

EL PACTO CON LA CORONA ¿OCASION PERDIDA U OPCION ABIERTA?

Miguel Herrero de Miñón

Uno de los muchos méritos de Pablo Lucas Verdú es el haber abanderado en el campo del derecho constitucional —incluso cuando fuera discutible la forma en que, en ocasiones, lo hiciera— un pensamiento jurídico no formalista y ello es especialmente meritorio en quien se educó en la tradición de la mejor iuspublicística italiana, depuradora, a su vez, de la germánica. Pablo Lucas conoció a fondo sus categorías, pero el magisterio personal de Mortati y el libresco de Smend le llevaron pronto a profundizar en una concepción substancial de la Constitución¹. De ahí su especial atención a la Corona y al pluralismo como elementos claves de la misma² y, dentro del pluralismo, no sólo el expresado en los derechos fundamentales sino, también, en los Derechos Históricos³.

Por ello, al rendirle merecido homenaje en lugar tan emblemático como es la Universidad de Deusto, me parece tema idóneo hacer luz sobre la Enmienda del Grupo Parlamentario Vasco n.º 689 al Proyecto de Constitución, que tan polémica fue en su día.

¿Se trató de una mera añagaza dialéctica de un nacionalismo irreductible a pautas constitucionales o, por el contrario, se trató de un intento muy serio de cancelar el contencioso vasco abierto en 1839, por no decir en 1812?

¹ A partir de su tesis doctoral en Bolonia (1950) cf. «Concepto substancial de la Constitución» en *Prontuario de Derecho Constitucional*, Granada (Comares), 1966, p. 35.

² Cf. «La Corona, elemento de la Constitución substancial española» en *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid (Univ. Complutense), 1983, p. 223.

³ «Los derechos Históricos como Constitución substancial del pueblo vasco» en *Los Derechos Históricos Vascos II*, Congreso Mundial Vasco, Oñati (IVAP) 1988, pp. 293 y ss.

¿Fue una vía irreversiblemente clausurada por el constituyente de 1978 o es una opción todavía viva?

¿Cuál pudo o puede ser aún su construcción jurídica?

1. La enmienda n.º 689 es cada vez menos tenida en cuenta por los exegetas del sistema de autogobierno vasco, hasta el punto de difuminarse, por ejemplo entre quienes han lanzado a «La Comunidad Vasca una mirada desde la historia»⁴. Y, sin embargo, es claro que está en los orígenes de la tan debatida Disposición Adicional Primera de la Constitución. La magna obra documental de Virginia Tamayo⁵, muestra, pese a su escasa simpatía por el neoforalismo, que la vía foral y la noción de Pacto con la Corona estuvo muy viva durante la transición a la democracia en las más diversas latitudes del espectro político vasco. Los «Derechos Históricos de los Territorios Forales» aparecen en el proceso constituyente como fórmula substitutiva del Pacto con la Corona, inicialmente propuesto por los nacionalistas vascos, hasta el extremo de que su constitucionalización podría resumirse en la expresión, desde el Pacto —que se propuso y no prosperó— al tracto foral —del que el «reconoce y ampara» de la vigente Adicional es residuo—.

Si, como después se ha subrayado hasta la saciedad, el pacto es la esencia de la foralidad⁶, lo que la enmienda n.º 689 pretendió fue la expresa constitucionalización de esta categoría. Categoría cuya formulación se atenúa paulatinamente hasta reducirse a la mención de los Derechos Históricos en forma tal, que debería calificarse de verdadero «compromiso apócrifo»⁷, puesto que los unos ven en ellos el reconocimiento del principio pacticio y otros la garantía unilateral de una especialidad. Esto es, el acuerdo versó sobre las palabras sin mengua del desacuerdo, siempre manifiesto, sobre su significado.

⁴ ARBIAUZA Y VILALLONGA (ed.), *La Comunidad Vasca: Una mirada desde la historia*, Bilbao (UPV) 2000.

⁵ *La autonomía vasca contemporánea. Foralidad y estatutismo 1975-1979*, San Sebastián (IVAP). 1994.

⁶ Cf. AZAOLA, «La foralidad y su actualización en el marco del ordenamiento jurídico vigente (Intento de interpretación)» *Jornadas de estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos*, San Sebastián (UPV), 1986, p. 774. Últimamente la conferencia del profesor de esta Universidad Santiago LARRÁZABAL, «La cultura del pacto en el derecho público vasco a lo largo de su historia» en *Boletín de la Academia de Derecho Vasco*, I, n.º 0, 2003, pp. 37 y ss. Cfr. ARZALLUS, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Comisión de Asuntos Constitucionales)*, de 20 de junio de 1978, p. 3.492-b.

⁷ He desarrollado, a partir de Schmitt, esa categoría en *El Valor de la Constitución*, Barcelona (Crítica) 2003, p. 24.

No es ésta, sin embargo, la ocasión de examinar tales cuestiones, pero sí de esclarecer el significado que tuvo —¿y puede aún tener?— la enmienda vasca.

