

Derechos forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas

Por JOSE LUIS MEILAN GIL

Catedrático de Derecho Administrativo

JAIME F. RODRIGUEZ-ARANA

Profesor Titular de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. LA CONSTITUCION DE 1978 Y EL FENOMENO FORAL.—II. DERECHOS FORALES Y COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

I. LA CONSTITUCION DE 1978 Y EL FENOMENO FORAL

La Constitución de 1978 contiene precisos pronunciamientos sobre el fenómeno foral. El artículo 149.1.8.º se refiere a la «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», al «respeto a las normas de Derecho Foral o Especial» en la determinación de las fuentes por la legislación del Estado. La disposición adicional primera declara que «la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales». Culmina así, al máximo nivel jurídico, el cambio iniciado por la reforma del título preliminar del Código civil, en la redacción de su artículo 13 que vino a sustituir el anterior artículo 12 (1).

La opinión constitucional en esta materia es coherente con las opciones fundamentales sobre la concepción misma del Estado que en ella figura, como también existía una correlación evidente entre la

(1) El cambio es expresamente subrayado en la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, en el que se habla del «pleno respeto» predicado de los Derechos forales y la eliminación del giro «por ahora» alusivo a una transitoriedad injustificada sin necesidad de acudir a razones de fondo. Tal cambio ha sido calificado de «giro copernicano» por LASARTE, C.: *Autonomía y Derecho privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, p. 110.

tendencia unificadora representada por la codificación y las ideologías que sirvieron de base a las diferentes Constituciones españolas del siglo XIX, desde la de 1812 (2). La codificación traducía la racionalidad; el progresismo liberal exigía la uniformidad, la centralización en lo político y en lo jurídico (3). No faltaban razones objetivas para defender la tesis; otras derivaban de la dinámica de la oposición al Antiguo Régimen y se sustentaban en el doctrinarismo propio de la ideología liberal (4).

Cualquiera que sea su valoración, el hecho es que esa uniformidad jurídica no se logró plenamente. Y el Código civil de 1892 hubo de tolerar la persistencia de los fenómenos forales al amparo del artículo 75 de la Constitución de 1876 («unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes») que repetía lo dispuesto por primera vez en la de 1869 (artículo 91). Como se ve, la técnica del «sin perjuicio» tiene alguna solera y no ha sido invento denostado de los constituyentes de 1978.

No es nuestro propósito analizar exhaustivamente la cuestión foral a la luz de la Constitución (5); pero sí atraer la atención sobre algunos puntos que permitan poner en suerte el tema.

La actitud de la Constitución de 1978 acerca de la foralidad no es ya la de la tolerancia frente a un fenómeno persistente debido a «oscuras fuerzas conservadoras» o la «inercia retardaria de la tradición», y que se manifestaba en la expresión «por ahora», y en la técnica de los «Apéndices». Atrás queda, por tanto, la aspiración a un Código general de Derecho civil manifestada en el Congreso de Zaragoza de 1946 (6). La Constitución de 1978 al reconocer el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones, y consiguientemente a las Comunidades Autónomas como elemento de la organización territorial del Estado, tenía que adoptar lógicamente respecto del Dere-

(2) Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J. L.: *Constitucionalismo y codificación civil*, en «Lecturas sobre la Constitución Española», UNED, II, Madrid, 1978, pp. 589-598.

(3) Sobre la correlación entre centralismo e ideología liberal en España, cfr. ARTOLA, M.: *La burguesía revolucionaria (1808-1869)*, Madrid, 1973, pp. 240-241. MEILÁN GIL, J. L.: *Sobre la descentralización*, en «Segundas Jornadas Administrativas de Galicia», Madrid, 1970.

(4) Cfr. TORQUEVILLE, A. DE: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, ed. Guadarrama, Madrid, 1969. HAURIUO, M.: *Obra escogida*, IEA, Madrid, 1976, p. 114.

(5) Para esa cuestión, cfr. LÓPEZ JACOISTE, J. L.: *Constitucionalismo...* DELGADO ECHEVARRIA: *Los Derechos civiles forales en la Constitución Española de 1978*, en «Estudios sobre la Constitución Española de 1978», Valencia, 1980. GARCÍA CANTERO, C., y otros: *Conferencias sobre Derecho foral*, Caja de Ahorros de Guipuzcoa, 1982. ROCA I TRÍAS, E.: *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978* (Estudio comparativo del tratamiento de los derechos civiles españoles en las distintas Constituciones y en la vigente), en «Revista Jurídica de Cataluña», I (1979), pp. 7 y ss.

