia dada en el Círculo Vasco de San Sebastián el 7 de enero de 1906, *Discursos políticos...*, ob. cit., pág. 256.

trinario, no tiene límites en el ejercicio de la soberanía, mientras que para el Fuerismo todo poder es limitado. Esta concepción no es algo extraño ni ajeno a la doctrina política. No debemos olvidar que frente a BURKE (40), se levanta PAINE (41) afirmando: «El hecho de que una parte del gobierno sea nombrado por elección, no suaviza su despotismo, cuando las personas elegidas poseen después, como un Parlamento, poderes ilimitados. En ese caso, la elección se aparta de la representación, y los candidatos sólo lo son al despotismo». CAMPIÓN, recogiendo la doctrina fuerista y refutando a Vázquez de Mella, dirá: «Si miramos a la formación histórica, mi tesis de que España es una Nación de Naciones me parece irrefutable» (42).

Para terminar esta digresión sobre el Fuerismo, diré que la doctrina fuerista, basada en la más genuina doctrina hispánica, es abierta, manifiestamente integradora, dispuesta a embarcarse en un proyecto común. Forma parte de la Nación, es el punto de partida de la misma (43).

Volvamos al origen de este epígrafe. ¿Cuál es el contenido esencial de la Disposición Adicional primera de la Constitución? Entiendo, después de lo dicho, que se recoge, en cierta medida, aunque de manera parcial, la doctrina fuerista. La «idea de Derecho» que podría desprenderse de esa Disposición Adicional, tal y como ha quedado redactada, es que las Comunidades vascas deberán ser objeto de un tratamiento específico en materia autonómica, es decir, son Comunidades Autónomas a las que se les reconoce un derecho preexistente.

Descendiendo del plano teórico y doctrinal al de las reglas jurídicas derivadas de la anterior construcción, puede decirse que esta Disposición Adicional primera puede ser entendida como una cláusula de garantía de la autonomía, de la Comunidad Autónoma vasca, plasmada en el Estatuto correspondiente, lo que en cierta medida supone recoger parte del contenido de la doctrina Fuerista. No se trata de un pacto o de un cheque en blanco para el futuro desarrollo de esa autonomía, sino de algo más preciso, que no sólo

(40) BURKE, Edmund: *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, Madrid, Civitas, 1978.

(41) PAINE: *Los derechos del hombre*, Aguilar, 1962, pág. 261.

(42) CAMPIÓN, Arturo: Conferencia en el Centro Vasco de San Sebastián el día 29 de mayo de 1904, *ob. cit.*, pág. 254.

(43) Véase AYESTARÁN, José Antonio: *Ob. cit.*, pág. 27.

tiene perfecta cabida en la Constitución, sino que deriva de la misma.

Aun cuando todavía no se ha realizado un estudio sobre esta materia, sin embargo, recientemente se han producido varias manifestaciones en la realidad jurídica española, en relación con el alcance de la autonomía y la llamada garantía institucional, que recoge el artículo 137 de la Constitución Española de 1978, que puede servir como guía de interpretación, aunque se refiere a instituciones de rango inferior a la autonómica. Por un lado, el pequeño en extensión, pero denso y rico en contenido, libro de PAREJO ALFONSO (44). Por otro, las sentencias del Tribunal Constitucional de fecha 2 de febrero de 1981, Recurso de Inconstitucionalidad número 186/80 (BOE de 24 de febrero de 1981). En esta sentencia se define claramente el alcance del artículo 2 de la Constitución Española de 1978: «Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado». En efecto, autonomía no es soberanía y aun este poder tiene sus límites, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo. En ningún caso, el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución, y, por último, y fundamentalmente con la sentencia de 28 de julio de 1981, Recurso de Inconstitucionalidad número 40/81 (45), en donde se hace una definición precisa de lo que se entiende por cláusula de garantía institucional, recogida en el artículo 137 de la Constitución.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional declara que: «La garantía constitucional de las autonomías locales no se reduce a incluir dentro de las materias reservadas a la Ley la determinación del contenido competencial de estas autonomías, pues es precisamente la necesidad de preservar la autonomía frente al legislador lo que da su razón de ser a esta garantía» (46).

Trasladando estos principios al área de las Comunidades o Territorios Forales, hay que señalar que la Disposición Adicional no puede entenderse como una redundancia del artículo 137, sino como

(44) PAREJO ALFONSO, Luciano: *La garantía institucional y autonomías locales. Estudios de Derecho Público*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981.

(45) BOE de 13 de agosto de 1981.