Su génesis remota la cuenta Michel Unzueta en un texto cuya publicación urge⁸. El año 1976 se celebró el centenario de la Ley Abolitoria de los Fueros por Cánovas del Castillo. Este evento dio lugar a una serie de actos culturales en los que participó activamente la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País. En aquellas reuniones se reencontraron, y la joven generación conoció, a una serie de personalidades que habían vivido e incluso protagonizado las reivindicaciones nacionalistas y vasquistas en general, anteriores a la guerra civil, remontándose, incluso al Mensaje de las Diputaciones Forales de 1917. En dicho mensaje unas Diputaciones claramente españolistas, tras reivindicar la reintegración foral, proponían, como sucedáneo, si aquella resultaba imposible de conseguir, un régimen de amplia autonomía. De ahí, que en las reuniones en que el PNV, tras su exclusión de la Ponencia Constitucional, acordó su estrategia en el proceso constituyente, se propuso una doble vía: el incremento de los niveles de autogobierno previstos en el Título VIII del proyecto y la reivindicación de los Derechos Históricos a incluir en una Disposición Adicional. Técnica ésta de la Adicional al texto constitucional como fórmula de distanciamiento y conexión, a la vez, que ya había sido esbozada aunque nunca concretada, por sectores nacionalistas en conversaciones dentro del equipo demócrata-cristiano en los años de oposición. Pero, al decir de Unzueta, los mantenedores de esta solución, principalmente él mismo y Federico de Zabala, senadores ambos por Vizcaya y Guipúzcoa respectivamente, no obtuvieron éxito inicial en sus propuestas. Sin embargo, Juan Ajuriaguerra forzó esta opción, según Unzueta el día antes de vencer el plazo de la presentación de las enmiendas.

Sin embargo, la génesis próxima de la enmienda n.º 689 la viví yo personalmente y he dejado testimonio escrito de ello⁹. Desde el 20 de enero de 1978 en mi propia casa y en los días sucesivos Ajuriaguerra, acompañado por Arzallus y, en ocasiones, por el propio Unzueta, me propusieron, para que transmitiera al Gobierno, como inmediatamente hice, la reivindicación de los derechos históricos no como horizonte del que la autonomía sería un sucedáneo, sino como fundamento de un futuro Estatuto que se denominaría «Carta Foral». El día 31 de enero

⁸ UNZUETA, *Recuerdos de la Transición* (manuscrito del autor).

⁹ Cf. mis *Memorias de Estío*, Madrid (Temas de Hoy), 1993, p. 160 ss.

Arzallus y yo redactamos lo que sería la enmienda 689 cuyo tenor literal es el siguiente:

«1. Se derogan las leyes de 6 al 9 de septiembre de 1837, 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876, quedando, así mismo, sin efecto cuantas disposiciones resulten incompatibles con la reintegración foral.

2. Se devuelven a las regiones forales de Alava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya sus instituciones y poderes públicos originarios.

3. Se renueva el pacto foral con la Corona, manteniendo el Rey en dichos territorios los títulos y facultades que tradicionalmente hubieran venido ostentando sus antecesores.

4. Las regiones forales mencionadas que así lo decidieran podrán formar un único ámbito territorial, creando, de común acuerdo las instituciones necesarias y conservando cada una de ellas las facultades que les sean propias y considere oportuno reservarse.

5. Hasta que no se establezcan plenamente los órganos forales, el Consejo General Vasco u organismo foral competente ostentará la iniciativa y capacidad necesarias para llevar a cabo la negociación con el Gobierno de la Corona constitutiva de su régimen, funcionamiento y traspaso de facultades, cuyo resultado se someterá a referéndum popular»¹⁰.

A la hora de hacer una exégesis de este texto es preciso abstraer, de todo lo demás, el párrafo tercero al que se ciñen estas páginas. En efecto, el párrafo primero llegó a ser la Disposición Derogatoria única, 2 de la Constitución, que al final vio la luz pese a la oposición de quienes ignoraban el tenor del art. 2 del Código Civil¹¹. El párrafo segundo, interpretado en su contexto, remite a las restauraciones de órganos forales emprendidas por el propio Gobierno con el RD-L 18/1977, de 4 de mayo, y el RD 1.611/1977, de 2 de junio y, más tarde, con la democratización del foralismo navarro. Es claro, a la luz del párrafo quinto de la propia enmienda, que la devolución de los poderes originarios no podía tener más significado que el puramente simbólico, sin perjuicio de lo dicho más adelante sobre la noción de soberanía. Y los párrafos cuarto y quinto respondían a la literalidad de los RRDD-LL 1 y 2/1978, de 4 de enero, y a lo que después fue Transitoria Cuarta de la propia Constitución. Puesto que todo ello, con menor relieve retórico y, en consecuencia, menor eficacia simbólica, terminó prosperando, no parecía ser el obstáculo insalvable para aceptar la Enmienda n.º 689. La mención de Navarra tampoco podía tomarse como obstáculo, como no lo fue ni

¹⁰ Congreso de los Diputados. Proyecto de Ley. Al anteproyecto de Constitución. ENMIENDAS, pp. 274 y ss.

¹¹ Cf. *Diario de Sesiones...*, 21 de julio de 1978, p. 4.586 (Pleno).

en los RR.DD.LL. de 4 de enero, ya citados ni en la Disposición Derogatoria única, 2. La piedra de escándalo fue, sin duda, la idea del Pacto con la Corona.