(6) La aspiración a un Código civil General de España se califica como «historia de un imposible» por LASARTE, C.: *op. cit.*, pp. 88-98. Para CORCUERA ATIENZA, J. (*Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales*, en «REP», 46-47, 1985, p. 59): *La importancia del privilegio refleja la debilidad de la Constitución.*

cho una postura equivalente a la del Estado compuesto que configura. El Derecho foral formará parte esencial de la identidad de la Comunidad Autónoma y, por ello, constituirá un ordenamiento jurídico que es considerado como esencial de la identidad plural del Estado.

En su opción relativa a la autonomía política y a la cuestión foral, la Constitución adopta la misma posición que permite hablar de su carácter realista. El citado artículo 149.1.8 se refiere a los derechos forales «allí donde existan». No son, por tanto, una creación de la Constitución. Son realidad preexistente, que se constitucionaliza. Esta perspectiva realista resulta clave para la comprensión no sólo del fenómeno foral, sino del autonómico más auténtico. Y, por eso, también se erige en piedra de contradicción. En definitiva, no es más que una manifestación de la doble aproximación —idealista, realista—, que divide frecuentemente la especulación sobre el Derecho como proyección del saber filosófico.

No es del caso detenerse en tan importante cuestión que valdría, nada menos, que como hilo conductor de la Historia, y del que quedan testimonios en los debates parlamentarios (7). La formulación del «Estado de Derecho» debe mucho al idealismo y lo mismo, en buena parte, la funcionalidad de la Constitución. Pero no es menos cierto que la idea de los derechos fundamentales, oscurecida largos años en Europa, y la propia emergencia del «Estado social de Derecho» sobre las críticas a la insuficiencia de la «legalidad constitucional», la elaboración del «poder constituyente» permiten orientar la reflexión hacia la revalorización de la aproximación realista para la comprensión cabal de la Constitución como norma suprema (8). Veamos algunas manifestaciones.

De entrada, ha de llamarse la atención sobre lo que, con toda propiedad, podría denominarse el sujeto de la Constitución; su artículo 1 expresamente manifiesta que España es lo que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, que adopta como forma política la Monarquía Parlamentaria. Habrá diferentes concepciones sobre lo que sea España, podrá considerársela un «enigma»; pero es evidente que constituye una realidad inefable, que no puede explicarse sin acudir, aguas arriba del tiempo, al arrastre de la Historia, y que, como sujeto de la Constitución, la trasciende (9).

(7) Debate sobre el artículo 9 de la Constitución con intervenciones contrapuestas de PECES BARBA, G., y MEILÁN, J. L.

(8) Cfr. BACHOF, O.: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, Tubinga, 1951. A lo que responde la teoría de la «posición preferente» de los cuatro derechos fundamentales contenidos en la primera enmienda de la Constitución americana [(cfr. CORWIN, E. S.: *The «Higher Law» background of American Constitutional Law*, en «Harvard Law Review», 42 (1928-1929) (apud Lowenstein)].

(9) Cfr. SÁNCHEZ ALBORNOZ, C.: *España, un enigma histórico*, Madrid, 1950. En el sentido del texto con énfasis, HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Introducción a «Fragmentos*

A partir de esa comprobación elemental pueden deducirse consecuencias del mayor interés, en este momento en el que debe entenderse arrumbado definitivamente desde hace mucho tiempo la máxima «Princeps legibus solutus». Aceptados los principios del constitucionalismo, han de superarse los recelos en que se basó inicialmente éste en la Europa de las Monarquías de la Restauración postnapoleónica frente a reductos de poder exentos y lo que es un dogmatismo imperialista del Derecho que no sólo disciplina, sino que crea el propio ámbito que regula.

La Constitución de 1978 suministra elementos para apoyarla. Por ello, el artículo 2 puede decir, después de lo declarado en el artículo inicial, que «la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española». Con razón ha sido visto en este precepto la norma fundamental que confiere validez a la Constitución Española (10). Téngase en cuenta que el certero entendimiento del carácter normativo de la Constitución obliga a interpretar todos sus preceptos bajo esa característica, sin acudir al cómodo y falso expediente de calificación puramente programática, es decir, retórica.

Sin la consideración del carácter realista de la Constitución de 1978 que destacamos, no se entiende bien el título II de la Corona. Porque es símbolo no ya de «su unidad», sino también de «su permanencia» (artículo 56.1). Su título es «el Rey de España» y, por ello, con toda propiedad se afirma que «la Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica» (artículo 57). La Constitución necesita, por tanto, para su comprensión cabal, de realidades históricas que la trascienden y la preexisten. La figura del Rey se constitucionaliza en tanto Jefe del Estado y por ello le corresponden una serie de funciones que enumera el artículo 62.

