

DERECHO HISTÓRICO FRENTE AL NUEVO DERECHO NATURAL (CONSTITUCIONALISMO Y FORALIDAD)

Zuzenbide Historikoa Zuzenbide Naturala berriaren aurka
(Konstituzionalismo eta Foralitatea)

Historical Law against the new Natural Law
(Constitutionalism and Basque autonomous Law)

Miguel HERRERO DE MIÑÓN
Consejo de Estado

Fecha de recepción / Jasotze-data: 17-04-2012

Fecha de aceptación / Onartze-data: 13-05-2012

La Constitución, obra de la razón, por mucho que su *Discurso Preliminar* invoque precedentes históricos, hace tabla rasa de lo que la historia había acuñado: diferentes normas civiles, diferentes circunscripciones administrativas y judiciales, diferentes instituciones y magistraturas, diversas maneras de proceder a su colación, y no pretendo al señalarlo hacer juicio alguno de valor. Se considere mejor o peor la planta gaditana que la del Antiguo Régimen, lo que ahora importa destacar es que ésta era resultado del acarreo histórico de una experiencia secular y que aquella fue racionalmente diseñada para configurar una nueva forma de vida ciudadana, si bien las circunstancias políticas dilataron en el tiempo la efectiva vigencia de los principios constitucionales.

Palabras clave: Constitución de la monarquía española de 1812. Ley de 25 de octubre de 1839. Ley de 21 de julio de 1876. Constitución española de 1978. Derechos históricos. Derecho Natural. Foralidad. Escuela Histórica del Derecho.



Konstituzioa, arrazoiaren lana, bere Atariko Diskurtsoak aurrekari historikoak aipatzen baditu ere, historiak ezarri zuenarekin erabat apurtzen du: arau zibil desberdinak, epailearen barruti administratibo desberdinak, erakunde eta magistratura desberdinak, bere kolazioari ekiteko modu desberdinak, eta hura seinalatzerakoan ez dut baliozko iritzirik eman nahi. Kadizko Konstituzioaren oina Antzinako Erregimenarena baino hobea ala txarragoa har dadilarik, orain nabarmenduko dugu Antzinako erregimenarena mendetako esperientziako historiaren ondorioa zela eta Kadizkoa ordea, hiritarren bizitza berria arrazionalki diseinatzeko konfiguraturuta zegoela, zirkunstantzia politikoek printzipio konstituzionalen iraunaldi eraginkorra denboran luzatu arren.

Giltza hitzak: 1812ko Espainiar monarkiaren Konstituzioa. 1839ko urriaren 25eko legea. 1876ko uztailaren 21eko legea. 1978ko Espainiako Konstituzioa. Eskubide Historikoak. Zuzenbide Naturala. Foralitatea. Zuzenbidearen Eskola Historikoa.



Although its preliminary discourse invokes historical precedents, Constitution (work of reasoning) breaks with historical singularities: different civil rules, different administrative and judicial districts, different institutions and courts, various ways to proceed with its collation, and I do not pretend to make any value judgment. The text of the Constitution of Cadiz can be better or worse than the Old Regime, but what now matters to highlight is that this was a result of the historical movement of a secular experience and that it was rationally designed

to set up a new way of life, although the political circumstances in time extended the effective application of the constitutional principles.

Key words: Constitution of the Spanish monarchy of 1812. Law of 25 October 1839. Law of 21 July 1876. Spanish Constitution of 1978. Historical rights. Natural Law. Basque autonomous Law. Historical School of Law.

No soy un historiador. Por eso agradezco muy mucho el honor que se rehace invitándome a participar, incluso en lo que debiera haber sido su lección inaugural, en un prestigioso seminario de historiadores. Soy un jurista, eso sí, que trata de seguir las huellas de la Escuela Histórica. Esa, al decir de Ortega «formidable falange» cuya obra es «el primer enfrente de la conciencia científica con una extraña forma o región de la realidad hasta entonces inadvertida: la realidad que es la vida humana»¹ o, en palabras encomiásticas del propio Kelsen, «parte del gran movimiento científico social [...] que aspiraba [...] a constituir una teoría de la sociedad real y del derecho positivo»². Esa Escuela que, sin embargo, este Sr. García Pelayo³, en un artículo que los recopiladores de sus obras completas debieran haber tenido la caridad de olvidar, identifica con el mero tradicionalismo reaccionario. Esa Escuela cuya concepción del derecho creo que es hora no solo de rentabilizar en la ocasión que nos ocupa, sino de rehabilitar para reconstruir una teoría realista del derecho y del Estado a la altura de nuestro tiempo.

Los planteamientos de la Escuela Histórica vienen como anillo al dedo para abordar el tema de esta conferencia. Pero, para que dicho planteamiento sea sistemático y no ocasional, riguroso y no superficial, es preciso desempolvar y poner a punto sus viejos métodos que el tiempo no ha dejado de cubrir con su inevitable herrumbre.

Por una parte, lo que cabe denominar la paradoja de las categorías. Esto es, el exceso de categorías dogmáticas a que la Escuela Histórica dio lugar, como a continuación señalaré, y la simultánea carencia, propia del historicismo, de lo que, de forma algo redundante, Ortega denominó «categorías históricas». Estas han de ser suficientemente plásticas como para dar cuenta exacta de la experiencia a partir de la cual debieran ser construidas. Aquellas se rigidifican y tienden a tornarse normativas de la vida jurídica negándose a reconocer lo que no responde a sus propios parámetros. En lugar de dar cuenta de la vida real, pretenden sustituir sus propios esquemas conceptuales a la realidad vital. De manera que no la explican, no dan cuenta de ella, sino que la deforman en un

¹ ORTEGA Y GASSET, José, *Obras completas*, vol. V, Madrid: Editorial Taurus; Santillana Ediciones Generales; Fundación José Ortega y Gasset, 2006, p. 233.

² KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Madrid: Labor, 1934 (Prólogo).

³ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Obras completas*, vol. III, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 3.171; *cf.* ORTEGA Y GASSET, José, *Obras completas*, vol. V, *op. cit.*, p. 10.

lecho de Procusto, por académico no menos torturante. De otro lado, la falta, ya denunciada por Hegel, de una fundamentación filosófica.

Trataré de contribuir a remediar una y otra deficiencia en las páginas que siguen, tanto para iluminar mejor el objeto de mi disertación, como para reabrir los caminos a una Razón Vital del Derecho aun por construir. No se extrañen por eso de que prescinda del detalle erudito y me esfuerce en esbozar una Teoría General, de manara que el dato concreto solo se trae a colación par ilustrar la categoría y ello por dos razones. De una parte, creo que el conflicto político que jurídicamente expresó y aun expresa la «cuestión foral» es ejemplo máximo, en el sentido husserliano del término, del conflicto entre racionalismo y positivismo historicista; es decir tiene un valor paradigmático en un debate que excede con mucho el caso concreto. Por ello mismo, y esta es la segunda razón atrás aludida, la cuestión foral y el conflicto político que tras ella subyace solo puede llegar a resolverse desde una perspectiva general. Esto es, desde una Teoría del Estado que no considere la foralidad como excepción, ya sea para rechazarla, ya sea, incluso, para aceptarla como tal anomalía –para «conllevarla»–, sino que en sí misma justifique la foralidad.

Para ello partiré, en primer lugar, de tipificar ambas formas del pensar –y del hacer– jurídico; mostraré después la proyección de ambos tipos sobre el problema foral; y señalaré, en fin, cuál sería la solución que una Escuela Histórica, a la altura de nuestro tiempo, propondría al efecto.

