ENSAYOS

Los españoles en la historia —por utilizar el título de Menéndez Pidal— hemos demostrado ser pueblo de frutos tempranos o tardíos. Pero el ser extemporáneos no significa carecer de posible sazón y la historia de la cultura española está llena de magníficos frutos fuera de estación.

Tal es el caso de la categoría derechos históricos, acuñada en Centroeuropa durante el pasado siglo y que la catástrofe de 1918 arrumbó, primero, y trató de excluir, después, en beneficio de conceptos aparentemente más racionales y, en la práctica, tan poco operativos como el principio de las nacionalidades sin referencia histórica alguna (Tratados de Versalles y El Trianón), o el federalismo racionalizado (Weimar y otras constituciones de la primera postguerra). Un concepto que, sin embargo, puede resultar útil a la hora de encausar las reivindicaciones nacionales que en el Centro y el Este de Europa emergen al desaparecer la ortopedia que el comunismo ha sido en esa parte del mundo.

Pues bien, es ese concepto el que, recogido por los constituyentes españoles de 1978 en la Disposición Adicional Primera de nuestra Norma Fundamental, puede servir en España para articular definitivamente al Pueblo Vasco y a otros hechos diferenciales de clara vocación nacional en el conjunto de España.

A propósito de la Disposición Adicional Primera de la Constitución

IDEA DE LOS DERECHOS HISTORICOS

Por Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón

LOS derechos históricos fueron utilizados por el constituyente español de 1978 y cualquiera que fuera la intencionalidad política que los distintos diputados y senadores tuvieran al usarlos, intencionalidad por cierto muy diversa según los grupos y las circunstancias, constituye una categoría objetiva de la Ley, como en tantas otras ocasiones, más sabia que el legislador y cuyo significado será preciso averiguar en función de la decantación de este concepto.

Uno de los, hasta ahora, más agudos exégetas de la Disposición Adicional Primera de la Constitucion, Bartolomé Clavero, no es un constitucionalista, sino un historiador, que al ocuparse de los Fueros Vascos, los caracteriza por su extemporaneidad: «Historia en tiempo de Constitución» es el subtítulo de una de sus sugestivas obras.

A juicio de este autor, Derechos Históricos y Constitución son dos categorías distintas y antagónicas, como lo son el Código, de suyo también constituyente, y el Fuero; productos uno y otro, respectivamente, de la razón y de la historia. Puede ciertamente afirmarse con el mencionado autor que «el sistema constitucional se manifiesta desde su propia implantación como contrario a los Fueros..., a los Derechos Históricos». Y ello es cierto tanto en el orden estamental y personal, puesto que el sistema constitucional es correlativo al concepto de ciudadano, definido por su igualdad ante la Ley y desconocido en el Antiguo Régimen, como en cuanto a las diferencias de derechos locales se refiere. El constitucionalismo en sus orígenes era, por tanto, anti-foral por anti-histórico, es decir, pretendidamente racional. Las constituciones que acudían a la fundación de un nuevo sistema jurídico y los derechos forales de determinación histórica eran, justamente, realidades antagónicas. Mientras que los Fueros encuentran su base en el ser histórico, la Constitución como la Ley se pretende expresión de una voluntad soberana, la «voluntad general» de Rousseau, que no procede de un ser, sino que expresa el deber ser de la razón

Los Derechos Históricos, al menos en España, se han afirmado, ya como un modelo ideal arcaico, cuya inmutabilidad conduce al *éxtasis social*, ya como el retorno al *momento primigenio* del *pactum unionis*

1. La secuencia lógica que Savigny exigiera para el derecho privado, entre la mediación *conceptual,* la *jurídico-positiva* y la *política,* que en ese campo produjo sus frutos, no se ha cumplido en el ámbito de lo público.