La Constitución Española, al reconocer como forma política del Estado la Monarquía Parlamentaria y al regular lo concerniente a la Corona —sucesión, abdicaciones y renunciaciones regencias, matrimonios— realiza bajo supuestos nuevos, el compromiso jurídico que supuso el constitucionalismo europeo posterior a la Revolución francesa. La inserción de la corona en el orden constitucional no supone una desnaturalización de éste; pero tampoco significa que aquélla emerja como una realidad creada por él. Así, la Constitución reconoce

de Estado», de G. JELLINEK (Madrid, 1978, p. 48): «¡Las Cortes, aun representando la indivisible soberanía del pueblo español, pueden pasar, y de hecho han pasado, pero Cataluña o Euskadi, como la España grande en la que se integran, permanecerán!». A la esencia misma del Derecho Constitucional americano pertenece el reconocimiento de fundamentales principios superiores al mismo Estado.

(10) GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *La norma fundamental que confiere validez a la Constitución Española y el resto del ordenamiento español*, en «RAP», 100-102, I (1983), pp. 293 y ss.

que el Rey de España podrá utilizar los títulos que correspondan a la Corona (artículo 56.2) y que el Príncipe heredero «tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España» (artículo 57.2). Y con relación a esa realidad, reconocida pero no creada constitucionalmente, se desarrolla una actividad que tiene por titular la Corona y puede dar lugar a las delegaciones regias.

Todo ello es orden constitucional; pero no es creación constitucional. El Rey, en tanto Jefe del Estado, es creación constitucional y no lo es en tanto titular de la Corona de España. Es cierto que en tanto Jefe del Estado asume la más alta representación del Estado Español en las relaciones internacionales (artículo 56.1); pero al subrayar esa misma función con «las naciones de su comunidad histórica», la Constitución tiene que apelar a realidades que trascienden de su virtualidad creadora, cuyas consecuencias serían claras si en el futuro esa realidad, «comunidad histórica», tuviese un determinado reconocimiento jurídico (11).

Con lo expuesto anteriormente no se quiere, evidentemente, resucitar ninguna legitimidad extraconstitucional, marginal y extravagante de la Constitución, sino superar un normativismo estrictamente formal y positivista desconocedor de la realidad misma reconocida constitucionalmente, sin la cual se llega en algunos puntos especialmente conflictivos a una auténtica aporía. No se trata de mantener y fomentar el mito, pero tampoco de anarbolar un fetichismo racionalista refractario a la realidad histórica. La Constitución de España no puede identificarse con la de otra nación por mucho que se utilizasen unas mismas técnicas jurídico-formales.

Pues bien, a la luz de esa aproximación realista de la Constitución pueden —y deben— ser leídos otros artículos. Para comenzar, el propio artículo 2 en su integridad señala: «la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones».

No hemos de entrar aquí en el análisis de este precepto, de su polémico par conceptual, nacionalidades-regiones, del alcance y fundamento de la distinción, de sus consecuencias jurídicas, del carácter distributivo o no, total o parcial del reconocimiento y garantía constitucionales. Basta subrayar que ese reconocimiento del derecho a la autonomía supone el de la preexistencia de sus titulares: una colectividad o comunidades determinadas, que no surgen «ex novo» de la Constitución y en las que es fundamental el acontecer histórico, dándole al adjetivo su significado más amplio.

La existencia de determinadas comunidades, que se individualizan con suficiente nitidez dentro de España, no deriva de un reconoci-

(11) Bastará la cita de la Commonwealth.

miento jurídico; más bien éste es consecuencia lógica de aquella realidad. El hecho de que no siempre el Derecho lo haya reconocido no constituye la negación de su existencia, como pone de relieve la Historia y el Derecho Internacional (12).

Y esto que puede afirmarse de una colectividad, y empleamos este término neutro e incoloro con la intencionalidad, en cuanto a la organización completa, política, de su vida en común, se comprueba en el mundo acotado del Derecho. La persistencia de las instituciones forales se ha producido «al margen» de las fuentes estatales de producción del Derecho; han surgido de la espontaneidad social respondiendo a una manera de entender la convivencia y las relaciones individuales y de los distintos grupos —familiar o local— o el asentamiento en la tierra y su titularidad. El Derecho estatal, emanado de los poderes del Estado, en especial del legislativo y del ejecutivo, no han podido erradicar aquella realidad y, según los momentos ha debido admitir esas realidades jurídicas, aunque, inconsecuentemente, no hayan reconocido su causa. El carácter predominantemente consuetudinario del Derecho foral, desde la perspectiva codificadora, encuentra explicación en que ha debido producirse al margen de la producción de los poderes organizados del Estado configurados por el constitucionalismo.

La Constitución de 1978 supone un reencuentro con la realidad histórica que no se agotaba en las formulaciones jurídico-formales de las Constituciones anteriores, salvo el intento de 1931. Precisamente por ello no debería resultar sorprendente que, en materia de autonomía política, ese precedente haya sido utilizado ampliamente en la elaboración del título VIII de la Constitución de 1978.