1. En cuanto a lo primero, el título de mi intervención parece encajar en los principios fundamentales de la Escuela Histórica. Uno de sus mas brillante y tardíos exponentes, Bachofen, reiterando la antítesis planteada por Savigny en 1815 en el frontispicio de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, los sintetizaba así en una famosa lección magistral pronunciada en Basilea en 1841:

La historia de todas las ciencias nos muestra una división de la parte reflexiva de la humanidad en dos partidos principales cuyas distintas concepciones se han combatido siempre y es seguro que nunca dejaran de hostigarse. Uno de ellos se considera así mismo como la única fuente de todo conocimiento y en todas sus creaciones apela a la propia razón como juez supremo y la única autoridad [...] los otros, con menos fantasía y menor arrogancia, no adoran ningún ídolo creado por ellos mismos, no convierten a su razón en su divinidad, sino que se sirven de ella tan solo como instrumento para el conocimiento de lo que ha creado la razón de toda la humanidad y el esfuerzo conjunto de todos los siglos [...]. Aquellos se figuran ser los defensores de la independencia y la dignidad del espíritu humano y maestros de la verdadera filosofía; estos, con menos ambición pero mayor esfuerzo, no apartan su vista de lo dado, no se burlan ni se lamentan de ello, sino que tratan de comprenderlo.

Y, tras este planteamiento general, continúa:

En ninguna rama del saber humano se ha desarrollado de manera tan evidente esta diversidad espiritual y en ninguna ha llevado a oposiciones tan tajantes como en la ciencia del derecho [...]. Los juristas filósofos tratan de extraer de las ideas insertas en ellos un sedicente derecho natural absolutamente perfecto, valido por igual para todas las zonas y todos los tiempos. Con una sonrisa y elegante desprecio contemplan todo lo que la historia ha creado; a los empíricos los consideran como a servidores cuyo cometido es procurarles todo el material positivo que se compadece con sus teorías a priori y desaparecer enseguida con aquel resto que no es susceptible de adaptarse a ellas. Para el empírico, por el contrario, la razón es la luz con la que trata de indagar los secretos de lo creado por la historia. Su escenario es la vida y su cometido el conocimiento del espíritu de las instituciones jurídicas. Para el empírico no hay en el derecho ni en ninguna de las otras manifestaciones del espíritu humano ni la absoluta perfección ni un comienzo radical y primario: todo es desarrollo sucesivo, todo un devenir ininterrumpido, todo se concatena en una sucesión natural formando una cadena cuyo último eslabón, como en la celebre alegoría poética, esta fijado en el escabel de Júpiter⁴.

Es claro que la noción de derecho histórico que trato de oponer a un derecho supuestamente racional corresponde a la visión historicista y que lo que he llamado derecho racional se me ofrece como un nuevo derecho natural ¿Pero acaso los racionalistas de hoy cuyo normativismo es plenamente positivista pueden considerarse neoiusnaturalistas? ¿No han abominado una y otra vez del derecho natural e incluso han intentado positivizarlo, para no tener que invocarlo, a través de la noción de valores superiores como demuestra el art. 1,1 de nuestra Constitución? Yo más bien los calificaría, utilizando la terminología de González Vicen, de criptoiusnaturalistas por lo que, parafraseando un título famoso, podría denominarse «El recurrente problema del Derecho Natural». Esto es, de un hipotético derecho que no se da en la vida sino sobre la vida, porque pretende regularla a partir de una razón caracterizada por tres rasgos: universalidad, generalidad y normatividad.

Se trata de una razón universal tanto por su origen –Dios o la naturaleza– como por su alcance, pues todo lo abarca al reducirlo a la unidad, esto es al sistema que es la unidad de la pluralidad. Por eso, la razón universal es sistemática y, en consecuencia, por universal y sistemática, generalizadora. Contempla los objetos no atendiendo a la individualidad de cada uno de ellos, esto es a su realidad, sino a lo que tienen de general y, por lo tanto los iguala, aun a costa de su realidad. En consecuencia, esa razón es normativa, porque no acepta las

⁴ BACHOFEN, Johann Jakob, *El Derecho natural y el Derecho Histórico*, trad. esp. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, pp. 37-38.

cosas como son, sino que les impone su propia estructura racional. La rotunda expresión de Spinoza –el orden y conexión de las ideas es el mismo que el orden y conexión de las cosas– que pudiera pasar por ingenuo realismo, lo que en verdad revela es el imperialismo racionalista, porque la coincidencia de órdenes y conexiones ideales y reales resulta no de ver los objetos como en realidad cada uno es, sino de imponerles cómo deben de ser. No es el entendimiento el que ha de regirse por el objeto, sino el objeto por el entendimiento, diría Kant una generación después.

Lo que Ortega consideró *El tema de nuestro tiempo*, el tema de todos los tiempos, ha sido la rebelión de la realidad vital contra esta razón racionante, abstracta y normativa que, cien veces expulsada hacia «el abismo de la nada», resurge de sus cenizas tratando de sustituir el árbol verde la vida por una teoría siempre gris y siempre imperialista.

La historia del derecho moderno ofrece, cuando menos, tres ejemplos paradigmáticos de ello. Traerlos a colación es recurrir al fecundo concepto metodológico de «gemelización». El primero es la suerte corrida por el *Usus Modernus Pandectarum*, título de la obra clave de Samuel Stryk, que supuso en sus comienzos un intento de apreciación realista de la recepción del derecho romano en Alemania como *mores hodiernae* de la práctica judicial. Pero esta «vuelta a las cosas mismas», «*avant la lettre*», terminó derivando hacia una hipervalorización de las categorías así gestadas hasta considerar el derecho de Pandectas como el derecho natural por excelencia y sirvió de fecundo mantillo al iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, capaz de idear la mejor de las Constituciones o el más perfecto de los Códigos al margen de la sociedad a la que estaban destinados y de deducir racionalmente el número conveniente de representantes de una asamblea local o la naturaleza de la anticresis.

El segundo ejemplo lo ofrece el devenir de la misma Escuela Histórica surgida, dirá el propio Kelsen, «como parte del gran movimiento científico-social que, paralelamente a una evolución análoga en el dominio de las ciencias naturales, se dirigía contra la especulación iusnaturalista del siglo XVIII», reivindicando la positividad del derecho. Pues bien, la confiscación del derecho popular por el derecho de los profesores llevó a las postrimerías de la Escuela Histórica a substituir el positivismo del derecho por el positivismo de la ley y a generar un aparato categorial capaz de ocultar la literalidad de la propia ley. Es este devenir de la Escuela Histórica el que fundamenta la jurisprudencia de conceptos, capaz de suplir con categorías, las propias relaciones vitales merced al método de inversión y con la que se corresponde la Teoría General del Estado de la Alemania guillermina que ha llegado a compararse a un gigantesco cascarón vacío y de la cual la Teoría Pura del Derecho, máximo exponente del racionalismo, se considerará heredera y culminación.

Pero y este es el tercer ejemplo, la crisis política de los años 30 y la literatura de crisis que la acompañó pusieron de manifiesto la insuficiencia radical de lo que Carré de Malberg⁵, fruto tardío y trasplantado de la Teoría General guillermina, denominaría Estado legal, al que se ofreció como alternativa, desde la segunda postguerra, un Estado de Derecho Constitucional, esto es organizado y regido por una Constitución en su factura e instituciones plenamente democrática y cuya meta era una sociedad abierta. La vigente Constitución española de 1978 responde a este modelo.

Pues bien, abunda ahora y aquí la actitud de considerar esa Constitución como una especie de «*ratio scripta*» análoga al viejo derecho de Pandectas, trasunto de una trascendental racionalidad democrática que la legitima allende las circunstancias de su génesis y, como tal, a interpretar según las categorías sobre la misma construidas, capaces de substituir la letra y más todavía el espíritu de la propia Constitución y de obturar la apertura de la sociedad por ella propugnada. Algunas Sentencias del Tribunal Constitucional, por ejemplo la n° 76/1978 relativa a los Derechos Históricos de los Territorios Forales reconocidos y amparados en la Adicional Primera de la Constitución, son buena muestra de ello.