¿Qué pretendían los nacionalistas vascos con tal propuesta de Pacto? Después de su fracaso y de la ruptura de las negociaciones con el PNV, se ha difundido la idea de que la enmienda vasca y las que la sucedieron eran otros tantos pretextos para no aceptar la Constitución y el propio nacionalismo ha colaborado a esta explicación meramente táctica de sus propuestas. Pero los documentos parlamentarios y paraparlamentarios revelan algo bien distinto¹² y la historia rigurosa sólo puede hacerse sobre ellos y no en juicios de intenciones y recuerdos más o menos inconcretos¹³. De acuerdo con la documentación y atendiendo a la secuencia comprobable de las fechas¹⁴ lo que entonces el nacionalismo vasco pretendió fue la legitimación, de claro anclaje en el imaginario nacionalista de una autonomía estatutaria y proporcionarle una máxima plasticidad en el Pacto con la Corona. La remisión a la historia no descalificaría así el presente al ofrecerse como horizonte permanentemente abierto —paradójicamente según ocurre con la Adicional única del EAPV— sino que lo legitimaría¹⁵. La mención de la Corona supondría la inserción en el Estado. Y la noción de Pacto daba a la fórmula garantías de estabilidad.

Sin embargo, no se entendió así. Se tabuló desde el Gobierno una supuesta oposición militar a la enmienda, nunca concretada ni comprobada, en la que, incluso, algunos dirigentes nacionalistas han terminado creyendo. Los textos del *Diario de Sesiones*, especialmente de los días 5, 8 y 9 de mayo y del 20 de junio de 1978, revelan el diálogo de sordos en que consistieron y consisten todavía las propuestas y rechazos de

¹² Cf. las reiteradas y contundentes manifestaciones de Arzallus en las sesiones de los días 5 y 9 de mayo y 20 de junio, en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso v.gr. *Diario de Sesiones* cit. p. 2.115-b). Por venir de un adversario de Arzallus tiene especial valor el testimonio de Garaikoetxea: «... en vez de apostar por la formulación de propuestas meramente testimoniales... pensamos que podría resultar más inteligente abrir una vía específica para los derechos del pueblo vasco mediante la reintegración o devolución de los derechos históricos forales... la propuesta... tenía virtudes innegables a la hora de hacer política real...» (*Euskadi. La transición inacabada. Memorias políticas*, Barcelona (Planeta) 2002, pp. 57-58).

¹³ V.gr. PECES BARBA, *La democracia en España. Experiencias y Reflexiones*, Barcelona (Temas de Hoy) 1996, p. 173, donde se remite a *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid (CEC), 1980, pp. 159 y ss.

¹⁴ Cf. mis *Memorias de Estío*, cit. pp. 162 y ss. donde se dan fechas y textos.

¹⁵ Sobre el imaginario nacionalista cf. *Diario de Sesiones* cit. pp. 2.065-a y 3.492-b; sobre la exclusión de la provisionalidad que supone la «reserva foral» cf. *Ibid.* p. 2.065-b.

las reivindicaciones nacionalistas. Y los comentaristas no les fueron a la zaga. Se consideró que la noción de hechos y derechos preexistentes a la Constitución era incompatible con la idea de ésta, a la vez que se reconocía la preexistencia de España, de sus nacionalidades y regiones (art. 2), de derechos fundamentales (art. 10), de una dinastía histórica y de sus titulaciones tradicionales (art. 56). Se tildó, en la mejor tradición del autoritarismo de Schmitt, al pacto de quiebra de la unidad estatal. Se descalificó, por arcaizante e irracional, la referencia a la Corona, a la vez que se la reconocía como símbolo estatal (art. 56) investido de lo que Espósito había calificado como «supremacía de posición»¹⁶.

Del Pacto con la Corona no se volvió a hablar y, sin embargo, la noción de «pacto» es la que late bajo la actual adicional primera, si ésta ha de ser instrumento de un verdadero «arreglo» y no expresión retórica de una mera garantía institucional¹⁷.

2. ¿Es incompatible el pacto, inherente a la tradición foral con la Constitución? El análisis jurídico de la propuesta vasca muestra, a mi entender lo contrario. Pacto y Corona tienen, sin duda, una resonancia histórica y una capacidad simbólica que no debiera menospreciarse a la hora de manipular sentimientos; pero, además resultan plenamente compatibles con la Constitución. Hay categorías y éstas son buen ejemplo de ello, que participan, no sucesiva sino simultáneamente, «Del Mito y la Razón», según defendiera entre nosotros García Pelayo, poco antes de convertirse en el más importante «condottiero» de la lucha contra las enmiendas vascas al proyecto constitucional¹⁸. Y la prudencia del político y del jurista que es verdadero jurisprudente les debe llevar a utilizar esta ambivalencia entre el mito y el logos inherente a todo símbolo¹⁹ para servir al «telos» de la Constitución que no es otro que la integración del pluralismo en la libertad. Ahora bien ¿Cómo se puede

¹⁶ Espósito «Capo delio Stato» *Enciclopedia italiana del Diritto*, pp. 226 y ss.