En varios preceptos se manifiesta esa apertura constitucional a la Historia. Sin ánimo de un examen exhaustivo cabría decir que las características históricas comunes constituyen requisitos esenciales para que las provincias limítrofes ejerciten el derecho a la autonomía reconocida en el artículo 2 (artículo 143.1). La constitución de una Comunidad Autónoma uniprovincial requiere que tenga «entidad regional histórica» (artículo 143.1); la denominación de la Comunidad ha de corresponder a su «identidad histórica» [artículo 147.2 a)] . Y sobre todo, aquellos que se refieren a supuestos concretos; además del reconocimiento de los Derechos forales «allí donde existan» (artículo 149.1.8), la disposición adicional primera sobre respeto de los derechos históricos de los territorios forales, que se complementa con

(12) Es sintomático el caso de Polonia, JELLINEK, G.: *Fragments of Estado*, trad. e introducción de Herrero de Miñón, M., Madrid, 1978. El punto de partida del trabajo es la posibilidad lógica de la desvinculación de alguno de los tres elementos del Estado: territorio, población y poder. Cfr. GUAITA, A.: *La Administración de Navarra*, en «REDC», 12 (1984), p. 75; la Constitución «se encontró» con la autonomía navarra.

la disposición derogatoria segunda (13); y específicamente a los «territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de Autonomía».

El jurista ha de aproximarse a estos preceptos cumpliendo las reglas de la interpretación (14), entre las que no figura suplantar la voluntad del constituyente o el valor del sistema constituido por su apreciación personal, sean gusto, convicciones políticas, afanes apolo-géticos, patriotismos más o menos mesiánicos ni por los condiciona-mientos de un trabajo profesional de parte. Y de todo ha habido. Ha de huirse de maniqueísmos interesados y acercarse a la realidad de las cosas como son, no como nos hubiera gustado que fueran. Por ello no se puede compartir, como juristas, las apreciaciones ex-trajurídicas que se intentan hacer pasar como rigurosas, vestidas con el ropaje deslumbrador de un comparatismo nada difícil. Para exaltar esta vía del Derecho comparado no es preciso alancear «un historicis-mo convencional, que arriesga construcciones artificiosas, sobre la base de sustantivar elementos aislados, cuando no inventados, del pasado institucional lejano e impuesto»; ni moralizar contra «la vía de la improvisación y el arbitrismo», orientada apenas por un simple afán de protagonismo de las élites locales cuando no por el vértigo de la experimentación y de la ruptura» (15). Cuando un jurista se sitúa en una posición no neutral suele radicalizar sus opiniones y desnatur-alizar los hechos caricaturizándolos incluso al subrayar tales líneas o cargar tales tintas.

Las referencias históricas que la Constitución recoge como datos no son un adorno; sino preceptos de Derecho positivo que no pueden ignorarse con base en una descalificación global.

Más matizado y más fructífero desde el punto de vista de la inter-pretación constitucional es el denominado «principio de limitación del historicismo jurídico», según el cual «la legitimidad historicista, vale más como título para justificar la existencia del hecho diferencial, que para determinar su contenido» (16).

Lo primero que puede afirmarse sobre los Derechos históricos es que se han constitucionalizado, como les sucede a los Derechos fora-

(13) En ese sentido, CORCUERA ATIENZA, J.: *La constitucionalización de los dere-chos históricos*, en «REDC», 11 61984), p. 37: «En definitiva...» y también en *Notas... cit.*, p. 61: «La historia aparece, pues, como un título legitimador de algún tipo de particularidades jurídicas».

(14) En ese sentido, cfr. FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos históricos de los Terri-torios Forales*, Madrid, 1985, p. 20. La expresión «derechos históricos» de la disposi-ción adicional primera llega a la Constitución por los «cauces histórico y político»; pero una vez en ella «adquiere la condición de concepto jurídico».

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Estudio preliminar*, de la obra colectiva «La dis-tribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías terri-toriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española», Madrid, 1980, p. 15.

(16) TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Op. cit.*, p. 16.

les. A partir de la Constitución y por primera vez en la Historia han adquirido «rango constitucional»; tienen «su soporte y garantía, *erga omnes*, en la propia Constitución» se ha afirmado con acierto (17). Y esa ha sido una decisión trascendente de la Constitución de 1978, pese a las dificultades evidentes de la fórmula y lo azaroso de su elaboración (18).