Se trata, como en el caso del viejo *Ussus Modernus Pandectarum* de una nueva normatividad tenida por trascendente, tan dogmática y, dicho sea de paso, tan aburrida como aquella, pero que substituye el derecho natural racional por un cuerpo legal sacralizado, supuesto reflejo de un ideal de legitimidad y racionalidad y las categorías dogmáticas sobre el mismo construidas⁶.

Este criptoneoiusnaturalismo, más influyente, hoy como ayer, en el derecho público que en el privado, por su menor cercanía al tráfico jurídico y su mayor dependencia de decisiones políticas, ha llevado a una divinización de la noción de Constitución. Una Constitución concebida como la norma suprema de la que todo el ordenamiento procede y toda su práctica depende –recuérdese la obsesión por ejecutar la Constitución que según Stern⁷ caracteriza al legislador actual–, fruto de una decisión constituyente también suprema, única e incondicionada, adoptada por el pueblo soberano, normativamente definido y autonormativamente investido de una soberanía absoluta y enteriza. Tal es el concepto

⁵ CARRÉ DE MALBERG, René, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris: Sirey, 1929 (2ª edic.).

⁶ He abordado más detenidamente la cuestión en HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, Malos y buenos usos de la Constitución, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LVI, n° 81 (2003-2004), pp. 53 y ss.

⁷ STERN, Klaus, *Derecho Constitucional de la República Federal*, trad. esp. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 242.

de Constitución racional-normativa afirmado y progresivamente depurado desde la Constituyente francesa de 1789⁸ hasta hoy, y en la que coinciden sus dos interpretaciones clásicas y en apariencia opuestas, normativismo y decisionismo, puesto que la Constitución es Norma suprema fruto de una decisión suprema. Kelsen y Schmitt serían así las caras opuestas de una misma moneda.

¿Cuál de los dos polos de tan extraño maridaje entre normativismo y decisionismo, prevalece realmente? En principio parece que la legitimidad democrática a la que se vincula la Constitución racional-normativa hasta considerar inherente la racionalidad a la democracia, implica el decisionismo. La condición de poder constituyente no se predica de cualquier fautor de constituciones sino «estrictamente de aquel poder singular y extraordinario por virtud del cual un pueblo que venía viviendo sin constitución se da su primera ley política fundamental de tipo liberal moderno»⁹. Pero, en realidad, es el normativismo el que devora al decisionismo mediante la objetivación normativa del poder constituyente que si doctrinalmente culmina en Kelsen, prácticamente se muestra en que es la Constitución, supuesta expresión de la voluntad popular, la que configura al propio pueblo. Es por lo tanto la norma misma la que decide quién es el que decide, borrando con su decisión cuanto antecede, condiciona y contribuye a la misma. Se trata de la denominada soberanía de la Constitución o, incluso de la soberanía sin soberano.

No es esta la ocasión de abundar en los problemas políticos, entre otros, el de determinar quien es el sujeto de la voluntad que se autodetermina dándose una Constitución, ni en las consecuencias doctrinales que ello tiene en el mismo concepto de Constitución y que tan agudamente exploró Rudolf Smend. Basta con señalar el efecto que ello ha tenido en el concreto tema de esta disertación.

El foralismo resultaba incomprensible e incompatible para ambas tesis. No se trataba de un mero conjunto de normas competenciales o substantivas, susceptibles de depuración, confirmación o derogación según los casos, como pretendía el Estatuto de Bayona. Ni tampoco el fruto de una decisión o pendientes de la decisión del constituyente o del legislador estatal, para confirmarlos o abrogarlos, como se quiso en la década ominosa, en 1839 y en 1876-1878, respectivamente. Se trata, más bien, de un complejo institucional que organiza y expresa un orden concreto: la identidad históricamente decantada de un pueblo. En expresión de Savigny diríamos «la íntima esencia del pueblo mismo y de su historia»

⁸ Cfr. DUCLOS, Pierre, *La notion de Constitution dans l'oeuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, Paris: Dalloz, 1932.

⁹ Cfr. PÉREZ SERRANO, Nicolás, *El Poder Constituyente*, Madrid: Gráfica Administrativa, 1947, pp. 14-15.

2. Al reunirse las Cortes de Cádiz eran varias las concepciones constitucionales en presencia, historicistas unas y racionalistas otras, foralistas algunas y neoforalista la mayoritaria, como mostrara, en ocasión semejante a la presente, el prof. Coronas¹⁰, fruto, esta última del complejo castellanista de mítica filiación gótica¹¹. Pero lo que en realidad triunfó fue lo que Portillo Valdés ha denominado *Revolución de Nación*¹², esto es la consciente pretensión por parte del constituyente de configurar una Nación de ciudadanos mediante una Constitución racional que, solo como pretexto, recurrió a invocaciones historicistas.

Ciertamente que el constitucionalismo español se caracteriza por una buena dosis de historicismo retórico como instrumento de autolegitimación. Ya expreso, como en el *Discurso Preliminar* al texto gaditano o la fórmula de convocatoria de Cortes con que se revistió el Estatuto Real de 1834 y el preámbulo de la Constitución de 1845, ya tácito, como el encabezamiento del texto de 1876. Pero ello es propio de muchas Constituciones europeas que pretenden enlazar su opción liberal con las instituciones del Antiguo Régimen. La primera de todas la de Sicilia de 1812, pero también la *Charte* francesa de 1814 y casi todas las dos primeras generaciones de constituciones alemanas, por no hablar del pastiche historicista del constitucionalismo filonapoleónico a partir del texto napolitano de 1807 y, más aun, de la Constitución española de 1808. Quien vea en ello una especificidad española antecedente de la Adicional Primera de la vigente Constitución de 1978, antípoda de su legitimidad democrática, ignora, entre otras muchas cosas, la historia constitucional comparada¹³.

Un análisis de la génesis del texto gaditano avala esta conclusión. Las pretensiones historicistas que parecen predominar en la convocatoria y preparación de las Cortes y de cuyo tenor son muestras las *Instrucciones* dadas por Jovellanos a la Junta de Legislación, encargada de preparar los trabajos de la Comisión de Constitución, naufragan ante los planteamiento netamente racionalistas de Ranz Romanillos expuestos en la *Memoria* de la Junta de Hacienda el 30 de

¹⁰ Cfr. CORONAS GONZÁLEZ, Santos Manuel, *Constitucionalismo histórico y neoforalismo en la historiografía del siglo XVIII, Notitia Vasconiae*, 1 (2002), pp. 83 y ss.

¹¹ Cfr. NIETO SORIA, José Manuel, *Medievo constitucional. Historia y mito político en los orígenes de la España contemporánea (ca. 1750-1814)*, Madrid: Akal, 2007.

¹² PORTILLO VALDÉS, José María, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España. 1780-1812*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

¹³ Más significativo es que la división provincial iniciada en Cádiz, continuada en el trienio liberal y culminada por J. de Burgos en 1833 aun suponiendo, por ejemplo en el caso catalán un «descuartizamiento» del cuerpo político no respondió, como pretendían los radicales a imitación del ejemplo departamental francés, a criterios geográficos, sino a precedentes históricos que se remontan al menos al siglo XVIII y, en el caso de Navarra o las Provincias Vascas, a muchos siglos atrás.

octubre de 1809 y el cuestionario presentado, días después, por el mismo Ranz a la Junta de Legislación¹⁴.