¹⁷ Sobre esta visión ingenua de la Adicional Primera CE cf. mi crítica en *Idea de los Derechos Históricos*, Madrid (Austral), 1991, p. 78. La experiencia canaria me ha confirmado en mi desconfianza hacia esta categoría. La Disposición Adicional Tercera CE puede configurar como una garantía institucional (cf. LÓPEZ AGUILAR, *Estado Autonomico y Hechos Diferenciales* cit. pp. 230 y ss.). Pero la interpretación dada por la STC de 62/2003, de 27 de marzo, en pro de la irrelevancia de la intervención del Parlamento Canario, demuestra la endeblez de la garantía institucional ante el unilateralismo centralista.

¹⁸ *Del Mito y de la Razón en el pensamiento político*, Madrid (Alianza), 1968 p. 30. El texto ulterior es de 1978 en *Obras Completas*, Madrid (CEC) III, p. 3.171.

¹⁹ La teoría del símbolo político está todavía sin hacer y no basta repetir a Cassirer. He tratado de esbozar una aproximación más novedosa en el *El Valor de la Constitución*, cit. pp. 98 y ss.

integrar una actitud eminentemente afectiva, como la que subyace a todo nacionalismo, que reclama reconocimiento de identidad, tanto o más aún que autogobierno, si se parte de negar la viabilidad de la aprensión de los sentimientos mediante los símbolos? ¿Acaso la propia Constitución no recurre a ellos cuando conviene a otros factores de integración (v.gr. art. 56, pero también en los arts. 3 y el 5 entre otros)?

La idea de «pacto» en efecto, es indiscutible pilar del derecho privado; pero no debiera escandalizar en el derecho público de nuestro tiempo. El derecho público puede definirse, siguiendo a Guasp²⁰, como el conjunto de relaciones orgánicas —frente a la inorganicidad propia del derecho privado— articuladas por un principio de jerarquía y al servicio de una meta trascendente. Pero nada de ello empecé, antes al contrario, que en él se recurra a fórmulas pacticias. La adhesión a la meta trascendente, la sumisión a la jerarquía que implica la organicidad, pueden ser y de hecho son, frecuentemente, fruto de una «entrega voluntaria». Así es claro que el pacto constituye la base del Derecho Internacional; pero cada vez aparece más en el derecho interno de donde fue expulsado por la mítica noción de soberanía y de su paradigmática manifestación, la ley como expresión de la voluntad general. En efecto, lo que Carré de Malberg²¹ denominó el «Estado legal» no admite pactos en su seno. Los pactos, dirá Schmitt, y reiterarán, sin duda con menor brío intelectual, muchos constituyentes españoles, desgarran la unidad estatal²². La experiencia, sin embargo, muestra lo contrario y, en consecuencia, los dogmas que no sirven para explicar la realidad están ineluctablemente avocados a ser substituidos por categorías más útiles a la hora de dar cuenta de ella. En el campo del derecho procesal, esto es, aquella rama del derecho público orientada a la satisfacción de pretensiones, emergen, cada vez con mayor fuerza, las instituciones y procedimientos arbitrales y paraarbitrales. En el derecho administrativo, el desarrollo del fomento y de las técnicas concesionales han llevado hasta la administración concertada cuya naturaleza es objeto de profundas discusiones doctrinales, pero que indudablemente supone una concertación de voluntades entre la administración y los administrados cualesquiera que sea la calificación que se haga de ésta, y cada vez se presta mayor y mejor atención a las fórmulas convencionales de terminación de los procedimientos, incluidos los recursos. Y en cuanto a

²⁰ Cf. GUASP, *Derecho*, Madrid, 1971, p. 459

²¹ CARRÉ DE MALBERG, *Theorie Generale de l'Etat*, Paris, 1923.

²² SCHMITT, *Teoría de la Constitución* trad. esp. Madrid (*Revista de Derecho Privado*), 1934, pp. 69 y ss.

lo que se estima núcleo del derecho público, el constitucional, la naturaleza paccionada del régimen navarro, afirmada por generaciones de foralistas, terminó siendo recibida formalmente en la LORAFNA de 1983.

Es este último extremo el que resulta de valor paradigmático puesto que supone la admisión de la categoría, antes vitanda, de «ley paccionada»²³, sin perjuicio de que la ley-pacto haya sido en la práctica un instrumento usual en el derecho administrativo de los dos últimos siglos para el otorgamiento de concesiones administrativas²⁴. En efecto, la concepción clásica de la ley la supone fruto de una voluntad unilateral e incondicionada, sea la del príncipe, sea la «voluntad general», de la cual la ley se dice es expresión. Pero ello es tan manifiestamente irreal que, desde antiguo, se distingue entre la ley formal que recibe su fuerza normativa de esta voluntad, sea la sanción real bajo el Principio Monárquico, sea la aprobación directa o indirecta del pueblo en democracia, y el contenido material de la ley. Una distinción mantenida por todos los defensores del unilateralismo del legislador, pero que, cuando atiende al contenido de la ley, no puede dejar de repetir la vieja expresión romana que Bracton popularizó en Occidente: «Lex est communis reipublicae sponsio»²⁵. La ley es un pacto y en una democracia pluralista, es decir, policrática, con mucha más razón. El reconocer que se pacta el contenido, pero que su fuerza normativa procede de una voluntad externa a quienes pactan es una mera falacia que un mínimo realismo jurídico no debería poder admitir.