El constituyente de 1978 abordó la cuestión foral planteada por vascos y navarros e incluso redactó la Disposición Adicional 1.ª sin tener conocimiento de los problemas que se trataba de resolver, de los instrumentos hasta entonces utilizados, de los paralelos comparados pasados o presentes y, ni siquiera del sentido de los términos que iba a emplear. La intuición predominó sobre el conocimiento y, en consecuencia, el arbitrismo sobre la ciencia.

Culminada la tarea constituyente, el desarrollo, la aplicación y hasta el comentario de la Disposición Adicional 1.ª se ha hecho, mejor o peor, pero sin plantearse nunca qué sean los Derechos Históricos como categoría, esto es, su *idea* en el sentido antes expuesto. Esta carencia dogmática es la causa de que no se hayan extraído de la fórmula constitucional las oportunas consecuencias jurídico-políticas. Por eso, para dar pleno sentido a la disposición constitucional y abrir paso a las consecuencias en ella incoadas, se necesita la previa elaboración conceptual de la que aún carecemos y a la que aquí pretendo contribuir.

Para ello es preciso desandar los caminos desafortunadamente seguidos que no conducen a parte alguna. Es necesario destruir, en el sentido heideggeriano de la expresión, la costra de tópicos que ha ocultado el origen del concepto a construir e impedido su más recta comprensión. Es preciso deshacerse de fáciles improperios de ocasión y aplicar una dosis de rigor intelectual.

¿De dónde procede, en efecto, la noción de derechos históricos que utiliza la Disposición Adicional 1.ª?

Revisión histórica

Sin duda su origen inmediato está en el fuerismo y nacionalismo vasco, y tal categoría ha sido desde siempre manejado por una y otra reivindicación, sin que parezca claro cuándo comienza a utilizarse. Pero no se trata de una categoría autóctona, sino que tiene antecedentes y paralelos donde los conceptos alcanzan un mayor grado de elaboración y explicitación. A ellos habría que recurrir cuando se trata de reconstruir la génesis y estructura de una idea. Es al «ser en forma», a las más altas manifestaciones de una cosa cualquiera, donde el fenomenólogo debe atender para establecer la idea de ella.

Estos antecedentes pueden y deben buscarse en la propia *tradición historiográfica vasca* y en los paralelos ni vascos ni vascófilos, donde ésta se inserta. Pero dichos paralelos nos remiten a la llamada *Constitución tradicional,* cuya democratización por obra del principio de las nacionalidades da lugar a la articulación jurídico-política del *concepto Derecho Histórico* en pagos muy lejanos al Golfo de Vizcaya, de donde, me atrevo a decir, que se reciben por el fuerismo y el primer nacionalismo vasco. Analicemos someramente cada uno de estos tres pasos.

Ahora bien, si como propugnaron los maestros de la Escuela Histórica, las nociones generales sólo proceden de la comparación y generalización de los conocimientos empíricos concretos, no es menos cierto que «sólo del producto desarrollado inquirimos los comienzos embrionarios». Por eso la historia de la evolución es siempre un problema analítico. En consecuencia, no se trata aquí de «la cándida búsqueda de las piezas de unión y el feliz ensayo de su encaje» que, con razón, satirizaran los neokantianos, sino de explicitar aquellas articulaciones lógicas en que la noción de derecho histórico puede descomponerse al concebirla

Guernica (Vizcaya)
Casa de Juntas

«como dividendo en la historia, existiendo bajo las varias influencias del pasado y del presente». No hay, por tanto, que componer, sino descomponer. Como decía Maritain, «distinguir para comprender».

2. Los derechos históricos vascos se han afirmado sobre la base de lo que Mañaricúa denominaba «dogmas históricos», y por eso, porque se formulan desde la mitología, es usual interpretarlos más como mitos políticos que como categorías jurídicas.

A lo largo de toda la edad moderna, la invocación de mitos o dogmas históricos va a caracterizar la defensa de los Fueros vascos frente a los intentos uniformadores de la Monarquia absoluta. Tal es el caso de la Batalla de Arrigorriaga, de la Leyenda de don Zuría y el origen pactado del Señorío, del tubalismo, del cantabrismo y la consecuente insumisión a Roma, de la hidalguía universal, del origen vasco de los monarcas españoles, del monoteísmo primitivo y la temprana predicación evangélica, y tantas cosas más.