No se trata tanto de discutir la vigencia, uno por uno, de cada «Derecho histórico», de «cuáles y cuántos son esos Derechos decantados por la Historia que la Constitución ha hecho suyos», que podría conducir a sorpresas y oficialmente a «un callejón sin salida», sino «en dejar establecida la existencia misma de la foralidad como institución peculiar, como forma explícita y singular de autogobierno», de acuerdo con la citada disposición adicional primera de la Constitución, ya que ésta no sólo «ampara y respeta los Derechos históricos», sino que reconoce «la actualización general de dicho régimen foral» (19). Ello ha quedado meridianamente expresado en la Ley de Reintegración y Mejoramiento del Régimen Foral de Navarra (L.O.R.A.F.N.A.), cuyo título es suficientemente significativo y cuyo alcance se concreta en el articulado y se explica en el Preámbulo.

A partir del reconocimiento de esa realidad «histórica», que no es mero pasado, sino presente constitucional, el jurista debe construir. Y su labor, por ello, no será ciertamente una operación de arqueología, ni siquiera de puro historiador; pero tampoco especulación lógico-formal, histórica. Y así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional cuando ha tenido que enfrentarse con casos concretos, aunque sus pronunciamientos resulten discutibles. En relación con la disposición adicional primera ha declarado:

«Los territorios forales son titulares de “Derechos históricos” respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, en virtud de lo dispuesto por la disposición adicional primera de la Constitución; por lo que de la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales “Derechos”. Mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas son las que éstas, dentro del marco establecido por la Constitución, hayan asumido mediante sus respectivos Estatutos de Autonomía; habrá de acudir, en consecuencia, a la Constitución, a los Estatutos de Autonomía y a otras posibles normas delimitadoras de competencias dictadas en el marco de las anteriores para saber cuáles sean las correspondientes a cada Comunidad» (20).

(17) FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos...*, pp. 85-86. CORCUERA ATIENZA, J.: *La constitucionalización de los derechos históricos*, en «REDC», 11 (1984), pp. 39 y ss.

(18) *Ibidem*, Cap. I.

(19) *Ibidem*, pp. 87-92.

(20) STC 11/1984, de 2 de febrero.

Al servicio de la solución del caso, el Tribunal Constitucional subrayó, quizá con exceso, la diferencia entre Derechos históricos, cuyos titulares serían los territorios históricos (es decir, las tradicionales provincias vascongadas o «vasconizadas»), y las competencias de la Comunidad Autónoma vasca. Sólo a ésta, afirma, se refiere la actualización del régimen foral a que alude la citada disposición adicional primera; en consecuencia, reduce a «cuestiones de mera legalidad» la relativa a si determinadas facultades de aquellos territorios entraban o no dentro del contenido del concierto económico. La afirmación no resulta convincente, porque de lo que se trata de dilucidar es si una determinada norma estatal invade el ámbito de esos Derechos históricos amparados constitucionalmente como un todo (21).

Territorios históricos y Comunidad Autónoma vasca «son entes jurídicos distintos y autónomos entre sí, dotados cada uno de su correspondiente esfera de intereses y de las competencias necesarias para su gestión» (22). Diferencia que no es negada por el propio Estatuto. Por eso, resulta equívoca y sería, a nuestro juicio, errónea sacada de su contexto, la afirmación del Tribunal Constitucional de que «la disposición adicional primera de la Constitución no puede considerarse como un título autónomo del que pueda deducirse específicas competencias (23).

La peculiar estructura de la Comunidad Autónoma vasca, vertebrada sobre los territorios históricos, hace que éstos tengan el protagonismo histórico que justifica la disposición adicional primera de la Constitución y que aquella aparezca como una creación jurídica a partir de la Constitución. La cuestión es enormemente compleja por las perspectivas desde que se enjuicia y por las correlativas concepciones que se tienen tanto de la Comunidad Autónoma, como de su relación con los territorios históricos y con el Estado (24). Pero, en todo caso, es claro que los denominados Derechos históricos constitu-

(21) Una crítica de la sentencia de FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos...*, p. 86.

(22) STC 11/1984, de 2 de febrero.

(23) STC 123/1984, de 18 de diciembre.

(24) Cfr. FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos...*, y bibliografía allí citada. HERRERO, M. (*Territorios históricos...*, pp. 346-347) ha subrayado agudamente las limitaciones de una comprensión positivista del fenómeno que reconduce provincia (territorio histórico) a la categoría jurídica en un ente local, incompatible con la concepción confederal del nacionalismo vasco, a la que se impuso el modelo catalán. Es un tema pendiente. Del mismo autor: *El territorio como espacio mítico*, en «Libro homenaje a García Pelayo», Caracas, 1979.