Pueden mantenerse muy diferentes opiniones y valoraciones sobre la labor de las constituyentes de Cádiz y de sus sucesores de 1813 y 1820. Pero es indudable que imbuidos de un espíritu en gran medida ilustrado y en cierta medida radical, trataron, con muy diversa fortuna según los campos, de racionalizar la vida jurídica. Es usual poner el acento en las medidas tomadas por las Cortes que más responden a nuestra presente sensibilidad, sea la supresión de la censura, la libertad de prensa o la abolición de la Inquisición. Pero, a mi juicio, más importantes fueron los intentos de plena homogeneización jurídica, tanto en el derecho público como en el privado.

En el primero, en el campo político-administrativo, la igualdad ciudadana ante la ley, no explicitada en la Constitución, pero afirmada en el *Discurso Preliminar* e implícita en diferentes artículos del texto, se pretendió conseguir a través de la homogeneidad política, administrativa y judicial de la planta territorial del Estado, con abolición de toda diferencia institucional, algo presente desde la propia preparación de las Cortes y que dio lugar a la primera *Instrucción sobre distribución provincial* de 1813 y a los laboriosos proyectos de 1821 corregidos en 1823, pero que habían de cuajar definitivamente en la división provincial de 1833 y en las diferentes leyes sobre administración local a partir de la década de los treinta. El centralismo uniformador fue, aquí como en Francia, el instrumento de la igualdad.

Frente a esta interpretación, se ha argüido el continuismo de la Constitución de Cádiz con el Antiguo Régimen hasta llegar a afirmar su carácter «jurisdiccional». Entre otros argumentos de análoga consistencia, se ha señalado que la organización territorial incoada en Cádiz responde a las pautas del régimen anterior¹⁵. Si la división provincial gaditana no es, como la departamental francesa geométrico-geográfica sino que responde a los precedentes del Antiguo Régimen, no es menos cierto que en la mente de sus autores, «todas estas divisiones provinciales debe de desaparecer» y ya en el propio artículo 10 de la constitución se eliminan los títulos, prenda de su identidad¹⁶ y que la organización de las mismas responde más a los antecedentes revolucionarios creados por las mismas

¹⁴ Vid. mi disertación *Contribución a la desmitificación de Cádiz: la génesis*, en prensa en los *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*.

¹⁵ MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, Carmen, Constitución y territorio en los primeros procesos constituyentes españoles. En Garriga, Carlos (coord.) *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México D.F.: Instituto Mora, 2010, pp. 201-232.

¹⁶ Cfr. *Diario de Sesiones*, 2 de septiembre de 1811, p. 1745 (Muñoz Torreros). El antecedente directo en la Comisión de Constitución (cfr. DIZ-LOIS, Cristina, *Actas de la Comisión de Constitución (1811-1813)*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1976, p. 84).

Cortes ante las necesidades de la defensa nacional que a las instituciones del régimen anterior. Otro tanto puede decirse de la organización municipal cuya estructura se idea como trasunto, literal incluso, del modelo francés¹⁷.

Todas estas leyes y la correspondiente normativa electoral, supusieron una tácita derogación de los fueros y la polémica subsiguiente dio lugar a largas negociaciones, ampliamente descritas y analizadas, cuyo residuo es la llamada «cláusula de salvedad» de nuestra legislación de régimen local, al menos desde la ley de 1870.

En el segundo, en el campo del derecho privado, la igualdad se procura mediante la supresión de todo fuero particular ya personal, ya territorial y la proclamación, no llevada a la práctica, de la plena unidad legislativa en el campo civil. Si algo extraña es la timidez con que los diputados de territorios con derecho privado propio se pronunciaron en las Cortes¹⁸. Una timidez que responde al fervor en pro de la unidad legislativa patente en los trabajos preparatorios del propio proceso constituyente y que contrasta con la posterior defensa de los derechos forales característica de la llamada «lucha por la codificación» a lo largo del siglo XIX y cuyos ecos no se apagan hasta la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974.

Sin embargo, los cortos periodos de efectiva vigencia de la Constitución gaditana (1812-1814 y 1820-1823) y el creciente despego hacia la misma de gran parte, la mas ponderada, de la propia opinión liberal, permiten concluir que su obra podría haber sido efímera en cuanto a la organización territorial se refiere si los constituyentes de 1836 no hubieran insistido en sus opciones uniformistas y centralistas. Es la Constitución de 1837 la que, en este extremo como en tantos otros, determina el sesgo del constitucionalismo español a lo largo de todo el siglo XIX. Ninguna de las siete constituciones que después han estado vigentes y ninguno de los proyectos tramitados antes las Cortes, menciona siquiera la foralidad y la unidad de Códigos, prevista en su artículo 4, se repite en todas ellas.

El magno estudio de Alejandro Nieto sobre la génesis de la Constitución de 1837 que acaba de ver la luz es muy ilustrativo al respecto¹⁹. El régimen netamente liberal que sucede a la Revolución de la Granja se encontró con la

¹⁷ *Diario de Sesiones*, 10 de enero de 1812, p. 2.590, *cfr.* DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción, La revolución constitucional en Cádiz a través de los Decretos de Cortes, *Revista de Derecho Político*, núm. 83 (2012), *Monográfico sobre la constitución española de 1812 (número 2)*, pp. 239-264.

¹⁸ *Vgr.* el caso catalán, *cfr.* FERNÁNDEZ VILADRICH, Jesús, Uniformismo jurídico y reacción en Cataluña. En Escudero, José Antonio (edit.), *Cádiz. Cortes y Constitución, 200 Años*, Madrid: Espasa, 2011, vol. III, pp. 176-190.

¹⁹ NIETO, Alejandro, *Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las Cortes constituyentes de 1836-1837*, Barcelona: Ediciones Polígrafa, 2009, pp. 617 y ss.

organización provincial incoada por Javier de Burgos en 1833 y, entre otros, con el cuádruple problema de su adecuación a cuatro hechos diferenciales: las desde entonces llamadas «provincias de ultramar»; las especificidades forales de Navarra y las provincias vascas; al denominado «provincialismo» catalán y a los archipiélagos balear y canario.

La opción favorable a un tratamiento diferencial corrió a cargo de los diputados vascos y navarros y el diputado catalán Domingo Vila, máximo exponente de lo que entonces se denominó provincialismo, propuso, con grande autoridad, su extensión a otros territorios, porque «ninguna nación del mundo –decía– se haya más a propósito, más dispuesta para adoptar este sistema que os propongo –la autonomía– como compuesta de un conjunto de reinos con costumbres y aun leyes distintas». Su argumentación se fundamentaba, por lo tanto, en la realidad vital, que era legado de la historia, pero también presente.

La opción contraria, favorable al centralismo y uniformidad tuvo muchos valedores entre los que destacaba Agustín de Argüelles para quien abandonar aquella senda trazada en 1812 era federalismo, esto es, a su juicio, «una quimera» conducente a la disgregación. El ejemplo que reiteradamente expuso como aval de su tesis, las tendencias disgregadoras de los Estados Unidos, ya mencionadas en las constituyentes de 1812, es elocuente muestra de su perspicaz visión histórica²⁰.

Los catalanes y vascos de 1836, como los diputados indianos de 1810 querían una monarquía que Argüelles denominaba «general» y el liberalismo progresista optaba por una monarquía «única». Esto es, uniforme, con una sola Constitución como corresponde a una sola nación de ciudadanos. Con ese argumento se rechazaron, en parte muy principal, las pretensiones forales en el Decreto de las Cortes de 19 de septiembre de 1937. Pero, por los mismos razonamientos se descartó el provincialismo catalán, se desconoció la especificidad de los archipiélagos y se dictó el Decreto de 19 de abril del mismo año que inauguró en las Antillas y Filipinas –las con razón llamadas recientemente *Colonias para después de un Imperio*²¹– el régimen autoritario y centralizador en vigor hasta las mismas vísperas del «desastre» de 1898.