De ahí se ha deducido el carácter estrictamente mítico de los derechos históricos, entendiendo por tal su condición de fundamentación afectiva de una reivindicación estrictamente política. Pasar de ello a la plena desvalorización del mitificado derecho histórico es fácil, sobre todo para quienes desconocen el relieve jurídico-político del mito.

Ahora bien, los famosos dogmas o mitos a que

se refería Mañaricúa tan sólo son, en la historiografía vasca, títulos probatorios, entre otros tantos, del derecho que se alega. El mito histórico no se confunde con el derecho alegado; pretende servir de argumento en su favor. Y es frecuente en los autores de los siglos XVI y XVII, vascos o no, españoles o extranjeros, como es propio de una época especialmente vinculada al pasado, invocar testimonios históricos en apoyo de las propias pretensiones. Un historiador nada vascófilo, Juan de Mariana, afirma la tesis de la incorporación pactada de las provincias vascas a la Corona de Castilla, igual que cualquiera de los cronistas a sueldo de las Juntas Generales.

Como señala Gregorio Monreal, «los autores del XVI debían responder al reto de explicar el origen y la razón de ser de los regímenes públicos y privados de los territorios vascos. Atienden a esta demanda acudiendo a leyendas populares, en ocasiones recogidas e historiográficamente dignificadas por autores de nota». Como es propio de una época acrítica en la cual resulta rara la figura de Garibay, «se desenvuelven acríticamente contribuyendo sus elaboraciones a la fijación y consolidación de los temas». Pero ¿cómo extrañarse de ello cuando la propia moderna ciencia histórica declara tener como función principal la explicación del presente, y la historiografía científica, pasada por la criba de la más exigente crítica, no deja de responder, al menos desde hace siglo y medio, a una motivación profundamente nacionalista?

En segundo lugar, los Derechos Históricos sirven de marco de referencia a la legitimación democrática, porque las opciones democráticas pueden darse en ellos

En otras palabras: existían hechos, es decir, instituciones públicas y privadas que los contemporáneos consideraban su derecho, para cuya prueba y de acuerdo con la mentalidad de la época, invocaban entre otras cosas, por ejemplo, la pobreza del territorio o la peligrosidad de su situación estratégica o la lealtad de sus pueblos, determinadas leyendas convertidas en mitos o dogmas históricos. No se puede, por tanto, reducir a la prueba accidental lo que se pretende probar. Esto es, el derecho histórico al mito historiográfico, devaluando aquél mediante éste, sobre todo cuando, más allá de ambos, los hechos y en primer término, lo que es determinante en el mundo del derecho, la conciencia colectiva que expresa el espíritu del pueblo, resultan incontestables. Si el origen pactado del Señorío puede resultar históricamente discutible, lo que es históricamente incontrovertible es la conciencia, generalizada durante siglos, de su naturaleza pactada.

Los derechos históricos, en consecuencia, no pueden fundamentarse en episodios más o menos reales, pero en todo caso *mitificados.* Sin embargo, tales mitos en cuanto tópicos historiográficos de una determinada época, revelan un estado de la conciencia colectiva y, como tales, la crítica histórica de nuestros días sí ha de tomarlos en consideración. No como prueba de lo que quieran demostrar, pero sí como demostración de una voluntad de probar, esto es, como exponente de una autoconciencia del hecho diferencial.

Tal es la situación general en la Europa bajomedieval y renacentista, según nos relata la historia de la historiografía, y el fenómeno vuelve a repetirse, ya en una frase de historiografía crítica cuando, precisamente, en apoyo de los Derechos Históricos de las nacionalidades emergentes, especialmente en la monarquía de los Habsburgo, pero también en otros países europeos, es preciso inventar nuevas tradiciones.