La cuestión ha dado lugar a tensiones políticas importantes dentro del Partido Nacionalista Vasco entre los denominados «foralistas» o «provincialistas» y los «autonomistas». Se ha afirmado que no se trata tanto de «un conflicto entre historia e ideas», sino del que se plantea «cuando realidades institucionales de ámbito provincial ven amenazada su capacidad de decisión, su autonomía, por un proyecto autonómico supraprovincial» (CORCUERA ATIENZA, J.: *Op. cit.*, p. 55). Este mismo autor se inclina decididamente por la «prevalencia del principio autonómico sobre el foral provincialista» (pp. 77 y ss.).

yen un cierto sistema reconocido y no creado por la Constitución, con límites que impiden su expansionismo libre, pero no fosilizado, y susceptible de actualización, por supuesto en el marco de la Constitución —que los garantiza— y de los Estatutos que los reconoce igualmente (25).

Aunque, desde una determinada concepción de la autonomía vasca, pudieran coincidir los títulos jurídicos de los territorios históricos y de la Comunidad Autónoma, puede con certeza sostenerse que esa coincidencia en modo alguno puede ser total; por lo que al menos determinadas competencias de la Comunidad Autónoma derivan directamente de los Estatutos en el marco de la Constitución.

El anterior excurso no tiene más función que la de subrayar algunas consecuencias del carácter realista de la Constitución para la mejor comprensión del fenómeno autonómico y de su Derecho. Resulta de ello patente que, cuando menos, una parte del ordenamiento de las Comunidades Autónomas puede tener su fundamento en realidades históricas preexistentes que la Constitución acoge, respeta y cuya actualización permite. Y esas observaciones son aplicables, con mucha mayor facilidad, a los Derechos forales o civiles especiales, en los que esa dicotomía Derecho histórico-competencia de la Comunidad no es predicable.

Por el contrario, la competencia constitucionalmente reconocida a las Comunidades Autónomas sobre aquéllos constituye un consciente argumento en favor de la nueva óptica con la que debe ser contemplado el Derecho foral y que no es otra que la estatutaria (26).

II. DERECHOS FORALES Y COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

Al principio se puso de relieve cómo el reconocimiento de los Derechos forales o civiles especiales constituye una magnífica prueba de la existencia de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, con base en el artículo 149.1.8 de la Constitución. Frente a ello se ha intentado construir una forzada tesis (27), cuyo apriorismo re-

(25) En ese sentido ha podido decirse que «la esencia de los derechos históricos no es otra cosa que su preconstitucionalidad..., expresión jurídica de una *corpora política* que tampoco la Constitución ha creado» (HERRERO, M.: p. 351). Algún autor ha opinado que «la disposición adicional primera no tendría por qué ser interpretada restrictivamente como instrumento de amparo sólo de los derechos históricos de los territorios vasco-navarros», CORCUERA, J.: *La constitucionalización...*, p. 36.

(26) Aunque teóricamente los Derechos forales no necesitarían para su subsistencia de su reconocimiento por los Estatutos de las respectivas Comunidades, esa es la tendencia natural bajo la actual Constitución y ha terminado por ser una realidad.

(27) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico*, en «REDC», núm. 5, 1982, pp. 88 y ss. PAREJO, L.: *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*, Madrid, 1981, pp. 92-93.

sulta meridiano, para mantener la de carácter general adversa al reconocimiento de aquellas competencias y fundado en una defensa excesiva de las competencias exclusivas del Estado que, de otra parte, no se ponen en duda.

Se reconoce, por esta orientación doctrinal, que el párrafo 8 del artículo 149.1 de la Constitución «reserva una potestad legislativa autonómica..., como un ámbito material separado de la legislación civil del Estado y, por tanto, no sometido en principio a ésta». Y que «la competencia autonómica no se articula en este caso como una participación en una competencia exclusiva del Estado, sino como una competencia exclusiva y completa de la Comunidad Autónoma» (28). La conclusión parece clara; pues bien, la particular que se saca es que ese hecho «sitúa el supuesto fuera de la técnica común del artículo 149.1».

El párrafo citado «en cuanto se refiere a los Derechos forales —se concluye— está situado asistemáticamente o si se prefiere no es coherente con el resto del contenido del precepto». El perjuicio doctrinario lleva a confusiones adicionales porque se considera que el precepto citado «es más bien una competencia autonómica de la misma naturaleza que la del artículo 148.1», que como se ha razonado anteriormente, constituye un marco y no una lista de atribución de competencias de las Comunidades Autónomas. Los Estatutos de las Comunidades Autónomas del artículo 151 —y las demás al cabo de cinco años— realizan la concreta atribución o asunción de las competencias en el marco de los artículos 148 y 149 (artículos 148.2 y 151.1).