La obsesión del constituyente es la igualdad ciudadana y a eso se oponen las diferencias de todo tipo, sean personales o territoriales. A la hora de defender estas últimas invocando la antigüedad de las leyes y de las instituciones, la mayoría liberal responde negativamente invocando la racionalidad. La derogación

²⁰ *Diario de Sesiones* de 12 de enero de 1812, p. 2608 (Toreno) y 2610 (Argüelles), *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, de 3 de octubre de 1839, p. 580.

²¹ FRADERA, Josep M., *Colonias para después de un Imperio*, Barcelona: Edicions Bellaterra, 2005.

foral del citado Decreto de 19 de septiembre de 1837 es el exponente de tal planteamiento.

Sin embargo, la presión de la guerra hizo de la «Paz y Fueros» un objetivo político apremiante cuyo resultado fue, Convenio de Vergara mediante, la ley de 25 de octubre de 1839²². De los avatares de su génesis e interpretación inmediata, sobradamente estudiados, solo quiero destacar la permanente ambigüedad que ha hecho del texto ley confirmatoria para unos y derogatoria para otros. El proyecto inicial del Gobierno fue ampliamente modificado en una y otra Cámara y la fórmula confirmatoria resultó, al final del proceso, radicalmente alterada por la adición de la famosa «coletilla», sin perjuicio de la «unidad constitucional de la Monarquía», como sinónimo, a tenor de las intervenciones de Madoz de unidad del Estado y de la Nación.

¿Qué había de entenderse por tal «unidad constitucional»? Lo que en último término suponía interrogarse sobre que tipo de Estado se quería y que idea de la nación se tenía. Para unos, la comunidad de Reina y Cortes, para otros la de derechos y deberes ciudadanos y la organización administrativa, judicial y fiscal. Si la primera interpretación dejaba espacio al mantenimiento del sistema foral, opción desaprovechada por la dilación vasca en las negociaciones previstas en la misma ley de 1839, la segunda opción es la que prevalece a partir del Decreto de 1841, dictado por Espartero como represalia por la participación vasca en la «Octobrada».

Ciertamente, en la larga negociación sobre los fueros y su reflejo parlamentario, que se extiende desde 1839 hasta la derogación de 1878, la argumentación formal de fueristas y antifueristas pivota en tono a dos cuestiones: para los fueristas la jerarquía superior de la ley de 1839 sobre normas de rango manifiestamente inferior, como los Decretos de 1841 y 1844 e incluso, invocando más o menos explícitamente su origen pacticio, sobre otras normas de rango legal como fue el caso, por ejemplo de las leyes provinciales, municipal o de reemplazo. Para los antifueristas, tanto el carácter ordinario de la ley de 1839, obra de la representación única, las Cortes, de una soberanía nacional única que, como tal, podía interpretarla y modificarla a voluntad, como la interpretación uniformista de la «unidad constitucional», consistente, dirá un parlamentario destacado de dicho bando, «en respetar las relaciones de las provincias con el

²² Cfr. AGIRREAZKUENAGA, Joseba y URQUIJO GOITIA, José Ramón (edits.), *150 años del Convenio de Bergara y de la Ley de 25.X.1839*, Vitoria-Gasteiz: Parlamento Vasco, 1990. En especial la contribución de FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Fueros vascos y Constitución. La discusión parlamentaria de la ley de 25 de octubre de 1839*, pp. 55-80.

²³ Los datos utilizados a continuación en VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes, *Negociaciones sobre los fueros entre Vizcaya y el poder central. 1839-1877*, Bilbao: Caja de Ahorros Vizcaína, 1984, en especial pp. 155 y ss.

Estado»²³. Pero la cuestión de fondo era otra más allá de la hermenéutica de un texto e incluso de su ocasional trasfondo político. Como el comisionado vizcaíno don Pedro Egaña decía en carta de 22 de junio de 1844 combatían al foralismo tanto los progresistas –que creían que con el sistema foral se obstaculizaba la revolución, entiéndase la igualdad ciudadana– como los moderados –adoradores ciegos de las modernas teorías administrativas, entiéndase el uniformismo francés²⁴–.

En efecto, pese al apego de Espartero a la ley de 1839 que consideraba su obra, no dudo en violarla en 1841 y el bienio progresista se caracterizó por su antifuerismo. Como después lo fue, pese a las ingenuas esperanzas que suscitara la revolución de 1868, por ejemplo en hombre tan sabio como Sagarmínaga, el sexenio revolucionario²⁵. Pero la Década Moderada no se caracterizó menos por una creciente tensión entre el gobierno de Madrid y el foralismo, incluso liberal. Si Narváez no lo miró con malos ojos y el citado Egaña, ilustre foralista y por dos veces ministro conservador, fue la mejor muestra de ello, el ultraconservador Pidal constituyó el mayor obstáculo a cualquier «arreglo foral» y el Decreto de 1844 que lleva su nombre, a parte de modesto, no fue precisamente su obra preferida. Las grandes leyes doctrinarias sobre administración provincial y local y la creación de la Guardia Civil constituyeron otros tantos motivos de tensión y los proyectos de Bravo Murillo que equivalían a una derogación foral son la mejor prueba de que el foralismo tampoco tenía cabida en los planteamientos conservadores.

La verdadera cuestión de fondo era la oposición de un derecho, considerado tan racional que se tenía por natural, y el derecho histórico. Egaña, tras ser invitado por Narváez a un Consejo de Ministros para tratar la cuestión foral, se quejaba de que algunos «se atrincheraban en teorías generales inaplicables al caso» y, veinte años después, cuando los comisionados vascos tratan de hacer frente a la ofensiva parlamentaria antiforal, el propio Pedro Egaña encarga al erudito Cayetano Manrique la elaboración sobre los archivos de Valladolid y Simancas, de una *Memoria* que avale la legitimidad del régimen foral²⁶.

²⁴ Sobre la influencia francesa en el doctrinalismo español, cfr. DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *El Liberalismo Doctrinario*, caps. I y XVII, en *Obras completas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998, vol. I, pp. 139 y 325. Siguiendo las huellas de Tocqueville García de Enterría ha abundado en la materia respecto de los orígenes de la Administración decimonónica española.

²⁵ SAGARMÍNAGA, Fidel, *Reflexiones sobre el sentido político de los Fueros de Vizcaya*, Bilbao: Imp. Lit. y Lib. de Juan E. Delmás, 1871. Sobre el pensamiento de Sagarmínaga es capital la investigación de MONREAL ZIA, Gregorio, Fidel de Sagarmínaga. Intérprete de la constitución histórica vizcaína y heraldo de una nueva política vasca de recuperación de los fueros (1830-1894), *Notitia Vasconiae Revista de derecho Histórico de Vasconia*, 1 (2002), pp. 251-313.

²⁶ Cfr. VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes, *Negociaciones sobre los fueros*, op. cit. pp. 158 y 244.

Es significativo que en el largo debate parlamentario de lo que sería Ley abrogatoria de 21 de julio de 1876, ante la insistencia de los foralistas en la legitimación tradicional de sus instituciones, se arguyó que no se trataba de una cuestión histórica, la antigüedad de los fueros, sino jurídica, el imperativo de unidad constitucional. El diputado Moraza respondió diciendo: si la cuestión es jurídica ha de ser necesariamente histórica²⁷. Savigny no lo hubiera dicho de otra manera. ¿Y que latía tras este apego a la historia constituyente? El propio Egaña lo señalaba en 1844, la resistencia de un pueblo «amenazado de perder su nacionalidad».