El concepto histórico-tradicional de Constitución

3. Por otro lado, la noción de derecho histórico tiene otra fuente mucho más objetiva, la Constitución tradicional, intencionalmente vinculada a la historiografía mítica, precisamente porque cuando ésta se afirma es para defender aquélla. Y no es mala prueba de ello la mixtión de concepciones protomodernas que anuncian la revolución americana y los mitos historiográficos heredados, en una obra tan significativa como la del P. Larramendi, a la que no faltan paralelos comparados.

Los Derechos Históricos se predican en el campo constitucional en relación con la llamada Constitución tradicional, o Constitución histórica. Esto es, dentro del contexto político y social del Antiguo Régimen como instrumento de oposición al absolutismo, sea afirmando una situación de hecho que se estima amenazada —caso vasco—, sea reivindicando unos derechos cuyo restablecimiento se pretende —antijosefinismo húngaro.

Sin embargo, los Derechos Históricos se han vinculado adrede a la Constitución histórica, es decir, a un tipo ideal de Constitución recientemente invocado como maniqueo especialmente construido para su más fácil impugnación. En realidad, el concepto histórico-tradicional de Constitución no «surge en su formulación consciente como actitud polémica frente al concepto racional o, dicho de un modo más preciso, como ideología del conservatismo frente al liberalismo». Es una categoría polémica muy anterior, cuyo despliegue en la historia de las ideas políticas occidentales puede sintetizarse en tres fases.

En primer lugar, cuando mediante la fusión de los órdenes o estamentos en el corazón de la Edad Media se consolida la *noción del país.* Así, desde el final de la guerra de los barones, Inglaterra conoce la *communitas terrae;* desde 1283 la «universitas cataloniae» había tomado conciencia de sí misma; un siglo después, los religiosos, nobles y buenas ciudades de Heinaut comenzaban a hablar «en nombre y por todo el cuerpo y comunidad de los del país». Y los ejemplos pueden multiplicarse por doquier. Ahora bien, la configuración de esta comunidad territorial como cuerpo místico plantea el problema de su representación corporativa, de su tensa relación con el príncipe, esto es, la historia aún inconclusa de las Asambleas estamentales y de la articulación con ellas de un Consejo Ejecutivo. Pues bien, la invocación de derechos históricos de representación, tanto en las Asambleas como en el Consejo, y la afirmación de una Constitución histórica de tales instituciones, es usual durante la baja Edad Media y aún más acá.

En segundo lugar, en los siglos XVII y XVIII, la *reacción anti-absolutista* que triunfa en Inglaterra y es derrotada en Francia, plantea el problema de una Constitución histórica que limitaba los derechos de la Corona y potenciaba las competencias estamentales, nociones que en España utiliza Jovellanos, como conservador, y cuyos ecos llegan a Martínez Marina, como innovador, y al primer constitucionalismo moderno español.

Por último, de la misma manera que en algunos casos las instituciones históricas representativas no se destruyen, sino que se democratizan (Inglaterra 1832, Hungría 1848, Suecia 1866, Finlandia 1905), también se *democratiza el concepto de derecho histórico,* tanto en la doctrina como en la práctica. Así, por ejemplo, cuando Noruega pretende su plena independencia respecto de Suecia, a la que se encontraba unida desde 1814 en virtud del Tratado de Kiel, se invocan los derechos históricos del antiguo Reino y de su pueblo, muestra de la operatividad democrática de la categoría de derecho histórico al servicio de la verdadera autodeterminación nacional.

Ahora bien, después de exponer todo esto y haciendo abstracción de la génesis de la denominación «derechos históricos», es preciso tener en cuenta que su concepto es una típica tradición inventada o, si se prefiere, un replanteamiento de la historia y no una herencia de la misma, como corresponde a la afirmación de una identidad nacional.

En efecto, la voluntad de ser en que la nación consiste reclama un pasado y construye una historiografía, incluso científica. Por eso mismo suele inventar tradiciones. Así lo ha demostrado con referencia a casos muy significativos Eric Hobsbawm y un selecto grupo de historiadores y antropólogos.