(46) Véase el comentario a dicha sentencia de Juan-Alfonso SANTAMARÍA PASTOR en *REDA-Civitas*, núm. 34, julio-septiembre 1982, págs. 455 y ss.

un *plus*. La Disposición Adicional es, además de una norma que recibe un derecho territorialmente vigente en la conciencia colectiva de la Comunidad vasca, y la integra en el Ordenamiento jurídico, una regla jurídica que establece una cláusula de garantía de la Autonomía vasca y los derechos de las Instituciones de los Territorios Forales. En otras palabras, el contenido del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, que debe ser interpretado de conformidad con la Constitución, es un contenido garantizado frente al legislador ordinario, y en la medida que puedan quedar afectados los derechos reconocidos por la Constitución en la misma, frente al extraordinario.

La «idea de Derecho» que la Constitución Española de 1978 establece respecto de los Territorios Forales es la de la autonomía, en el sentido que el Tribunal Constitucional ha definido del artículo 2 en la sentencia de 2 de febrero de 1981, pero una autonomía con garantía reforzada, y ello, en cierta medida, se ha venido a reflejar en el desarrollo que de dicha autonomía se ha dado a través del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, si bien entiendo que a través de él se ha hecho un desarrollo muy reducido y templado de dicha «idea de Derecho», puesto que la Disposición Adicional permite que nos aproximemos a la interpretación de que la Comunidad Autónoma vasca es una Comunidad que tiene reconocido por la Constitución un núcleo autonómico especial, que no dimana exclusivamente del ejercicio del principio dispositivo, sino que desarrolla y actualiza, dentro de la Constitución, derechos que ésta ha reconocido preexistentes y los ha integrado como propios dentro del ordenamiento.

IV. EL ARTICULO 149 DE LA CONSTITUCION, EN RELACION CON EL ESTATUTO DE AUTONOMIA PARA EL PAIS VASCO DE 1979

A la hora de la interpretación del artículo 149 de la Constitución Española de 1978, partimos de la «idea de Derecho» que hemos entresacado del juego del artículo 2 y la Disposición Adicional primera de la Constitución. La Comunidad Autónoma vasca tiene una naturaleza jurídica de Comunidad Foral dentro del Estado, formando parte sus miembros de la Nación española. El problema

se centra, por tanto, a la vista de todo ello, en cómo se reparte o se ha repartido el poder en un momento determinado, es decir, cuando ha sido aprobado el Estatuto de Autonomía en 1979, y además en cómo se debe entender el desarrollo del ejercicio del poder una vez que se han ido cumpliendo las previsiones establecidas, es decir, realizadas las transferencias de competencias del poder central al poder periférico.

Distinguimos aquí dos diferentes momentos. Uno, el constitutivo o estático. Otro, el de desarrollo o dinámico.

No hay duda alguna que los textos legales establecen el reparto de poder y la atribución del mismo en un determinado momento a los diferentes poderes. En ese momento en que se fija la atribución de poder a cada Ente, nos encontramos en el momento estático. Todavía no se ha hecho más que constituir, atribuirle al Ente la parcela de poder que no ha iniciado a su ejercicio. Cada Ente o cada poder tiene atribuida una determinada y precisa parcela de actuación.

Pero el ejercicio del poder es dinámico, y en ese dinamismo es cuando se empiezan a producir los conflictos entre los poderes, ya que en una unidad cerrada, el Estado, las interrelaciones y entrecruzamientos de actividades son no sólo frecuentes, sino que podemos decir inevitables y hasta positivas.

La cuestión se plantea cuando se produce ese ejercicio dinámico, cuando el poder o los poderes se ejercitan y se entrecruzan. Si bien lo lógico es que no se discuta el poder originario, la interrelación, comunicación y entrecruzamiento que se produce en ese ejercicio produce conflictos, que tienen su solución prevista por vía de técnica jurídica (47).

La existencia de esos conflictos es, por tanto, una consecuencia lógica del ejercicio dinámico del poder, y su armonización se irá realizando por vía de ordenamiento y, en última instancia, por el Tribunal Constitucional.

Pero no creo que ahí esté el problema. Este surge cuando desde ciertos centros de poder se está tratando de variar, de dar una interpretación distinta a lo establecido en el momento constituyente, a la Constitución y al Estatuto. Cuando se trata de desnaturalizar el contenido esencial del poder atribuido a las Comunidades Autónomas, que lo han recibido al ejercitarse el principio positivo.

(47) Artículos 149-3 y 150-2 de la Constitución Española de 1978.