La nación confisca la Constitución, tanto en Monarquía, cuando de acuerdo al doctrinarismo la Nación solo se expresa a través de la conjunción de las Cortes con el Rey, como cuando la soberanía nacional legitima directamente el texto fundamental. Pero, a su vez una determinada idea de Constitución objetiviza la idea de Nación al hacerla coincidir con la denominada «unidad constitucional». Que Nación y Constitución coincidan no es de extrañar, puesto que ambas son, respectivamente, empresas de racionalización política y jurídica del grande existencial que es vivir-con-los-otros. Pero y ello es muy significativo, la unidad constitucional se identifica con la igualdad ciudadana y la homogeneidad normativa garantizada por la unicidad del legislador e incluso del poder reglamentario como se demuestra a partir de 1841.

Volvamos pues a las tesis de la Escuela Histórica. Se trataba en fin de optar entre el respeto de lo individual o los principios generales de los que ha de deducirse todo lo demás; entre la autoridad del precedente y la legitimación mediante la prescripción de los derechos populares –la expresión es de Sagarmíngana– o la decisión innovadora que, en aplicación de aquellos principios generales, hace tabla rasa del continuo vital para inaugurar imperativamente un nuevo orden de vida; entre los afectos que ese continuo acarrea o una racionalidad, racionalidad paradójicamente convertida en pasión. Se trata de tres principios fundamentales en el historicismo. La individualidad, la afectividad que carga dicha individualidad y la temporalidad.

En el caso de los fueros, la individualidad supone el respeto de una infungible singularidad, manifiesta en el plano de las instituciones públicas, pero que impregna toda la polémica sobre el derecho privado privativo de los territorios forales. No se trata tanto de una mayor o menor compatibilidad entre las instituciones, sino en el principio que informa su legitimación. Por eso fue inútil que a la hora de jurar primero y aplicar después el texto gaditano o el de 1837 en las hasta entonces Provincias Exentas se proclamase desde varias latitudes políticas la similitud de los fueros viejos y la nueva Constitución y se insistiese

²⁷ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 19 de julio de 1876-77, pp. 3255-3262.

en que ésta no hacía sino generalizar en España entera las libertades propias de aquellos. O que los diputados vizcaínos, ante los proyectos codificadores del trienio constitucional, propusieran como modelo el derecho foral de sucesiones. O que, ante la definitiva instauración del constitucionalismo liberal, un importante autor anónimo, probablemente Blas López, proclamase en sus *Observaciones sobre... el régimen administrativo de las provincias vascongadas*, la identidad jurídica y aun política de la foralidad y el sistema constitucional que pretendían establecer los doctrinarios. O que, ya en el plano de la práctica política, moderantismo filodocinario y fuerismo liberal mantuvieran muy amistosas relaciones. O que el más ilustrado foralismo pusiera vanamente sus esperanzas en el proceso constituyente de 1868 hasta el punto de redactar Sagarmínaga sus ya citadas *Reflexiones sobre el sentido político de los Fueros de Vizcaya*.

Lo que en el fondo importaba era el origen de tales instituciones, semejantes o no. La historia particular para los foralistas portadora de su propia racionalidad histórica, una racionalidad afectiva —este es el segundo principio atrás enunciado— que inserta al individuo en una comunidad decantada a través del tiempo y le constituye e identifica como tal, fundamento del Estado para la Escuela Histórica, y la razón general para los constitucionalistas. La obra del ya citado Sagarmínaga es buen testimonio de ello. Es más importante el poder constituyente propio que el derecho constituido que surge del mismo. Por ello, se prefiere perder los fueros que agostar el principio que los legitima: su carácter originario y lo que tras ello late, la identidad de un cuerpo político. Confundir el fuerismo liberal con la aquiescencia a la autónoma administración interior de las provincias es desconocer el fondo de la cuestión, error en el que repetidamente se ha caído cuando se ha pretendido resolver el problema planteado por las singularidades forales, no solo vascas, generalizándolas en forma de descentralización administrativa o, incluso de federalismo. Esto es convirtiendo la historia en sistema y así se ha pretendido desde las propias Cortes de Cádiz hasta el Estado de las Autonomías.

Durante el siglo XIX el más autorizado fuerismo, desde Gorosábel a Sagarmínaga, cuyos textos son contundentes al respecto, se esforzó en demostrar que la identidad infungible de su pueblo no le impedía integrarse en la nación española, que su autogobierno, el propio de un Estado incompleto, dirá Sagarmínaga años antes de que Jellinek formulara su categoría paralela de «fragmento de Estado», era plenamente compatible con su participación en un cuerpo político mayor, la Monarquía y que las constituciones forales podían articularse con la Constitución estatal²⁸.

²⁸ *Vid.* respectivamente las colaboraciones de SORIA SESÉ, Lourdes, Del primer Código civil a la Historia del Derecho Público: Pablo de Gorosábel. 1803-1868 y MONREAL ZIA, Gregorio (Fidel

La Nación española que los propios constituyentes se empeñan en construir —«una nación sola y única», dirá en Cádiz el Conde de Toreno²⁹— es un cuerpo político, único, enterizo y excluyente de toda diferencia interna. Es el único poder constituyente originario y celoso de su exclusividad: ese poder constituyente único se da una Constitución única para la nación única. La Constitución simboliza la identidad nacional. Por su parte, los fueros, tenidos por «constitución propia», desde los días de Cádiz, simbolizaban la identidad particular de un pueblo. Una identidad que podía articularse con otras, pero no disolverse en ellas. La contraposición de razones revelaba así una contraposición de identidades.

Por último el tercer principio, la temporalidad. Lo antiguo no debe petrofactarse. El derecho histórico no es el que fue sin más, sino el que es en virtud de su propia evolución orgánica. El propio Sagarmínaga, al reivindicar el poder constituyente originario de Vizcaya, abogaba por la actualización de los fueros por las instancias competentes y eso supone el recurso al pacto. No son admisibles las decisiones unilaterales sobre la foralidad como las de 1837 o 1876, pero si su propio desarrollo, como es el caso de la provincialización, iniciada en el siglo XVIII, con la consolidación de los «cuerpos de provincia» y culminada en el siglo XIX a favor de las Diputaciones Forales o su desarrollo a través de nuevos «derechos históricos» de origen pacticio, como fue más adelante el sistema de Concierto Económico.

Esta temporalidad es acumulativa. La prescripción es institución cara para los juristas de la Escuela Histórica, pero funciona más en sentido adquisitivo que extintivo y, en todo caso, exige un ritmo más orgánico que mecánico. Es decir, excluye lo que Ortega, parafraseando a Mirabeau, llamaba «la subitaneidad del tránsito».

La abolición de 1878 optó por la razón homogeneizadora y unitaria afirmada desde los días de Cádiz; pero la vida siguió abriéndose paso. Como ha señalado Bartolomé Clavero, la «lectura ingenua del Boletín Oficial»³⁰ muestra la supervivencia de importantes residuos forales que han germinado en la Adicional Primera de la vigente Constitución.

Pero ¿qué decir de lo que hay detrás de los fueros y que es raíz del conflicto político surgido de su derogación y aún sin resolver? Esto es, de la identidad

de Sagarmínaga. Intérprete de la constitución histórica vizcaína y heraldo de una nueva política vasca de recuperación de los fueros. 1830-1894) en *Notitia Vasconiae*, 1 (2002), pp. 321 y ss. y 251 y ss., respectivamente. De SAGARMÍNAGA, Fidel, *Controversias Forales* incluido en *Memorias históricas de Vizcaya*, Bilbao: Imp. Lit. y Lib. de Juan E. Delmas, 1880, p. 255. Cf. JELLINEK, Georg, *Ubersata-atfragmente* (Heidelberg, 1890), trad. esp. *Fragments de Estado*, Madrid: Civitas, 1978.