De acuerdo con sus tesis cabe afirmar que, con ocasión de las transformaciones sociales que destruyen las antiguas pautas institucionales, se dan casos de adaptación a las nuevas situaciones que adoptan la forma de referencia a las antiguas o, en otras palabras, se utilizan materiales antiguos con un propósito nuevo: responder a situaciones también nuevas. En ello consiste la invención de tradiciones, entre cuyos tipos pueden encontrarse aquellas que procuran expresar la identidad y cohesión de la comunidad. Tal es el caso de los derechos históricos que, como después diré, tan sólo la identidad del hecho diferencial y no ningún contenido concreto pretenden afirmar.

Así ocurrió en los países de Europa central y oriental o de Escandinavia, por sólo reiterar los casos mencionados y así también cuando en Euskalerria o Navarra la antigua sociedad tradicional y sus formas políticas entran en crisis. Precisamente cuando esta crisis hace inviable el restablecimiento del sistema político tradicional es cuando los derechos forales se transforman en derechos históricos.

Pero inventar no es falsear sino destruir ¿y, acaso, la poesía no es el más sublime acceso a la verdad? Quienes nos honramos con el magisterio de J. Grimm sabemos que el jurista que pretenda dar cuenta rigurosa del Estado y del Derecho no puede renunciar a lo que muchos años después se llamaría «esencia de la poesía».

La historia no es, en consecuencia, tanto los hechos e instituciones del pasado que es preciso reconstruir mediante una investigación historiográfica como el modo de afirmar una excepcionalidad o particularismo

Noción de Derecho histórico

4. Es a partir de esta raíz, las constituciones estamentales del Antiguo Régimen, revitalizadas en Alemania desde el Acta final de Viena, como va a construirse definitivamente la noción de Derecho Histórico, sin que ello impida la paulatina y total emancipación de dicha categoría de unas formas institucionales concretas y su transposición a ámbitos tan lejanos como Euskadi o Navarra. En este proceso de abstracción se basa la posibilidad de su recepción, primero, y de su utilización categorial, después.

En este sentido tienen razón quienes consideran que, genéticamente, la invocación de los Dere- ♦♦♦

chos Históricos se enraíza en el Derecho constitucional histórico de las entidades histórico-políticas integrantes del Imperio de Austria. Y no es menos cierto que, tanto en su reelaboración doctrinal a principios del siglo XIX en aquellas latitudes, como en el momento de su transposición al mundo foral vasco, no les son ajenas las corrientes vinculadas al historicismo y a sus discutibles connotaciones románticas.

Estos orígenes ni hipotecan el contenido y la función política de los Derechos Históricos, ni permiten calificarlos y aún menos descalificarlos. Reiterar, aun sin citar a Marx, que «los sistemas de *producción antiguos supervivientes (se) transmitieron* con todas sus relaciones sociales y políticas anacrónicas», no añade un ápice de claridad ni verdad a la comprensión de los Derechos Históricos, sino que repite una gran banalidad.

Pero ahora no se trata de polemizar, sino de analizar los elementos estructurales de estas categorías, tal como se presentan en esta su definitiva fase de elaboración, antes de ser recibidas en la doctrina jurídico-política, primero, y en la Constitución española, después.

Los derechos históricos vascos se han afirmado sobre la base de lo que Mañaricúa denominaba «dogmas históricos», y por eso, porque se formulan desde la mitología, es usual interpretarlos más como mitos políticos que como categorías jurídicas

Los Derechos Históricos, al menos en España, se han afirmado, ya como un modelo ideal arcaico, cuya inmutabilidad conduce al *éxtasis social,* ya como el retorno al *momento primigenio* del *pactum unionis.* Tal es el caso del foralismo vasco, vinculado por eso a la doble interpretación carlista y nacionalista, identificadora de los fueros, la primera con un determinado orden no sólo político, sino también social, y la segunda con la misma autodeterminación política.