Los juristas enfrentados al pactismo navarro estaban dispuestos a reconocer que el régimen del antiguo Reino había sido acordado y no podía cambiarse sin nuevo acuerdo, pero ponían énfasis en la afirmación que la fuerza normativa de la Ley de 1841 provenía de la decisión soberana de las Cortes con el Rey²⁶ y otro tanto dice la doctrina del Tribunal Constitucional. Se reconoce que el contenido es fruto de un acuerdo de voluntades, pero se sigue afirmando que su fuerza de obligar, que por ley sólo puede producirse merced a dicho acuerdo, procede de la voluntad unilateral del legislador estatal²⁷. Sin embargo,

²³ V.gr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid (Civitas) 1.ª ed. 1974, pp. 102 y ss. En las siguientes ediciones se ha suprimido significativamente el párrafo.

²⁴ Es clásico el planteamiento de G. JEZE, *Principes Généreaux de droit Administratif*, París. 1914 (desarrollado en 2.ª ed. 1925).

²⁵ Cf. MELLWAIN, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Ithaca, 1947.

²⁶ Cf. los testimonios recogidos por LOPERENA en *Aproximación al régimen foral de Navarra*, Oñati, 1984, pp. 49 y ss.

²⁷ Así la S. 179/1989 relativa al Convenio Económico con Navarra. Mucho más realista el T.S. en S. de 28 de octubre de 1995 (cf. Razquin en *Revista Vasca de Administración Pública*, 46 (1996), p. 323).

como señala un ilustre adversario de la noción de pacto, García de Enterría, «los eximios foralistas navarros... han sabido mantener con extraordinaria tenacidad y han concluido por hacer valer de alguna forma en la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra de 1982 su concepción sobre los derechos forales... el fuero sería, pues, el pacto, un sistema consociacional que exige unanimidad de las partes»²⁸. En efecto, la LORAFNA, siguiendo la corriente doctrinal que arranca de José Alonso y llega a Juan Cruz Alli, en nuestros días²⁹, afirma reiteradamente el carácter paccionado del régimen foral y es esa concepción la que, primero el R.D. 121/1979, de 26 de enero, sobre reordenación de las instituciones forales, y, después y de forma contundente, la LORAFNA hace explícita. Se trata, como ha señalado lúcidamente Juan Alfonso Santamaría³⁰, de la recepción, por vía de convención constitucional, de una categoría doctrinal.

Ahora bien, si el pacto es moneda de uso corriente en nuestro derecho público e incluso se consagra en el vigente bloque de constitucionalidad del cual la LORAFNA es parte, no puede calificarse como noción incompatible con la Constitución. Y si, con razón, se reduce el contenido del fuero a esta concepción formal «que se limita a reclamar una negociación y un acuerdo entre las partes para toda decisión que altere el *statu quo*, sin prejuzgar ningún contenido material para ese necesario acuerdo»³¹, tampoco cabe excluir *a priori* ningún posible contenido a pactar. Lo que en su día denominé el paradigma navarro de los derechos históricos³² no consiste en contenido competencial alguno, sino en esas nociones, más formales que materiales, que la LORAFNA convierte en derecho positivo: el carácter originario de los derechos históricos (art. 2), la noción de pacto (art. 39,1,a/, y 64, a la luz del preámbulo) y la consiguiente inderogabilidad e interpretación unilateral de lo pactado (art. 71).

Pero en eso y no en otra cosa radicaba el sentido de la enmienda 689 de Adicional a la Constitución. El portavoz nacionalista Xabier Arzallus

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA en «Introducción» a J.I. DEL BURGO, *Introducción al Amejoramiento del Fuero (Los derechos Históricos de Navarra)*, Pamplona, 1987, p. 13 (una obra fundamental en el planteamiento moderno del pactismo navarro).

²⁹ ALONSO, *Recopilación y comentarios de los Fueros y leyes de Navarra*, Pamplona 1848 (reed., Pamplona 1964). ALLI, *Navarra, comunidad política diferenciada*, Pamplona, 1999.

³⁰ SANTAMARÍA PASTOR en MARTÍN RETORTILLO (ed.), *Derecho Público Foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Madrid, 1992, p. 49.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Introducción», cit. p. 15.

³² Vd. mi obra *Derechos Históricos y Constitución*, Madrid (Taurus), 1998, pp. 295 y ss.

lo dejó muy claro en el Congreso de los Diputados: «Somos perfectamente conscientes de que la idea de pacto produce en muchos algo así como si aquí viniéramos a discutir de tú a tú con el Estado un determinado territorio. Y sin embargo, no es así. Es simplemente la afirmación de que el Estado, el Reino, se formó de una manera determinada. Esa manera determinada que realmente daba satisfacción por lo menos a esos ámbitos del país que se vieron distorsionados unilateralmente, esa manera de integración ha de ser reproducida para que efectivamente el Estado..., a través de una fórmula de siglos, pueda encontrar un acmodo, una integración consensuada y pacífica»³³.