²⁹ *Diario de Sesiones* de 10 de enero de 1812, p. 2.590.

³⁰ CLAVERO SALVADOR, Bartolomé, *Fueros vascos. Historia en tiempos de Constitución*, Barcelona: Ariel, 1985, pp. 18 y ss.

del pueblo vasco, protagonista de esa historia jurídica, emanación de su espíritu y, a su vez, señal indeclinable y configuradora de dicha identidad.

Tras la derogación de 1878 al decir de Pi Margall «quedaron las brasas». ¿Son relevantes? Al decir de Sar道al, un prohombre con larga visión histórica, en el debate sobre la derogación, «no podemos conceder a las provincias peninsulares la autonomía que les negamos a las provincias ultramarinas»³¹. Repetía así la actitud que Argüelles había mantenido en 1812 y 1836 frente a las reivindicaciones neoforales de la Península y de las Indias. El resultado fue el desastre de 1898.

3. Ahora bien, ¿acaso supone esta amarga experiencia histórica una incompatibilidad entre la razón histórica que inspira la foralidad y la razón racionalista que inspira el modelo de constitución racional normativa? La cuestión se planteó de nuevo en el proceso constituyente de 1978 sobre cuyos avatares y resultados, la Adicional Primera de la Constitución que abre la normatividad a la historicidad³² no voy a tratar ahora aquí, pero ello muestra la importancia de la respuesta que se da a la pregunta.

Hubo y hay quien considera que foralismo y constitucionalismo son categorías opuestas, como lo es arcaísmo y modernidad. A mi juicio cabe otra respuesta y ello depende de la idea que se tenga de la nación y de la Constitución; de sus criterios de interpretación y de la propia actitud del historicismo ante la temporalidad. En último término de qué se entiende por razón.

Nación y Constitución, lo he dicho ya, son dos vías racionalizadoras de la integración política y la segunda es función de la primera. Pero en nuestro tiempo, hay dos grandes formas de integración que el ilustre Javier Conde³³ denominó constitucionalización y totalización. La primera –que en el pensamiento de Conde responde a una noción «ideal» de Constitución– integrar supone unión de lo plural sin destruir su diversidad. La segunda, por el contrario significa eliminar dicha diversidad al unificar la pluralidad. Esta se corresponde a la versión jacobina de Nación de ciudadanos iguales que en España ha prosperado desde Cádiz en adelante. Aquella a una versión institucional de la nación, cuerpo político complejo en cuyo seno caben múltiples «*corpora*», institucionales, territo-

³¹ *Diario de Sesiones del Congreso*. He subrayado la vinculación entre ambas actitudes en mi ensayo «Ensimismamiento y Alteración Constitucional (Contribución al Bicentenario de la Emancipación)», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* LXII, nº 87 (2009-2010), pp. 531-575, en especial pp. 565 y ss.

³² He analizado la cuestión en numerosas ocasiones y lugares cuya enumeración resultaría tan tediosa como innecesaria por todos *cfr.* HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, *El Valor de la Constitución*, Barcelona: Crítica, 2003, pp. 366 y ss.

³³ *Cfr.* CONDE, Francisco Javier, *Estudios y Fragmentos Políticos*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1974, vol. II, pp. 329 y ss.

riales y en general identitarios, cuya diversidad solo es posible si la nación es un todo suficientemente esponjoso para que en su seno quepan vidas diferentes. Para que, frente al retorno de la Ciudad Antigua que el jacobinismo supone «en su seno se pueda respirar». Esta es la idea conservadora de nación que, por conservador trato de hacer suya sin conseguirlo el liberalismo doctrinario³⁴. En esta Nación pensaba Sagarmínaga cuando pretendía integrar y conservar en ella la identidad del pueblo vasco.

Es claro que a una Nación así concebida conviene una Constitución igualmente abierta a la historicidad y eso es lo que, sin duda con grandes reticencias, hizo el constituyente de 1978 en una serie de extremos que culminan en la Adicional Primera donde se reconocen y amparan los Derechos Históricos. Cosa distinta es que la mayoría de sus intérpretes se hayan aferrado a la dogmática racionalista para dar cuenta de ella.

Porque es claro también, que una Constitución abierta a la historicidad requiere que su normativa sea interpretada con criterios de complejidad, singularidad y flexibilidad, porque compleja, singular y flexible es la realidad histórico-política que se pretende integrar. En ello consiste lo que en otra ocasión denominé una *Aproximación postmoderna a la Constitución*³⁵ que pretende tomar distancias de lo que la modernidad al uso entiende por Constitución racional-normativa e interpretación de la misma sobre los principios de unidad, jerarquía y distribución competencial, literalmente entendidos y mecánicamente aplicados. Más aun, si la Constitución racional-normativa requiere ser interpretada asépticamente, la historicidad exige ser comprendida empáticamente³⁶.

Ahora bien, dirán Vds. ¿Cómo desde la Escuela Histórica puede reivindicarse la postmodernidad? Y responder a tan pertinente cuestión me retrotrae a los comienzos de mi intervención cuando señalé la necesidad de superar la carencia de fundamentación filosófica de la Escuela Histórica y del historicismo en general. Y, entre tanto, he desgranado ante Vds. una serie de «categorías históricas» de las que, según decía al principio, carecía la vieja Escuela Histórica. Tales como cuerpos de provincia, cuerpos políticos, orden concreto, nación institucional, principio pacticio, fragmentos de Estado o Estado incompleto, facticidad histórica, comprensión empática como método de interpretación y algunas más.

³⁴ Cf. DÍEZ DEL CORRAL, Luis, cap. XII, en *Obras completas, op. cit.*, y *El Rapto de Europa*, cap. VIII, en *Obras completas, op. cit.*, vol. 1, pp. 269 y 831.

³⁵ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, *Aproximación postmoderna a la Constitución, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LV, 80 (2002-2003), pp. 473-505.

³⁶ Cfr. MALDINEY, Henri, *Comprendre, Revue de Methaphysique et de Morale*, 1-2 (1961), pp. 35-89.

Pero tornemos a la insuficiente fundamentación filosófica del historicismo. Conocida es la denuncia hegeliana de tal carencia y la contracrítica de Ortega³⁷. La imposibilidad de deducir lógicamente, como la filosofía racionalista exigía, la facticidad vital, de suyo necesariamente ilógica. La vía de salida se encuentra en el racio-vitalismo orteguiano. La Razón Vital al tomar conciencia de dicha facticidad y de su dimensión temporal es Razón Histórica y la Razón Histórica, no la que tematizara Dilthey sino la que propugnara Ortega, es Razón Vital como, en un ensayo admirable, ha mostrado el prof. Cerezo³⁸. Y esa Razón, al aferrarse a la vida, si no puede olvidar la obscura placenta del pasado donde aquella se implanta tiene por escenario la vida, –ambas expresiones son de Bachofen– esto es un presente intencionalmente abierto al futuro.

¿Qué supone ello? Que el historiador y no digamos el historicista, para repetir las categorías de Nietzsche, no puede imitarse a la contemplación del pasado ni, como anticuario, ni como crítico; pero si puede hacer un uso monumental del mismo para cobijar la vida de cada día. Cobijarla porque la valora y, sin olvidar que su temporalidad, decía Dilthey, es forma de edad, asumir el hoy y proyectar el mañana. Las categorías decantadas por la historia serían así las piedras sillares con las que construir lo que Shom, en la estela de la propia jurisprudencia de conceptos, denominó «el palacio encantado del derecho».