Pero a la hora de establecer la noción de Derechos Históricos, antes de deducir de ellos unas y otras consecuencias, es preciso vincularlos a la magnitud existencial cuyo reflejo son: las comunidades histórico-políticas.

Los Derechos Históricos significan la posición de las comunidades histórico-políticas, un concepto clave, sobre el que después volveré, y que aúna las ideas de autonomía y de integración; es decir, de afirmación de la propia personalidad y de articulación de un conjunto global. Esto es, responde a la idea de identificación dual o de pertenencia a dos comunidades.

Tal categoría tiene precedentes en las constituciones históricas a que antes me he referido, puesto que no era extraño en la poliarquía propia del Antiguo Régimen la superposición de entidades políticas que, conservando al menos vestigios de su personalidad cuando no la plenitud de ella, se articulaban en entidades más amplias. No es

otra la situación que refleja el más auténtico Bodino, ni la que pretende elevar a norma la *política metódice digesta* de Althusio, esto es, el *corpus simbioticum* de la República. Y son estos precedentes los que, al calor del naciente principio de las nacionalidades, trataron de revivir los epígonos centroeuropeos del liberalismo doctrinario, fieles a su raíz moderada.

Tal fue el caso de Adrian von Werburg (1813-1858). Pero, sin duda, las definiciones más preci-

Palacio de la Generalidad

sas de lo que las comunidades histórico-políticas supusieron en la Centroeuropa decimonónica, la dieron los grandes teóricos de los Derechos Históricos, ya conservadores, como el conde Scecsen (1819-1896), ya liberales como Joseph von Eötvös (1813-1871), y su doctrina perdura de derecho y de hecho hasta la catástrofe de 1918.

El primero es discípulo del segundo (tan infiel por su mayor conservadurismo como influyente, porque transmite sus ideas al dirigente bohemio Clam-Martinic, del que las tomara, volviendo a sus orígenes, el último Palacky), y lanza desde 1854 el concepto de «comunidades histórico-políticas». Esto es, las partes sustantivas de la Monarquía, que no son meras circunscripciones administrativas, sino entidades dotadas de personalidad. La comunidad histórico-política, dice Scecsen, supone «afirmar el Reino de Hungría y no los departamentos del Danubio, Tisza o los Cárpatos, un país de Silesia y no un departamento de Noppam, un ♦♦♦

Reino de Bohemia y no un departamento de Moldavia».

Eötvös —el prócer «capaz de combinar un acultura política y literaria excepcional y un profundo patriotismo... con la original y creativa personalidad de un moderno estadista»— había formulado su tesis sobre las comunidades histórico-políticas como matriz y alveolo de la reivindicación nacional, hasta hacer de ellas la piedra angular de una reorganización de todo el Imperio. Su proyecto consistía en reconocer la individualidad histórico-política de los diversos países y garantizar la autonomía legislativa y administrativa para todos ellos, el respeto de sus instituciones históricas y la adaptación de las mismas a las nuevas necesidades sociales de manera que «se justificasen las nuevas instituciones vinculándolas al desarrollo histórico propio de cada país».

Eötvös atribuye a estas individualidades, Derechos Históricos, o mejor, los Derechos Históricos se identifican con las entidades histórico-políticas. Así, por ejemplo, en Bohemia el «Historische Staatsrecht» significa ante todo la propia sustantividad indivisible de la Corona de San Wenceslao —Bohemia, Moravia y Silesia—. El derecho histórico no tiene, por tanto, como modelo el derecho subjetivo, sino el Estado civil concebido como «condición o manera de vida», dirán los pandectistas. Esto es, un hecho existencial con relieve jurídico. Significa más una personalidad que una titularidad. De ahí su irrenunciabilidad y su imprescriptibilidad, que no está vinculada tanto a aquiescencia de terceros o interrupciones de los plazos extintivos, sino a la realidad de una magnitud intensiva cuya cualidad suprema es la existencia dotada del poder normativo de los hechos.