En resumen, el famoso pacto suponía dos cosas. Por una parte, la voluntariedad de la integración y a esa voluntariedad se reduce la soberanía originaria. El pacto, versión plástica de la «entrega voluntaria» es el símbolo de ese carácter originario del propio derecho. Por otra parte, la bilateralidad de una relación cuya inderogabilidad singular es prenda de estabilidad.

Esa y no otra fue la esencia de la interpretación nacionalista de la foralidad y ésta era la versión que de ella daban los viejos foralistas. No se trata de valorar su veracidad histórica basada, en gran medida, en los denominados «mitos historiográficos»³⁴, sino en «comprender» —y también en la aplicación al caso de esta categoría es importante la aportación doctrinal de Lucas Verdú³⁵— lo que dicha interpretación supone para un nacionalismo que, desde aquel lejano 1978, no deja de incrementar su apoyo electoral y, en consecuencia, de la necesidad de asumirla si se pretende que la Constitución sea capaz de integrarlo.

¿En qué medida —se dirá— esa reclamación de una soberanía originaria, en la que los nacionalistas no dejan de insistir al hilo de su enmienda³⁶ es compatible con la soberanía del pueblo español proclamada en la Constitución (art. 1,2 CE)?

Si la soberanía se toma en una acepción jurídica, esto es como «potestas», ya sea «summa» en una acepción clásica, ya sea como competencia de la propia competencia, ya como haz de potestades, la respuesta debe matizarse. La primera nadie la mantiene ya. En cuanto a la tercera, la práctica de la transferencia de las competencias exclusivas del Estado demuestra que no hay un núcleo irreductible de compe-

³³ *Diario de Sesiones* cit. pp. 3.494-a y ss.

³⁴ Cf. MAÑARICUA, *Historiografía de Vizcaya (desde Lope García de Salazar a Labayru)*, Bilbao, 2.ª ed. 1973.

³⁵ Cf. LUCAS VERDÚ en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 75 (1992), p. 215.

³⁶ Cf. *Diario de Sesiones*, cit. p. 3.492.

tencias protegido por la categoría de «soberanía» que el art. 1,2 CE atribuye al pueblo³⁷. La segunda acepción, única hoy mantenible, en la medida en que la competencia sobre la propia competencia se encuentra limitada por un pacto que exige el acuerdo de las partes para su aplicación y más aún para su modificación, hace de tal competencia una cocompetencia que debería denominarse cosoberanía. Tal es la interpretación hoy aceptada del pactismo navarro que nada impediría extender al caso vasco³⁸.

Un poder constituyente originario, pero autolimitado por un pacto, lo único que excluye es la decisión unilateral de una de las partes. Sin embargo, de esta noción de soberanía originaria puede deducirse la pretensión a radicar en su titular los poderes residuales, esto es, aquellos no expresamente atribuidos al Estado. Ello supondría exceptuar a la o las Comunidades Autónomas en cuestión, de las previsiones del art. 149,3 CE que atribuye al Estado las competencias no expresamente asumidas en los Estatutos de Autonomía, algo incluso hoy técnicamente posible según como se interprete la expresión «en el marco de la Constitución» de la versión vigente de la Adicional Primera³⁹. Pero que, además, en la práctica tan solo supone actualizar lo que el propio art. 149,3, primer inciso, y 150,2 CA contienen en potencia. ¿Es lógico hacer barrera insuperable de inconstitucionalidad de lo que, en realidad, es una posibilidad prevista en la Constitución cuando se habla, sin escándalo de nadie, de la subsidiaridad como «principio emergente» de alcance general?⁴⁰

Si, por el contrario, la soberanía se toma en una acepción estrictamente política, a la altura de nuestro tiempo sólo puede querer decir «identidad» del propio cuerpo político y garantía de la misma⁴¹. De ahí que las reivindicaciones soberanistas no puedan identificarse con las reivindicaciones independentistas. Y es claro que, compartida o no

³⁷ Cf. mi trabajo «La Soberanía en la Constitución: veinticinco años después» en *Ars Pacis. Homenaje al Pfr. González Campos* (en prensa).

³⁸ Así lo he desarrollado en *Derechos Históricos y Constitución* cit. pp. 308 y ss. Es bizantina la discusión sobre si el límite es paraconstitucional (del Burgo) o constitucional (Loperena) salvo que esto último se entienda como poder incondicionado del constituyente.

³⁹ *Derechos Históricos y Constitución*, cit. pp. 283 y ss. Esta es la concepción de la subsidiaridad propia del nacionalismo vasco (cf. el texto citado infra en nota 52).

⁴⁰ Así lo propuse en *El valor de la Constitución*, cit. p. 332. Cf. el libro de BANDRÉS, *El principio de subsidiaridad y la Administración local*, Madrid (*Civitas*) 1999 y mis reservas en *El Valor de la Constitución* cit. pp. 281 y ss.

⁴¹ Sobre la actualidad del planteamiento cf. las contribuciones de VON BOGDANDY, KO-RIOTH y PITCHAS en *VVDStRL* t. 62 (2002).

con la identidad española, es evidente que existe, en el imaginario de la mayoría de los vascos una identidad vasca como pueblo diferente, con personalidad política propia. ¿Como negarlo?