Ello le debe llevar a abrazar y dejarse abrazar por la vida, a sufrir sus embates y a capear y aun superar sus tormentas. Así concebía la función del historiador el ilustre Meinecke, a mi juicio el último gran patriarca de la historiografía alemana clásica, y no fue otra la actitud de los grandes maestros de la Escuela Histórica, tanto romanistas como germanistas, al enfrentarse con los candentes problemas jurídico-políticos de su tiempo. Desde la codificación a la unificación estatal concebida como restauración y salvaguarda de la identidad de su pueblo.

«La vida no se detiene –decía Savigny en 1815– y a causa de la acción universal del tiempo son posible ahora cosas que en el pasado no era posible pensar siquiera». Y continuaba:

la relación de una era científica con el pasado se parece mucho a la que debe unir a un hombre de buena voluntad con sus contemporáneos; reconoce con gusto el mérito ajeno y tiene espíritu abierto y entusiasta admiración para toda gran obra, pero con un seguro y tranquilo sentimiento de la propia tarea.

³⁷ ORTEGA Y GASSET, José, *La Filosofía de la Historia de Hegel y la Historiología*. En *Obras completas*, vol. V, Madrid: Editorial Taurus; Santillana Ediciones Generales; Fundación José Ortega y Gasset, 2006, p. 233.

³⁸ CEREZO GALÁN, Pedro, De la razón vital a la razón histórica. En *José Ortega y Gasset y la Razón Práctica*, Madrid: Biblioteca Nueva; Fundación Ortega-Marañón, 2011, pp. 179 y ss.

Por ello, he dicho reiteradamente de los derechos históricos lo que los viejos foralistas del XIX, pensaban de los fueros: No están tanto en el pasado como en el futuro. Lo mismo que la Nebulosa de Laplace.

El cultivo del derecho histórico frente al derecho natural racionalista nunca será algo moderno, porque modernidad se ha identificado con racionalismo. Hegel lo calificó de «pecado contra el espíritu del tiempo». Pero, parafraseando una vez más a Ortega, cabría responder que un buen historicista es *Muy poco moderno y muy siglo XX*³⁹. En nuestro caso muy siglo XXI. El siglo que ve renacer las identidades colectivas como horizonte de todo derecho. Un derecho al que, por encima de todo sistema, la vida, que es historia, hace señas con las alas, como el Zaratrustra de Nietzsche. Pero eso es ya posible tema de otra conferencia.

BIBLIOGRAFÍA

- AGIRREAZKUENAGA, Joseba y URQUIJO GOITIA, José Ramón (edits.), *150 años del Convenio de Bergara y de la Ley de 25.X.1839*, Vitoria-Gasteiz: Parlamento Vasco, 1990.
- BACHOFEN, Johann Jakob, *El Derecho natural y el Derecho Histórico*, trad. esp. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.
- CARRÉ DE MALBERG, René, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris: Sirey, 1929 (2ª edic.).
- CEREZO GALÁN, Pedro, *José Ortega y Gasset y la Razón Práctica*, Madrid: Biblioteca Nueva; Fundación Ortega-Marañón, 2011.
- CLAVERO SALVADOR, Bartolomé, *Fueros vascos. Historia en tiempos de Constitución*, Barcelona: Ariel, 1985.
- CONDE, Francisco Javier, *Estudios y Fragmentos Políticos*, vol. II, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1974.
- CORONAS GONZÁLEZ, Santos Manuel, Constitucionalismo histórico y neoforalismo en la historiografía del siglo XVIII, *Notitia Vasconiae*, 1 (2002), pp. 8-111.
- DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción, La revolución constitucional en Cádiz a través de los Decretos de Cortes, *Revista de Derecho Político*, núm. 83 (2012), *Monográfico sobre la constitución española de 1812 (número 2)*, pp. 239-264.

³⁹ ORTEGA Y GASSET, José, *El Espectador I*, En *Obras completas, op. cit.* vol. II, p. 165.

- DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *Obras completas*, vol. I, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998.
- DIZ-LOIS, Cristina, *Actas de la Comisión de Constitución (1811-1813)*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1976.
- DUCLOS, Pierre, *La notion de Constitution dans l'oeuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, Paris: Dalloz, 1932.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón «Fueros vascos y Constitución. La discusión parlamentaria de la ley de 25 de octubre de 1839». En Agirreazkuenaga, Joseba y Urquijo Goitia, José Ramón (edits.), *150 años del Convenio de Bergara y de la Ley de 25.X.1839*, Vitoria-Gasteiz: Parlamento Vasco, 1990, pp. 55-80.
- FERNÁNDEZ VILADRICH, Jesús, Uniformismo jurídico y reacción en Cataluña. En Escudero, José Antonio (edit.), *Cádiz. Cortes y Constitución, 200 Años*, Madrid: Espasa, 2011, vol. III, pp. 176-190.
- FRADERA, Josep M., *Colonias para después de un Imperio*, Barcelona: Edicions Bellaterra, 2005.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Obras completas*, vol. III, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, *El Valor de la Constitución*, Barcelona: Crítica, 2003.
- Aproximación postmoderna a la Constitución, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LV, 80 (2002-2003), p. 473-505.
 - Malos y buenos usos de la Constitución, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LVI, n° 81 (2003-2004), pp. 53-74.
 - Ensimismamiento y Alteración Constitucional (Contribución al Bicentenario de la Emancipación), *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LXII, n° 87 (2009-2010) pp. 531-575.
 - Contribución a la desmitificación de Cádiz: la génesis, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (en prensa).
- JELLINEK, Georg, *Ubersataatfragmente* (Heidelbrg, 1890), trad. esp. *Fragmentos de Estado*, Madrid: Civitas, 1978.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Madrid: Labor, 1934.
- MALDINEY, Henri, Comprendre, *Revue de Methaphysique et de Morale*, 1-2 (1961), pp. 35-89.
- MONREAL ZIA, Gregorio, Fidel de Sagarmínaga. Intérprete de la constitución histórica vizcaína y heraldo de una nueva política vasca de recuperación de los fueros (1830-1894), *Notitia Vasconiae Revista de derecho Histórico de Vasconia*, 1 (2002), pp. 251-313.

- MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, Carmen, Constitución y territorio en los primeros procesos constituyentes españoles. En Garriga, Carlos (coord.) *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México D.F.: Instituto Mora, 2010, pp. 201-232.
- NIETO, Alejandro, *Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las Cortes constituyentes de 1836-1837*, Barcelona: Ediciones Polígrafa, 2009.
- NIETO SORIA, José Manuel, *Medievo constitucional. Historia y mito político en los orígenes de la España contemporánea (ca. 1750-1814)*, Madrid: Akal, 2007.
- ORTEGA Y GASSET, José, *Obras completas*, vols. II y V, Madrid: Editorial Taurus; Santillana Ediciones Generales; Fundación José Ortega y Gasset, 2006.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *El Poder Constituyente*, Madrid: Gráfica Administrativa, 1947.
- PORTILLO VALDÉS, José María, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España. 1780-1812*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- SAGARMÍNAGA, Fidel, *Reflexiones sobre el sentido político de los Fueros de Vizcaya*, Bilbao: Imp. Lit. y Lib. de Juan E. Delmás, 1871.
- *Memorias históricas de Vizcaya*, Bilbao: Imp. Lit. y Lib. de Juan E. Delmás, 1880.
- SORIA SESÉ, Lourdes, Del primer Código civil a la Historia del Derecho Público: Pablo de Gorosabel. 1803-1868, *Notitia Vasconiae*, 1 (2002), pp. 321-342.
- STERN, Klaus, *Derecho Constitucional de la República Federal*, trad. esp. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes, *Negociaciones sobre los fueros entre Vizcaya y el poder central. 1839-1877*, Bilbao: Caja de Ahorros Vizcaína, 1984.