El objeto de los Derechos Históricos no es un «complejo competencial» ni una «forma institucional», sino una «identidad» de la que tanto aquél como ésta pueden derivarse, pero que no deja de trascenderlos. Es más un «ser» que un «haber» y sólo el primero justifica el segundo.

Así, por ejemplo, los Viejos Checos partidarios del antiguo «Bohemische Staatsrecht» no se diferencian a los Jóvenes Checos o del mismo Partido Realista de Masaryk en su reivindicación formal, la indivisibilidad de los territorios de la Corona Bohemia, sino en el contenido socio-político de su orden constitucional; estamental para los primeros y democrático para los últimos. Así, un nacionalismo ya democrático como el de Havlicek no es sino la versión democratizada de la reivindicación del antiguo Staatsrecht bohemio que hiciera Palacky.

Un historiador nada vascófilo, Juan de Mariana, afirma la tesis de la incorporación pactada de las provincias vascas a la Corona de Castilla, igual que cualquiera de los cronistas a sueldo de las Juntas Generales

Ahora bien, la más importante aportación de los que cabría denominar doctrinarios austrohúngaros consiste precisamente en la democratización de los derechos históricos y de su noción correlativa, la comunidad histórico-política. Una democratización que funciona, al menos, en tres dimensiones. Y de la cual el sistema institucional, representativo y electoral es, tan sólo, consecuencia.

Por una parte, la revalorización de estas individualidades histórico-políticas por obra del nacionalismo se ha calificado de transferencia a entidades territoriales de los principios legitimistas formulados originariamente para las monarquías. Pero esta traslación del principio de legitimidad del monarca al territorio concebido como *corpus politicum,* esto es, protagonizado por un pueblo, es lo que permite *democratizar la legitimidad* y encauzar a través de las comunidades en cuestión la reivindicación nacional.

En segundo lugar, los Derechos Históricos sirven de marco de referencia a la legitimación democrática, porque las opciones democráticas pueden darse en ellos, pero no sin ellos, porque más allá de los mismos no se sabe determinar el sujeto de la propia autodeterminación democrática. La voluntad general del «nosotros» sólo es posible una vez que se ha determinado el sujeto que así se afirma y cuya unidad, trascendentalmente dada, garantiza que la opción de las mayorías pueda incluir la disidencia de las minorías, porque su homogeneidad fundamental hace que éstas se sientan representadas por aquéllas. Fuera de esta unidad que la democracia no puede proporcionar porque la exige previamente, las decisiones mayoritarias son inválidas. El Derecho Histórico y la entidad histórico-política son, en consecuencia, *constitutivos del sujeto político trascendental.* El mejor ejemplo lo proporcionan las dramáticas ambigüedades a que están condenados los procesos de autodeterminación de los pueblos sin historia, para los cuales el primer y fundamental problema es determinar cuál es el sujeto titular del derecho a autodeterminarse.

Reivindicación de derechos

Determinado este sujeto, su *evolución institucional hacia fórmulas constitucionales y democráticas* es una cuestión que ya el propio Eötvös contemplaba. En latitudes muy distintas y más afortunadas, como en Gran Bretaña o Escandinavia, así tuvo lugar.

En todos estos casos, los llamados Derechos Históricos aparecen *reivindicados tras una solución de continuidad que se reputa ilegítima.* Bohemia, Hungría o Croacia, lo mismo que Noruega, se vieron privadas de sus instituciones, de su autonomía y aun de su personalidad, por el creciente absolutismo en el primer caso y por acuerdos internacionales en el último. Y reclaman su restablecimiento y reintegración alegando la imprescriptibilidad de unos derechos de los que la fuerza les privó, pero de los que entendían no habían hecho dejación alguna. No fue distinta la situación en España cuando las Diputaciones vascongadas reclaman en 1917 sus «Derechos Históricos».