Al no reconocer lo que es innegable —la aplicación preferente del Derecho foral sobre el Derecho denominado común—, para mantener la tesis de la prevalencia del Derecho estatal en todo caso sobre el de las Comunidades Autónomas, se afirma que aquellas realidades positivas no empiecen, «pues remiten a unas relaciones normativas planteadas no sobre la dialéctica “lex superior-lex inferior”, sino sobre la de “lex generalis-lex specialis”, lo que coloca de suyo dichos supuestos fuera del ámbito de aplicación posible del principio» de prevalencia del Derecho estatal (29).

La explicación, a nuestro juicio, conforme con la literalidad de las expresiones y la ubicación del precepto y el contexto y precedentes, es afirmar que la Comunidad Autónoma tiene competencias exclusivas sobre los Derechos forales y civiles especiales, cuya preexistencia se reconoce y se incorpora al sistema constitucional (30). No son creación de la Constitución, pero no pueden constituir ordenamientos erráticos o vagos. Sucede, además, que al integrarse en el

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La significación...*, p. 89.

(29) PAREJO, L.: *La prevalencia...*, pp. 92-93.

(30) Cfr. LASARTE, C.: *Autonomía y Derecho privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, pp. 99 y ss.

sistema constitucional, la atribución de competencias exclusivas a la Comunidad Autónoma en la materia resulta coherente con la determinación constitucional de reconocerles la «conservación, modificación y desarrollo» de aquél. Con ello se resuelve una cierta aporía a que podría conducir la consideración de un Derecho civil fosilizado al que, sin embargo, se reconoce fundamentalmente como parte de los usos y costumbres.

El problema consistirá, como se indicó al analizar los denominados «Derechos históricos» cual es el alcance de esa «conservación, modificación y desarrollo». Las posiciones doctrinales varían según la perspectiva desde que se escriba —autonómica o foralista, de un lado; estatista o común, de otro— sin que a los términos se desee imponer una carga positiva o negativa. Se discutirá si esa competencia del artículo 149.1.8 se atribuye sólo a las Comunidades en donde existiese Derecho foral en el momento de promulgarse la Constitución referido a la compilación respectiva o si no debe existir tal restricción (31). Y sobre todo se debate la capacidad innovadora de la Comunidad Autónoma: si la modificación y el desarrollo deben operar dentro de lo que es el reconocido Derecho foral o si puede manifestarse fuera de su realización histórica para crear instituciones nuevas (32). El problema se agudiza en relación con la determinación y regulación de las fuentes del Derecho (33).

No es nuestra intención desarrollar aquí todos los aspectos del problema. Bastará con subrayar algunos puntos que interesan al tema que estamos exponiendo. En primer término, ha de recordarse el carácter de auténticos sistemas que tienen los Derechos forales. Que sus normas diverjan de las que constituyen el llamado Derecho común encuentra en aquello su explicación. Haste el mismo origen ordinariamente consuetudinario lo confirma. Traducen un modo de entender parcelas importantes de la vida en común y no es difícil encontrar algunas claves que proporcionan coherencia al sistema. Si es así, se comprende que se haya afirmado igualmente su carácter

(31) Por la restricción se manifiestan los profesores LÓPEZ JACOISTE y DELGADO ECHEVARRÍA Y LASARTE. En contra, GARCÍA CANTERO, G.: *Competencias de las Comunidades Autónomas en materia foral*, en «Conferencias...», p. 6.

(32) Por la primera tesis se pronuncia Lasarte, C., que sigue la opinión de Delgado Echevarría, bajo el eslogan «mantenimiento del foralismo». La posición contraria es mantenida por RICA I FRÍAS, E.: *El Derecho...* («con la Constitución desaparece definitivamente el Derecho foral para pasar a ser Derecho civil de la Comunidad Autónoma»), p. 23. Cfr. BERCOVITZ, R.: *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil*, Oñate, 1983. Para Arechederra Aranzadi, L. I. (*Competencias de Navarra en materia de Derecho*, en «La Ley», 12 de noviembre de 1986) la «continuidad foral» es una referencia útil (p. 3).

(33) Cfr. DIEZ PICAZO: *La doctrina de las fuentes del Derecho*, en «Anuario de Derecho Civil», octubre-diciembre, 1984, pp. 834 y ss.

de «sistemas abiertos» (34), que explican no raras contradicciones en cuanto a regulaciones diferentes en momentos sucesivos (35).

La «modificación y el desarrollo» están, pues, esencialmente implícitos en la idea misma del Derecho foral que no es, por tanto, necesariamente un fósil. La conservación ha de entenderse desde la idea de la garantía constitucional: como seguridad de que su supervivencia, en términos que permitan su identificación como tal Derecho foral, no será amenazada por el Derecho estatal común (36), para lo que constituye un límite. Y, por supuesto, que la Constitución no lo derogaba.