3. ¿Y porqué el Pacto se pretendió hacerlo con la Corona? ¿Suponía tal pretensión, como se ha repetido una y otra vez, la negación del Estado? Antes al contrario, implicaba su afirmación en términos gratos al imaginario nacionalista, que no debieran haber repugnado a las instituciones y fuerzas tenidas por conservadoras, si su idea de España fuera un poco más allá de la figura, muy respetable ciertamente, del Duque de Ahumada, y, a la vez, plenamente compatibles con la Constitución y, por lo tanto, asumibles por sus entusiastas. Si la Constitución ha de ser instrumento de integración hay que extraer de ella cuantas posibilidades pueda ofrecer de integrar a propios y extraños.

Arzallus en el texto citado lo explicó claramente: «el Estado —y otra vez el Reino, puesto que estamos en Monarquía—... pueda encontrar un acomodo, una integración consensuada y pacífica».

Porque, en efecto, si «estamos en Monarquía» —en la acepción que al «estar en» ha tematizado ampliamente el propio Lucas Verdú— si la Monarquía es de veras «la forma política del Estado» y no como se ha pretendido una mera configuración de la Jefatura del mismo⁴², la Corona es el símbolo del Estado, de su unidad y continuidad, y también *politerritorialidad*, dando a las fórmulas del art. 56,1 y 56,2 CE todo su valor existencial.

De un lado, no sólo la Corona es el órgano supremo del Estado no en términos de poder, pero sí «de posición», como ocurre con toda Jefatura del Estado parlamentario a través del derecho y la práctica comparados, sino que significa aquello que trasciende a la accidentalidad de los gobiernos inherente a la democracia y a la inevitabilidad de la parcialidad de los partidos. La Corona expresa lo permanente y general

⁴² LUCAS VERDÚ ha desarrollado una «teoría preposicional de la Constitución» (*La Constitución en la encrucijada*, Madrid (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), 1994, pp. 31 y ss.) seguida por J. Caño para la interpretación del Estatuto de Autonomía y que destaca la profundida existencial de «estar en» una institución. El 9 de mayo de 1978 decía Arzallus en la Comisión de Asuntos Constitucionales: «... cuando se introduce un régimen monárquico, si esta Monarquía es simplemente la figurita decorativa de un pastel que a la hora de comerlo se deja a un lado, eso ni es Monarquía ni es nada» (*Diario de Sesiones*, cit. p. 2.115-a). Cf. mi trabajo «Monarquía: Historia de una palabra en el constitucionalismo español» en *Homenaje al Pfr. Pérez Prendes*, (en prensa). Un ejemplo de banalización de la institución en CARRERAS, «El significado constitucional de la Monarquía parlamentaria» en TUSSEL, LARIO, PORTERO (eds.) *La Corona en la Historia de España*, Madrid (Biblioteca Nueva), 2003, pp. 216 y ss.

del Estado y, por ello, el Pacto con tal institución supone que no se pacta sólo con un gobierno o fuerza política, sin perjuicio de que sea el Gobierno quien refrende y asuma la responsabilidad de cualquier pacto como de todo acto de la Corona. «Efectivamente —decía Arzallus en el debate constituyente— cuando yo hablo de pacto con la Corona no estoy hablando de un trato directo con Su Majestad el Rey, con el que lleguemos a un arreglo de cómo solucionar las aspiraciones vascas.... He enunciado el hecho de que cuando se restaura una Monarquía, esta Monarquía puede ser perfectamente, sin que gobierne y sin que, por tanto, ostente, ni mucho menos, el poder absoluto de los reyes, sí que pueda ser con sus funciones arbitrales y representativas del gobierno, representativa, también de una estructura íntima e interna de ese Estado»⁴³.

Pero el Pacto con la Corona no es un pacto *con* el Estado, sino *en* el Estado cuya unidad e integridad el nacionalismo reconoció reiteradamente en el debate constituyente al explicar la enmienda 689⁴⁴ y al que pretendió reservar unas competencias esenciales e intransferibles, frente a lo que después ha ocurrido con la práctica y la interpretación jurisprudencial de las supuestas competencias exclusivas del art. 149,1 CE⁴⁵. Se trata, pues, de un pacto interno y no, como han pretendido tantos foralistas navarros de cuyo españolismo jamás se ha dudado, de un pacto externo sobre las pautas de un tratado internacional⁴⁶. Como en el caso navarro, se trataría de un Pacto de Estado no «inter partes» sino «supra partes», lo cual no obsta al pleno reconocimiento, como «anexa pars» —el otrora «Reino de por sí»— de un cuerpo político diferenciado. Precisamente, en la ambigüedad de la solución que, de hecho integra, pero permite diferentes interpretaciones según la sensibilidad política del intérprete, radica su mayor virtud.

De otro lado, en España, hasta el siglo XVIII, la Corona y lo mismo puede decirse de la Monarquía, cuya dimensión histórica es indeclinable en el más racionalizado de los sistemas, no expresó solamente una institucionalización del poder, sino también la unidad plural de un cuerpo político y del correspondiente ámbito espacial. José María Jover

⁴³ *Diario de Sesiones*, cit. p. 245-a.

⁴⁴ *Ibid.* pp. 2.063-b y ss.; 2.115-b; «...su solución nos ayudaría a la consolidación de la democracia, a esta formación solidaria de un Estado que, por supuesto es uno y que todos aceptamos» (p. 3.495-a) y p. 4.549 (pleno).