Más concretamente, el problema se plantea cuando, y olvidándose de lo que por vía de «idea de Derecho» han establecido o declarado el artículo 2 y Disposición Adicional primera de la Constitución, y se ha concretado en el Estatuto Vasco de 1979, se trata de hacer una interpretación del artículo 149 de la Constitución, en el sentido de que dicho artículo contiene, en casi su integridad, un listado de materias que por su propia naturaleza son exclusivas del Poder Central y que, por su propia esencia, no pueden atribuirse a los poderes de las Comunidades Autónomas, aun cuando los Estatutos parezca que digan otra cosa (48), se está tratando no ya de discutir el alcance del ejercicio del poder de manera dinámica por parte de las Comunidades Autónomas, sino el «núcleo esencial» de ese poder. Estamos de acuerdo en que no ha habido pacto foral y que el punto de partida interpretativo debe ser la Constitución, parámetro del que se debe partir para la interpretación y alcance del Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

La cuestión interpretativa fundamentalmente se debe centrar en aquellas materias que principalmente son entendidas de interés general para el Estado, en función del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución. Pero creo que partiendo de la «idea de Derecho» establecida por la norma fundamental, la solución no admite distorsiones.

Las vías de solución de esta clase de conflictos las ha establecido de manera precisa el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, haciendo una clara aplicación de la idea de Derecho establecida en la Constitución; pero quizá la más significativa, por haber sido dictada después de pausada y ponderada elaboración doctrinal por parte del más Alto Tribunal, sea la de 4 de noviembre de 1982, ya citada, en la que el Tribunal Constitucional, después de recordar que las Comunidades Autónomas son también poderes públicos, en el sentido del artículo 53-3 de la Constitución (Fundamento jurídico 2), nos recuerda que en la Constitución (art. 149-1, 23) se concede o reconoce al Estado (Poder Central) competencia exclusiva, entre otras materias, para dictar la «legislación básica», y que en el artículo 10-8 del Estatuto, en este caso el catalán, se atribuye a la Comunidad Autónoma (poder periférico) competencias propias

(48) Véanse los recientes artículos de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en la *REDA-Civitas*, núm. 33, abril-junio 1982, en «La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución», págs. 277 y siguientes, y en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, mayo-agosto 1982, el artículo «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico», págs. 63 y ss.

no sólo de ejecución, sino de desarrollo legislativo de la legalidad básica y la de imponer «medidas adicionales de protección» (Fundamento jurídico 4), y *asimismo afirma y consagra que «el principio de solidaridad está ponderado por el principio de colaboración»* (Fundamento jurídico 8).

Por tanto, la «idea de Derecho» dinámica, que debe presidir la actuación de los poderes públicos, definida de manera estática en la Constitución y en los Estatutos, en función del principio de solidaridad, *se concreta de manera dinámica en la colaboración solidaria.*

La conclusión de todo lo hasta aquí dicho es que la «idea de Derecho» en la Constitución aparece claramente definida en relación con el concepto de poder público. El poder que la Nación ostenta, lo delega en la Institución estatal, de la que son parte integrante las Comunidades Autónomas, que por el ejercicio del principio dispositivo asumen una parcela de ese poder por vía estatutaria. Que el poder, en el caso de la Comunidad Autónoma vasca, es asumido en el desarrollo de dos principios recogidos en la Constitución. El primero, el del reconocimiento y amparo de unos derechos preexistentes que la Constitución reconoce, ampara y respeta, y que la Constitución integra en el Ordenamiento jurídico español, y el segundo, por vía de principio dispositivo. Si se acepta esta interpretación, el contenido competencial de la Comunidad Autónoma vasca es un contenido que, por vía constitucional, se recibe a través del Estatuto, pero en su mayor parte como recuperación de los derechos preexistentes (Disposición Adicional), y en cuanto al resto, por el ejercicio del principio dispositivo. El contenido competencial de la Comunidad Autónoma vasca está garantizado por dos vías en la propia Constitución. Por un lado, por el ejercicio del principio dispositivo, a través del que recibe los poderes que le son atribuidos, y por otro, por vía de recuperación de los derechos propios que le son inherentes, y que constituyen el núcleo esencial de los Derechos históricos que ha recuperado por vía constitucional, tratándose, en suma, de una autonomía con garantía reforzada, en cuanto que los derechos recuperados están garantizados no ya por el Estatuto de Autonomía, sino por la Constitución misma, que los ampara y respeta. La tarea de señalar cuáles son esos derechos preexistentes que la Constitución ampara y respeta es una cuestión que supera en mucho a esta reflexión y debe ser labor de la doctrina científica. Es un gran reto. Pero dado que

el Congreso, al que van dirigidas estas líneas, se refiere al Derecho Civil, creo que hay unos principios básicos civiles, propios de la «idea de Derecho», que deben ser objeto de estudio y desarrollo por el Parlamento vasco.

Una última consideración. No se trataría de hacer un Código Civil exclusivo para la Comunidad Vasca, sino el expresar y desarrollar unos principios propios con la esperanza de que un día fueran asumidos por el Código Civil General, y esa esperanza tiene visos de realizarse, pues no podemos olvidar que hoy el Código Civil, a diferencia de lo que se hiciera en el siglo XIX, está asumiendo los planteamientos y principios propios de los llamados Derechos civiles forales.