En segundo lugar, la constitucionalización del Derecho foral y en concreto la posibilidad de que sea materia para competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas aporta la novedad de que, por primera vez, se reconoce la potestad legislativa sobre ella. La modificación y el desarrollo, por seguir utilizando los términos constitucionales, pueden ser el resultado del ejercicio de la potestad legislativa de una Comunidad Autónoma (37). Con ello puede plantearse la cuestión de la esencialidad o no del carácter consuetudinario del Derecho foral. Y no se trata de la acción legislativa de alcance comilador, sino de un ejercicio ordinario de la potestad de legislar.

Desde la perspectiva que aquí se adopta, lo importante y decisivo es que la Comunidad Autónoma puede legislar sobre el denominado tradicionalmente Derecho foral o civil especial, de la misma manera que podrá hacerlo sobre las demás competencias asumidas como exclusivas, que justifica la concepción estatutaria que vengo proponiendo. ¿Con qué límites?

De acuerdo con las premisas esenciales de Derecho foral como sistema garantizado constitucionalmente, entendemos que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva para innovar, dentro de los límites de lo que se entiende por Derecho civil especial, reconociendo nuevos usos, jerarquizando de distinto modo las fuentes (38).

(34) Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J.: *Constitución y Codificación civil*, en «Lecturas sobre la Constitución Española», T. II, 1978, p. 607: «Es la apertura que emana de la realidad de las cosas, que mantiene como meta el valor profundo del hombre, y que crea el clima de libertad necesaria para las más egregias realizaciones humanas». En general, cfr. VILLAR PALASI, J. L.: *Consideraciones sobre el sistema jurídico*, en «RAP» (100-102), I, 1983, pp. 509 y ss.

(35) Cfr. FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos*, p. 21.

(36) En ese sentido, FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos*, p. 21; que sigue expresamente a PAREJO, L.: *Garantía institucional y autonomía local*, Madrid, 1981. La idea ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional en su S. de 28 de julio de 1981 al tratar de las Diputaciones provinciales.

(37) La trascendencia de esa atribución de «competencias legislativas» es destacada por ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, I, 7.ª ed., Madrid, 1979, p. 99.

(38) Cfr. AGUIERA Y ARJONA, A.: *Galicia. Derecho consuetudinario*, Madrid, 1916. Precisamente, una de las razones de ser del Derecho foral es su nacimiento por la vía de costumbre «contra legem». En ese sentido, CARBALLAL PERNAS, R.: *Estudo*

También para la Comunidad autónoma ha de jugar el principio de la garantía constitucional de modo que se preserve la «imagen que del Derecho foral o civil especial» se pueda tener socialmente, que ha de conectarse, como se verá, al ejercicio de otras competencias exclusivas sectoriales de la comunidad autónoma, asumidas por su Estatuto. Y ya se comprende que aquella capacidad innovadora no puede quedar reducida a la incorporación de instituciones que quedaron fuera de la Compilación (39).

En esta delicada materia han de conjugarse a la vez y equilibradamente dos principios: la preexistencia constitucional del Derecho foral o civil especial y su constitucionalización como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Aquella justifica ésta. El ejercicio de la competencia exclusiva está sometido a los límites constitucionales de toda competencia exclusiva, tal como se expuso anteriormente, sin que, por ello, se volatilice el carácter exclusivo de la competencia con la prevalencia consiguiente en la aplicación del Derecho autonómico (40).

Otra cosa es que los derechos fundamentales de la persona, en tanto contenido de la Constitución, sean de aplicación y tengan efectos derogatorios de la regulación foral de instituciones que aparezcan en contradicción con aquéllos (41).

do Dereito civil de Galicia, Santiago de Compostela, 1973, p. 64. El «íter» jurídico de los montes vecinales en mano común es paradigmático del papel de los usos y de la costumbre hasta forzar el reconocimiento legal. Conseguido éste, la naturaleza consuetudinaria de la institución ejerce un esencial papel interpretativo que no siempre se reconoce suficientemente.

(39) Para Galicia, cfr. PAZ ARES, J. C.: *La Compilación de Derecho civil especial de Galicia. Notas críticas*, Salamanca, 1964. SEOANE IGLESIAS, J.: *El ordenamiento jurídico gallego y el problema de las fuentes*, en «Foro gallego», 181 (1985), p. 38.

(40) Arechederra L. I. (*Competencia...*, p. 5) concluye drásticamente la desaparición del Derecho foral «como matriz inspiradora para pasar a ser un Derecho restringidamente especial. Especial, pero en perfecta sinfonía de principios con el resto del ordenamiento jurídico privado del Estado».

(41) Así ha ocurrido en materia de filiación, matrimonio. Cfr. ARECHEDERRA, L. I.: *Ibidem*.