⁴⁵ Cf. *Diario de Sesiones*, cit. p. 2.066-a (Comisión de 5 de mayo) y p. 4.549 (Pleno de 21 de julio).

⁴⁶ V.gr. S. OLAVE en *Temas Forales*, Pamplona (Biblioteca de Derecho Foral), 1966 o Aldea. *Divulgación de los Fueros de Navarra*, Pamplona, 1971.

y, más tarde, José Antonio Maravall⁴⁷ lo han demostrado con su habitual erudición. Después, bajo la nueva dinastía, la Monarquía como forma de gobierno eclipsó la idea de Monarquía como estructura del Estado, algo que, sin embargo, siguió vivo en los territorios vascos⁴⁸. Una y otra categoría, Monarquía y Corona, expresaban la articulación, en una entidad dotada de instituciones comunes, de diferentes cuerpos políticos con personalidad propia e infungible. El art. 56,2 CE guarda las huellas de esta concepción⁴⁹, plenamente compatible con la parlamentarización de la Monarquía, según revela el constitucionalismo británico y que la enmienda 689 hubiera permitido rescatar al servicio de una España, grande porque en ella caben naciones diversas. El art. 1,3 CE recibiría, así, todo su sentido porque la «forma política del Estado» es algo más que la configuración de la Jefatura del mismo.

Los nacionalistas dejaron claro tales extremos en el debate constituyente. Primero, la politerritorialidad: «el valor especial y específico de la Corona en este momento es el constituir, precisamente, el punto de confluencia y el lazo de unión de pueblos libres que se autolimitan su soberanía, cediendo aquella parte que consideran necesaria para potenciarse a sí mismos en la unión y solidaridad de los demás»⁵⁰. Segundo, como quedó expuesto más atrás, el carácter representativo y simbólico y en manera alguna gubernamental de su concepción de la Corona. Tercero, la plurinacionalidad subyacente: «perseguimos la defensa del ser y de los derechos de una nacionalidad concreta que forma parte... del Reino»⁵¹. Foralidad y principio de las nacionalidades; unidad de la Corona y unicidad del Estado son categorías que coinciden en el planteamiento nacionalista durante las Constituyentes. «Fue la necesidad y el

⁴⁷ JOVER, «Sobre los conceptos de Monarquía y nación en el pensamiento político español del siglo XVII» *Cuadernos de Historia de España*, 1950, p. 138, y MARAVALL, *Estudios de Historia del Pensamiento Español*, Madrid (ICI), Primera Serie. *Edad Media*, 1983, pp. 65 y ss. Segunda Serie. *La época del Renacimiento*, 1984, pp. 447 y ss. Esta concepción española de la Monarquía contrasta con la francesa (cf. DIEZ DEL CORRAL, *La Monarquía Hispánica en el pensamiento político europeo*, Madrid, 1975, pp. 88-89 y 538), y por eso parece ajena a la nueva dinastía borbónica; pero se conoce muy bien en Europa central y oriental, v.gr. Corona de San Wenceslao formada por los territorios de Bohemia, Silesia y Moravia o Corona de San Esteban (cf. GARCÍA PELAYO, *Del Mito...* cit. p. 38 y la bibliografía allí citada).

⁴⁸ Un testimonio autorizado de la pervivencia de esta concepción es el de PORTILLO, *Monarquía y Gobierno Provincial. Poder y Constitución en las provincias vascas (1760-1808)*, Madrid (CEC), 1991.

⁴⁹ Cf. GARCÍA MERCADAL, *Los títulos y la heráldica de los Reyes de España*, Barcelona (Bosch), 1995.

⁵⁰ *Diario de Sesiones*, cit. p. 2.065-b. Cf. p. 1.298.

⁵¹ *Ibid.* pp. 2.063-b y 2.064-a.

deseo de conservar nuestra identidad... la que nos llevó a llamarnos Nación... Si el sistema político foral no impidió la integración en la Corona, tampoco el principio de las nacionalidades se opone a la convivencia plurinacional en una unidad superior»⁵². Por ello, el pacto con la Corona de un determinado cuerpo político no se opone ni a otras situaciones histórico-forales y es plenamente articulable, tanto con un Estado unitario, del que el cuerpo en cuestión sería «anexa pars», ni a un federalismo asimétrico⁵³.

Así era, a la altura de su tiempo, España hasta que Felipe V tomó como botín de su victoria en un conflicto civil, las libertades de las «España Vencidas»⁵⁴ y los conflictos civiles del siglo XIX añadieron los fueros vascos —la libertad antigua de España en expresión de Cánovas— a la nómina de los vencidos. La restauración democrática y monárquica que llevó a cabo la Constitución de 1978 no estará completa ni consolidada mientras no sea capaz de integrar, mediante pacto, unas España plenas.

La historia juzgará a quienes entonces, como ahora, frustran tal plenitud.

⁵² *Ibid.* p. 2.064-a.

⁵³ *Diario de Sesiones*, cit. p. 3.492.

⁵⁴ Cf. LLUCH, *Las España vencidas del siglo XVII. Claoscuros de la Ilustración*, Barcelona (Crítica) 1999.