Hay aquí, pues, dos elementos claramente diferenciados. De una parte, el *corpus,* la situación histórica cuya reintegración se pretende; de otra, el *animus* que lleva a reivindicar esta reintegración como consecuencia de la afirmación de una propia personalidad. Ni basta la última para la génesis de Derechos Históricos ni es suficiente la primera. Pero antes de investigar su mutua relación es preciso explicitarlos.

El *corpus* del derecho histórico aparece, a primera vista, simplemente como la situación histórica pasada. Pero un examen más detenido de la cuestión muestra que la invocación de la historia, tanto en el caso español como en los demás mencionados, no constituye el objeto de la remisión, sino su forma. La historia no es, en consecuencia, tanto los hechos e instituciones del pasado que es preciso reconstruir mediante una investigación historiográfica, como el modo de afirmar una excepcionalidad o particularismo. Tal es el *animus.* Esta fue, por otra, parte la propia evolución de la Escuela histórica que de una investigación depuradora de los monumentos del pasado llevó hasta una ocupación casi exclusiva por el presente de cara a la construcción de un futuro, puesto que el espíritu del pueblo revelado en los monumentos del pasado, no se encuentra definitivamente retenido en los mismos sino que fluye permanentemente en las modificaciones del lenguaje como en las mutaciones de las costumbres y otras manifestaciones de la conciencia colectiva; *eadem sed aliter.*

En consecuencia, el contenido de los Derechos Históricos no puede identificarse con determinada «imagen», por ejemplo la imagen de la foralidad socialmente vigente, sino con su propia historicidad. Es por tanto, un apriori material de la norma, y en consecuencia, pre y para normativo, pre y para constitucional.

No es esta la ocasión para abordar las entrañas de tan complejo concepto como la historicidad es, pero basta señalar que entiendo como sus dimensiones fundamentales las tres siguientes:

En primer lugar, la *facticidad infungible,* esto es la existencia de individualidades de hecho, como tal finitas y distintas, justificadas por su propio existir, cuyo *analogon* fundamental es la corporalidad del hombre, ser histórico, pero que pueden ser tanto individuos como colectividades.

En segundo término, la *evolución* como forma de decantación de tales individualidades que, en virtud de su propia finitud, ni están aisladas ni son originarias ni eternas. Antes bien, concebibles como miembros de un todo superior, no sólo simultáneo, sino también sucesivo, cuya aprensión supone considerarse viviendo con los demás bajo las varias influencias del pasado y del presente y destinados a desaparecer en un futuro que, sin embargo, entre todos podemos construir y en el que como sedimento podemos permanecer.

Tercero, la *afectividad,* puesto que las individualidades que la historia decanta y articula no son magnitudes extensas, sino intensas, esto es, en términos kantianos, aquellas que resultan de aplicar a las intuiciones de tiempo y espacio las categorías, no de cantidad, sino de calidad.

Tal es la categoría decantada por la historia política y constitucional centroeuropea, recibida en la doctrina fuerista española y en la Constitución vigente después. ■

(Del discurso de ingreso del autor en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: «Idea de los Derechos Históricos». Se publicará próximamente en la colección Austral de Espasa-Calpe)

En efecto, la voluntad de ser en que la nación consiste reclama un pasado y construye una historiografía, incluso científica. Por eso mismo suele inventar tradiciones

Nota Bibliográfica

Clavero, *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea,* Madrid 1988.

Clavero, *Fueros Vascos, historia en tiempo de Constitución,* Barcelona, 1985.

Werburg, *Österreich und dessen Zukunft,* Hamburgo 1841-1847; *Zentralisation und Dezentralisation in Österreich,* Viena 1846. Especialmente la obra escrita circa 1831 y publicada como póstuma, *Denkschift über Verfassung und Verwaltungsfrage in Österreich,* Leipzig 1859.

Benes, *Le problème autrichien et la question tchèque,* París 1904.

Eisenmann, *Über die gleichberechtigung der Nationalitäten in Österreich,* Budapest 1850.

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón es letrado del Consejo de Estado. Diputado a Cortes y portavoz del Partido Popular en la Comisión de Política Exterior del Congreso.